

Coletânea Jurídica I

# DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL

Organizadores

Amaury Antônio Meller Filho  
Fernando Rodrigues de Almeida  
Tais Zanini de Sá

**DIRETOR GERAL**  
Amaury Antônio Meller

**COORDENADOR DO CURSO DE DIREITO**  
Debora Goeldner Pereira Oliveira

**DIRETORA ACADÊMICA / VICE-PRESIDENTE**  
Elza Korneiczuk Meller

**DIRETOR DE ENSINO**  
Célio Raniero

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Coletânea jurídica I [livro eletrônico] : direito civil e processual civil / organização Amaury Antônio Meller Filho, Fernando Rodrigues de Almeida, Tais Zanini de Sá. -- Maringá, PR : Ed. dos Autores, 2024.  
PDF

Vários autores.  
Bibliografia  
ISBN 978-65-00-96746-3

1. Artigos - Coletâneas 2. Direito civil - Brasil  
3. Direito processual civil - Brasil 4. Proteção de dados - Leis e legislação I. Meller Filho, Amaury Antônio. II. Almeida, Fernando Rodrigues de. III. Sá, Tais Zanini de.

24-197574

CDU-34

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Direito 34

Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB 8/8415

É permitida a reprodução total ou parcial do conteúdo desta publicação desde que seja citada a fonte. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

Faculdade de Direito / Faculdade Maringá  
Avenida Prudente de Moraes, 815 – CEP 87020-010 – Maringá – Paraná – Brasil  
Fone: +55(44)3027-1100 / Fax: +55(44)3027-1200

## Sumário

APRESENTAÇÃO.....	6
I. A PANDEMIA DO COVID-19 COMO FATOR CONTRIBUINTE PARA OS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL.....	8
Alexander Constantinov	
Luciane Pussi	
II. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS PREVISTA NA LEI 13.709/2018 (LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS) E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE .....	23
Murilo Sibim de Oliveira Martins	
Rodolfo Grellet Teixeira da Costa	
III. A PROTEÇÃO DO NOME DE FAMÍLIA ENQUANTO MARCA SOBRE A TUTELA DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL E A ÉGIDE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE .....	43
Leila Maria de Carvalho	
Antônio Lorenzoni Neto	
IV. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO FUNÇÃO SOCIAL E ANÁLISE DO ART. 57 DA LRF .....	62
Gabriel Podadeiro Bianchi Costa	
Rodolfo Grellet Teixeira da Costa	
V. AS SOFT LAWS E AS COALIZÕES INTERNACIONAIS DO BRASIL.....	75
Andressa Silva Michelucci	
Cláudia Regina Vroniuk	
VI. ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA: VERIFICAÇÃO DE FATOS NA REDE DE COMUNICAÇÃO INTERNET.....	90
Angélica Sabrina Amaro Leme	
Taís Zanini de Sá	
VII. BRASIL E FRANÇA: JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA.....	103
Raessa Alanes de Oliveira Vares	
Caio Henrique Lopes Ramiro	
VIII. DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE PELA VALE S.A. NO CASO DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE BRUMADINHO .....	119
Thamylle Mariana de Moraes Lomes	
Débora Goeldner Pereira Oliveira	
IX. DAS MEDIDAS PROTETIVAS À CRIANÇA VÍTIMA DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR.....	135
Larissa Gabriela Leite	
Jaqueline Odorico da Silva Tourinho	

X. DESAFIOS NO EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA DECORRENTES DA PANDEMIA DO COVID-19.....	150
Ana Clara Maia Martins	
Luciane Pussi	
XI. EMENDA CONSTITUCIONAL n.º 103/2019: A INCONSTITUCIONALIDADE DAS NOVAS REGRAS DE CÁLCULO DA PENSÃO POR MORTE .....	164
Nelson Pereira da Silva	
Cláudia Regina Voroniuk	
XII. ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA: UMA FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE, REPRODUTIVOS E SEXUAIS .....	181
Giovanna Silva Viotto	
Luciane Pussi	
XIII. EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA COMO INSTRUMENTO EFETIVO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL .....	196
Bruno Henrique Costa da Silva	
Taís Zanini de Sá	
XIV. FASHION LAW: A RELAÇÃO ENTRE A INDÚSTRIA DA MODA E A VIOLAÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL.....	210
Giulia Cavalcante Rodrigues	
Débora Goeldner Pereira Oliveira	
XV. FREIOS E CONTRAPESOS: SUA EFICÁCIA NA SEPARAÇÃO DOS PODERES DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA FRENTE AO PAMPRINCIPIOLOGISMO .....	228
Danilo Mathias Ruivo	
Fernando Rodrigues de Almeida	
XVI. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA: ASPECTOS PROCEDIMENTAIS.....	240
Kim Rafael Serena Antunes	
Fernando de Almeida	
XVII. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E OS IMPACTOS EMPRESARIAIS.....	257
Alan Daniel Calvi	
Diego Fernandes Vieira	
XVIII. O CONTEXTO DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS NA ATUALIDADE .	274
Beatriz Furlan	
Claudia Regina Voroniuk	
XIX. O INSTITUTO DA FALÊNCIA FRUSTRADA NA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA (LEI Nº. 14.112/2020).....	288
Rodrigo Moron Rodrigues Santini	
Rodolfo Grellet Teixeira da Costa	

XX. O RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO APLICADO ÀS CRIANÇAS CONCEBIDAS POR INTERMÉDIO DA INSEMINAÇÃO CASEIRA .....	307
Camila Nataly Lorencini	
Nicola Frascati Junior	
XXI. O TRANSGÊNERO E A DIGNIDADE DE PESSOA HUMANA NAS PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS .....	322
Rafaela Monteiro de Freitas	
Diego Fernandes Vieira	
XXII. OS CRIMES ELETRÔNICOS À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	334
João Lucas Foglietto de Souza	
Luiz Antônio Borri	
Luiz Carlos Gallo	
Isabela Furlan Rigolin	
XXIII. POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO ESPECIAL: O RETROCESSO EDUCACIONAL DO DECRETO 10.502/2020 .....	347
Mariana Arrias da Luz	
Nicola Frascati Junior	
XXIV. RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRÁTICA DO <i>CYBERBULLYING</i> .....	369
Gabrielle Dwayne de Andrade	
Taís Zanini de Sá	



## APRESENTAÇÃO

É com muita alegria que publicamos mais essa obra coletiva que traduz os esforços acadêmicos de uma instituição de ensino superior que entende que a educação jurídica perpassa pela crítica e pela produção intelectual de qualidade. Nosso objetivo vem sendo cada dia mais inserir em nossos métodos a ideia de que a pesquisa e a produção científica têm uma importância basilar para o ensino jurídico, isso porque o direito deve se ver como um conhecimento que pode produzir saberes para além dos muros acadêmicos, para que a práxis tenha um arcabouço para produção de suas teses, e seus métodos possam ser processos de evolução e garantia de democracia.

Os textos que o leitor terá contato nessa obra vem desse esforço, acadêmicos preocupados com seus trabalhos, orientadores preocupados em extrair as competências que vemos em nossos alunos, de tal forma que a ampla gama de importantes temas demonstrará por si ao final da leitura.

O leitor encontrará a preocupação dos novos problemas derivamos do isolamento decorrente da Covid-19, minunciosamente observado por Alexander Constantinov sob orientação da Prof. Dra. Luciane Pussi, que também orienta cuidadosamente o trabalho sobre sua cara área de direito de família também sobre os sombrios períodos da pandemia mas agora sobre Guarda Compartilhada no trabalho de Ana Clara Maia Martins, orienta também a ideia da Esterilização voluntária e a liberdade reprodutiva da acadêmica Giovanna Silva Viotto; sob orientação da experiência e olhar metodológico do Prof. Rodolfo Grellet Teixeira da Costa, as lentes corajosas de Murilo Sibim de Oliveira Martins enfrentam o duro tema dos direitos da personalidade frente a nova LGPD, bem como a intervenção crítica da recuperação judicial como função social por Gabriel Pondadeiro Bianchi Costa, orienta ainda Rodrigo Moron Rodrigues Santini na discussão do direito falimentar; A discussão sobre propriedade industrial e o problema do nome familiar observado por Leila Maria de Carvalho sob orientação do Prof. Dr. Antonio Lorenzoni Neto.

A prof. Claudia Regina Vroniuk usa seu rigor acadêmico e olhar preciso para orientar Beatriz Furlan no tema do tráfico internacional de pessoa, bem como orientar Andressa Silva Michelucci na discussão de Direito internacional sobre as Soft Laws, bem como no trabalho sobre a emenda constitucional nº 103/2019 nas consequências pandêmicas de 2020 a 2022, do acadêmico Nelson Pereira da Silva; O prof. Dr. Caio Henrique Lopes Ramiro, conhecido por seu profundo conhecimento bibliográfico orienta Raessa Alanes de oliveira Vernes sobre a ideia da jurisdição administrativa em uma pesquisa de direito comparado a respeito de Brasil e França.

A ativa e cuidadosa Professora Tais Zanini de Sá, orienta Angélica Sabrina Amaro Leme na discussão sobre ata notarial como meio de prova, bem como o acadêmico Bruno Henrique Costa da Silva na discussão da execução da pena em segunda instância e o debate político atual sobre o tema, por fim também, em um trabalho nobre orientando Gabrielle Dwayne de Andrade no importante tema do Cyberbullyng.

A experiência da Prof. Debora Goeldner Pereira Oliveira ilumina a acadêmica Thamylle Mariana de Moraes Lemes em um trabalho inserido no direito ambiental no notório caso do rompimento da barragem de Brumadinho, orientando também Giúlia Cavalcante Rodrigues sobre a nova discussão do Fashion Law e a propriedade intelectual.



A prof. Jaqueline Odorico Tourinho Orienta a acadêmica Larissa Gabriela Leite no importante e delicado trabalho sobre medidas protetivas nos tristes casos de abuso sexual intrafamiliar; Diego Fernandes Vieira, jovem e promissor professor desta IES, que apesar da pouca idade já apresenta notável experiência acadêmica de pesquisa orienta Alan Daniel Calvi no tema da LGPD bem como orientar Rafaela Monteiro de Freitas na importante discussão sobre transgeneridade no sistema carcerário.

O professor Nicola Frascati Junior orienta Camila Nataly Lorencini, juntando forças e experiências para discutir o sensível tema do reconhecimento de filiação nos casos de inseminação artificial, além de supervisionar o trabalho de Mariana Arrias da Luz na pesquisa crítica sobre política nacional de educação especial.

Não posso deixar de lembrar meus próprios orientados Danilo Mathias Ruivo que demonstrou perspicácia e refinamento ao tratar de freios e contrapesos e Kim Rafael Serena Antunes na discussão sobre os Incidentes de Assunção de Competência, sou suspeito a falar sobre estes, mas garanto ao leitor que a discussão é intrigante e conta com compromissados acadêmicos.

Após a leitura será possível observar o resultado da seriedade dos profissionais desta IES e do comprometimento dos acadêmicos, que nos fazem orgulhar, tendo em vista que o esforço conjunto vale a pena quando se vê a profundidade de pesquisas refinadas já na graduação, elemento raro, em tempos tecnocratas do ensino jurídico, mas que trabalhamos por acreditar na educação.

Prof. Dr. Fernando Rodrigues de Almeida,  
Inverno de 2023.



## I. A PANDEMIA DO COVID-19 COMO FATOR CONTRIBUINTE PARA OS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Alexander Constantinov<sup>1</sup>  
Luciane Pussi<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E O ADOLESCENTE. 2.1 Da família. 2.2 Importância da família para a criança e para o adolescente. 3 DA ALIENAÇÃO PARENTAL. 3.1 Da síndrome da alienação parental. 4 ASPECTOS DA LEI 12.318/2010 4.1 Alterações inseridas na lei de alienação parental. 5 A PANDEMIA COMO FATOR CONTRIBUINTE PARA OS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL. 6 MEDIDAS TOMADAS CONTRA O ALIENANTE. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** A família, considerada como instituição base da sociedade, é responsável pelo desenvolvimento e formação de seus entes, devendo, para isso, proporcionar um ambiente harmônico, eivado de amor, carinho e ensinamento para as crianças e adolescentes que a compõe, considerando também sua posição de vulnerabilidade. Porém, existem situações em que os conflitos gerados entre os cônjuges acabam por se estender aos menores, prejudicandoos de forma intensa. Nesse sentido, com a finalidade de prevenir, inibir ou solucionar determinados casos, foi instaurada a lei nº 12.318/2010, que versa sobre a alienação parental. Entretanto, com o início da pandemia do COVID-19, a referida lei acabou encontrando obstáculos para seu devido cumprimento, vez que diante as medidas restritivas tomadas pelo governo para evitar o contágio da doença, muitos alienadores viram grandes oportunidades para afastar o convívio dos menores com seus pais. Diante disso, o presente artigo teve o objetivo de analisar o conceito da família, a aplicabilidade das leis e sanções aos alienantes, e de que forma a pandemia do Covid-19 contribuiu para a incidência dos casos de alienação parental. Os resultados obtidos foram que, para sanar ou diminuir a incidência dos casos, devem serem observados os critérios e as leis específicas para cada caso em concreto. O poder Judiciário deve zelar pelo menor com base no princípio da convivência familiar e do “melhor interesse da criança e do adolescente”, em congruência com a lei nº 12.318/2010.

**PALAVRAS – CHAVE:** Alienação Parental. Direito de Família. Lei nº. 12.318/2010

**ABSTRACT:** The family, considered as the basic institution of society, is responsible for the development and formation of its members, and should, therefore, provide a harmonious environment, full of love, affection and teaching for the children and adolescents that compose it, also considering the context of vulnerability. However, there are situations where the conflicts

---

Graduado em Direito pela Faculdade Maringá. E-mail: lex.constantinov@gmail.com.  
Doutora em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (2017). Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro de Ensino Superior de Maringá (2012). Bacharel em Direito pela Universidade Paranaense (2002). Licenciada em Letras pela Universidade Paranaense (1997). Especialista em Direito Civil e Processual Civil (2005) e Especialista em Literatura Brasileira (2000). Atualmente é professora universitária da Faculdade Maringá e docente das disciplinas de Introdução ao Estudo do Direito, Direito de família e sucessões, Direito tributário. Desenvolve pesquisas científicas na área de Direito de Família e sucessões. É avaliadora do Ministério da Educação (INEP/MEC) de cursos de graduação em Direito. Foi professora da Escola de Magistratura do Paraná entre os anos de 2009 e 2012.





generated between spouses end up extending to the minors, harming them intensely. From this perspective, to prevent, inhibit or solve certain cases, the law no. 12.318/2010 was introduced, which deals with parental alienation. However, with the beginning of the COVID-19 pandemic, the referred law ended up encountering obstacles for its compliance, since, due to the restrictive measures taken by the government to prevent the contagion of the disease, many alienators saw great opportunities to keep minors away from their parents. Therefore, this article aimed to analyze the concept of family, the applicability of laws and sanctions to alienators, and how the Covid-19 pandemic contributed to the incidence of parental alienation cases. The results obtained showed that, to remedy or reduce the incidence of cases, specific criteria and laws must be observed for each specific case, and the Judiciary must look after the child based on the principle of family cohabitation and the "best interests of children and adolescents", in congruence with the law no. 12.318/2010.

**KEY – WORDS:** Parental Alienation. Family Law. Law no. 12.318/2010.

## 1. INTRODUÇÃO

No ano de 2019, o mundo foi assolado com a descoberta de uma mutação de um vírus mortal sem origem determinada. Com os primeiros casos identificados em Wuhan, na China, em dezembro de 2019, e, devido ao seu rápido contágio e a sua letalidade, iniciou-se a pandemia do Covid-19. No Brasil, apenas em fevereiro de 2020, foi identificado o primeiro caso do referido vírus, que posteriormente atingiu todo o país, gerando uma onda de mortes, crises governamentais e problemas de âmbito jurídico.

Dentre seus reflexos, vemos que a pandemia incidiu de forma direta nas questões do Direito de Família, inclusive nos casos nos quais a Alienação Parental era identificada. Considerando que o isolamento social foi uma medida governamental utilizada para diminuir o contágio da doença, muitos alienadores abusaram deste período para colocarem em prática o referido crime e interferirem no relacionamento dos menores com seus genitores.

Outrossim, tendo em vista que a família que é tida como um direito fundamental e inerente na vida do ser humano e que essa é responsável pelo desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, este artigo tem o objetivo de abordar, primeiramente, aspectos relacionados à família e à sua importância para os menores.

Posteriormente, será exposto o que é a alienação parental ou a síndrome da alienação parental e de que forma a pandemia contribuiu para a incidência destes casos. Por fim, serão abordadas as alterações na lei 12.318/10 ocorridas pela incidência da lei nº 14.340/22, e quais são as medidas tomadas contra a pessoa alienante. Para tanto, será realizada uma abordagem teórica sobre o referido tema, com pesquisas realizadas por meio de sites acadêmicos, doutrinas e artigos.

## 2. CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E O ADOLESCENTE

### 2.1. Da família

A família é considerada por muitos pesquisadores como a mais antiga instituição social criada pela humanidade, pela qual os seres humanos se agruparam para facilitar a sobrevivência e garantir a propagação da espécie, com a busca de proteção e



compartilhamento de alimento. O grupo, geralmente, era composto por entes do mesmo laço consanguíneo, e, com a evolução da sociedade, a ideia de família estendeu-se agrupando também seus entes por afinidade, portanto, vemos que

*[...] a família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a comunhão de vida afetiva. Assim, enquanto esta houver, haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração e no propósito comum. (LÔBO, 2021, p.16)*

Nesse mesmo sentido, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos explica que:

*Reconhecida como a célula mater da sociedade, a família é fundamental para a sobrevivência da espécie humana. É a referência existencial do ser humano, caracterizando-se pela união de pessoas vinculadas por laços de afeto (real ou presumido) num contexto de conjugalidade ou parentalidade. (PIMENTEL, 2016, p. 44)*

Dessa forma, podemos conceituar família como “O espaço de busca da realização plena de seus membros, caracterizada pela comunhão de afeto recíproco, consideração, e respeito mútuo entre os membros que a compõem”. (CHAMBER RAMOS, 2016, p. 29)

Ademais, no quesito do direito, a família possui estruturas associadas, como os vínculos e grupos, sendo-os vínculos “de sangue”, de direito e de afetividade, e, a partir de sua formação, compõem-se os grupos que as integram, sendo-os considerados como conjugal (entre os cônjuges), parental (pais e filhos) e secundários (parentesco e afinidade).

Considerando que a família é objeto primordial para o desenvolvimento e sobrevivência humana, essa começou a ser protegida pela sociedade e pelo Estado, sendo criados princípios específicos para que houvesse uma maior sensação de proteção jurídica da família, além de direitos e deveres a serem seguidos por seus entes.

Nesse viés, em dezembro de 1948, foi votada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que trouxe o direito de fundar uma família e, em seu artigo 16, está disposto que “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Sendo assim, Paulo Lôbo discorre que:

*Direitos novos surgiram e estão a surgir, não só aqueles exercidos pela família, como conjunto, mas por seus membros, entre si ou em face do Estado, da sociedade e das demais pessoas, em todas as situações em que a Constituição e a legislação infraconstitucional tratam a família, direta ou indiretamente, como peculiar sujeito de direitos e deveres. (LÔBO, 2021, p. 16,)*

Entretanto, ao falar de Direito de Família, torna-se necessário salientar o princípio da afetividade, que, embora não regulamentado por lei expressa, tem suas origens no princípio da Dignidade da pessoa humana, da igualdade e da pluralidade de entidades familiares. Portanto, “O princípio da afetividade entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.” (LÔBO, 2021, p.166). O referido princípio tem a finalidade de promover o afeto como um valor jurídico, como elemento da estruturação familiar, e objetiva sustentar



*o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança e do adolescente; o instituto jurídico da adoção, como escolha afetiva, vedando qualquer tipo de discriminação a essa espécie de filiação; e a igualdade absoluta de direitos entre os filhos, independentemente de sua origem (LÔBO, 2003, p. 43).*

Dentre o princípio da afetividade, temos o princípio da paternidade responsável, que se encontra disposto no artigo 229 da CF/88 e demonstra que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Ao falar do dever de assistir, criar e educar os filhos menores, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e os demais antecipados, vemos que o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente deve ocorrer de forma harmônica e digna, entretanto, quando existem conflitos que ultrapassam o limite da normalidade e tornam o ambiente familiar insalubre, essas desavenças acabam por afetar a personalidade dos filhos. Dessa forma, nos casos nos quais os conflitos levam ao divórcio ou atingem diretamente os filhos, é necessário o ingresso de uma ação judicial para solucionar o litígio ou para estabelecer o regime de Guarda, oportunidade em que é observado o melhor interesse do menor, que autoriza o magistrado a regulamentar o direito de visitas de acordo com os parâmetros do caso concreto, ainda que de forma diversa da vontade os genitores, para evitar o desenvolvimento precário da criança ou do adolescente tutelado.

## **2.2. Importância da família para a criança e para o adolescente**

Visto que a família é um direito fundamental da criança e do adolescente, é necessário frisar sua importância para o desenvolvimento desses. Primeiramente, devemos ter ciência de que é no âmbito familiar que o ser humano adquire suas primeiras noções de cidadania, como a socialização, a distinção do “certo e do errado”, e, nesse âmbito, é preparado para enfrentar e arcar com as responsabilidades ocasionadas pela vida.

Durante a fase de desenvolvimento da criança e do adolescente, esses têm seus pais ou responsáveis como espelhos para a formação de sua personalidade, fato que gera grandes reflexos na vida adulta. Seguindo essa linha de raciocínio, é de suma importância que o ambiente familiar seja adequado para que o desenvolvimento ocorra de forma salubre. Nesse sentido, Paulo Lôbo descreve que:

*A paternidade e a maternidade lidam com seres em desenvolvimento que se tornarão pessoas humanas em plenitude, exigentes de formação até quando atinjam autonomia e possam assumir responsabilidades próprias, em constante devir. Não somente os pais, mas também todos os que integram as relações de parentesco ou grupo família. (LÔBO, 2021, p. 158)*

Ademais, considerando que o comportamento dos pais ou responsáveis é algo que tende a ser refletido pelos filhos, vemos que a falta de uma família é extremamente danosa ao ser humano, pois, uma vez que inexistem pessoas para serem utilizadas como “molde” para a formação do jovem, estes buscarão, fora do ambiente familiar, outras formas de se adequar ou buscar um destaque na sociedade, momento no qual, muitas vezes, por influência de terceiros mal intencionados, são levados a cometerem crimes ou a terem um comportamento repulsivo



e acabam passando suas vivências para as futuras gerações. Para tentar evitar ou amenizar os impactos gerados aos jovens familiarmente desamparados, a Constituição Federal de 1998 definiu em seu artigo 227 que cabe não só a família, mas também

*à sociedade e ao Estado, deveres em relação à criança, ao adolescente e ao jovem, concernentes à preservação da vida, à saúde, à educação familiar e escolar, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à liberdade e à convivência familiar. (LÔBO, 2021, p. 158)*

Sendo assim, podemos perceber que uma das principais importâncias da família para a criança e para o adolescente se relaciona à contribuição para o seu desenvolvimento pessoal e social, que geralmente são baseados no comportamento das pessoas que estão em sua volta durante essa fase da vida. Assim, compreende-se que a falta de uma família pode trazer grandes consequências para o ser humano ou para a sociedade.

### 3. DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Tecidas as observações sobre a família, os direitos e deveres dos familiares e sua importância para a criança e para o adolescente, devemos considerar também que existem casos em que essas funções não são cumpridas, o que gera um ambiente insalubre para o desenvolvimento dos filhos. Existem situações em que os jovens podem ser afetados diretamente de forma negativa por seus pais, por exemplo, a dissolução da sociedade conjugal e decisão do regime de guarda sob o menor.

Nesse sentido, o divórcio pode ser entendido como a

*forma voluntária de extinção da relação conjugal, sem causa específica, decorrente de simples manifestação de vontade de um ou ambos os cônjuges, apta a permitir, por consequência, a constituição de novos vínculos matrimoniais. (GAGLIANO, 2022, p. 949).*

Em diversos casos, os cônjuges que estão sob processo do rompimento da união estável, por motivos de frustração com o outro ou por não aceitarem a separação, acabam por difamar a imagem do outro para seus filhos, com a finalidade de afastar o vínculo dos menores com seus pais e formarem, no cognitivo desses, uma visão negativa e parcial sobre o representante difamado, para que, em casos específicos, a criança favoreça o lado do cônjuge alienante nas determinações judiciais que buscam o melhor interesse da criança, devendo ser salientado que "deve-se interpretar o genitor de maneira ampla, a incluir não somente os pais biológicos e registrais, mas também os pais socio afetivos." (PIMENTEL, 2016, p. 224). Quando esse comportamento ocorre, podemos dizer que estamos diante de um caso de alienação parental.

Exposta pelo artigo 2º da lei nº 12.318/2010, a lei da alienação parental define que:

*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.*



Levando em consideração o fato de que, primeiramente, compete à família a faculdade de promover um ambiente salubre para seus filhos, garantido direitos fundamentais, como o direito à educação e ao afeto, Patrícia Pimentel afirma que

*[...] a prática do ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. (PIMENTEL, 2016, p. 224).*

Da análise geral da lei nº 12.318/2010, compreende-se que a alienação parental depende de conduta ativa do alienante, mesmo que de maneira inconsciente, pois o dolo não é um requisito específico para sua concretização. Ademais, a alienação também pode ser notada durante o casamento ou união estável dos casais, uma vez que as agressões físicas e psicológicas entre os cônjuges são refletidas e absorvidas pelos menores. No mesmo sentido, Patrícia Pimentel discorre que

*Ora, se uma criança cresce ouvindo o seu pai xingar sua mãe, ridicularizá-la, persegui-la, denegrir sua imagem, atrapalhando o exercício da maternidade, a autoridade e o respeito necessários, ocorre prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção dos vínculos entre mãe e filho, sendo não raro o repúdio do filho a essa mãe vitimizada. (PIMENTEL, 2016, p. 228).*

Nessa mesma linha de raciocínio, Gagliano (2022) discorre que

*“Ambiente Familiar Hostil” pode ocorrer até mesmo com casais vivendo juntos, expondo a criança e o adolescente a um ambiente deletério, ou mesmo em clássica situação onde o processo é alimentado pelos tios e avós que também passam a minar a representação paterna, com atitudes e comentários desairosos, agindo como catalisadores deste injusto ardil humilhante e destrutivo da figura do pai ou, na visão do Ambiente Hostil, sempre divergindo sobre ‘o que seria melhor para a criança’, expondo esta a um lar em constante desarmonia, ocasionando sérios danos psicológicos à mesma e também ao pai.” (GAGLIANO, 2022, p.1118)*

Portanto, compreende-se que a alienação parental afeta diretamente os filhos e pode ser gerada por qualquer pessoa responsável pelo menor que exerça a conduta de alienante, não necessariamente aos filhos.

### **3.1. Síndrome da Alienação Parental**

Decorrente da alienação parental, a Síndrome da Alienação Parental pode ser vista como um distúrbio gerado ao alienado, que ocorre quando há um exercício abusivo do direito de guarda, em que o guardião responsável busca táticas para introduzir na cabeça do menor



concepções que vão contra o seu outro genitor, fazendo-os acreditar que foram desprezados ou abandonados. Em relação à síndrome, Carvalho discorre que

*Síndrome é um conjunto de sintomas, tratando-se de mudanças de comportamento da criança ou adolescente quando é programada pelo alienador, que pode ser um dos pais, parentes ou guardião, para desprezar ou odiar o outro genitor, excluindo-o ou matando-o dentro de si. Apesar de ser utilizada a expressão alienação parental, o que na realidade se percebe é a ocorrência de uma síndrome em face do conjunto de sintomas que o menor apresenta. A síndrome é o resultado causado no filho da prática dos atos de alienação parental praticados pelo alienador. Logo, podem ocorrer atos de alienação parental sem provocar a síndrome, quando o alienador não obtém sucesso ao manipular o filho. (CARVALHO, 2017, p. 988).*

O termo Síndrome da Alienação Parental, ou SAP, foi criado pelo pesquisador Richard A. Gardner, responsável pelo Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, em Nova Iorque. O objetivo da pesquisa era

*identificar um distúrbio de infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. É um transtorno no qual um genitor aliena a criança contra o outro genitor, que faz a lavagem cerebral, programação, doutrinação (CARVALHO, 2017, p. 991).*

Esse conceito foi introduzido na sociedade no ano de 1985 e caracteriza a "SAP" por um conjunto de sintomas, que incluem a depreciação da imagem do genitor pelo alienado para outras pessoas, a falta de sentimentos da criança pelo cônjuge difamado, como amor ou ódio, a ideia precoce de independência, pois a criança busca formas de demonstrar que não depende do seu genitor, o apoio do genitor alienador para os conflitos parentais, a ausência de culpa sobre a exposição do genitor alienado e a propagação da alienação para a família do genitor, amigos, colegas etc.

Dessa maneira, enquanto a Alienação Parental resulta da intenção de negatizar o outro genitor para o filho, vemos que a SAP é o efeito colateral gerado na parte psicológica do jovem, sendo uma combinação da lavagem cerebral realizada pelo alienador e dos comportamentos da própria vítima por consequência da alienação parental.

#### **4. ASPECTOS DA LEI 12.318/2010**

Para tratar dos assuntos relacionados à alienação parental, a lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, foi criada a fim de adotar medidas para combater a sua prática. Deve-se frisar que "é considerado ato de alienação parental toda a interferência na formação psicológica do menor para repudiar o genitor e causar prejuízos no relacionamento ou na manutenção dos vínculos afetivos com este." (CARVALHO, 2017, p. 994)

O artigo 2º e incisos seguintes da referida lei dispõem o seguinte:

*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.*

*[...]*

*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 ao genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;*

*V – apresentar falsa denúncia contra o genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;*

*VI – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.*

Com relação ao inciso I, este se configura quando um dos genitores busca desqualificar a atuação do outro quando são exercidos os papéis fraternos ou maternos, passando a ideia ao menor que um genitor não tem a capacidade dos exercícios de tais papéis. Deve-se considerar que esta desqualificação não atinge apenas o menor, mas também o próprio alienado, que passa a acreditar que seu afastamento seria benéfico ao menor, por, supostamente, não ter as aptidões necessárias para o exercício da tutela da guarda sobre o filho.

Em se tratando do inciso II, deve-se considerar que os pais são detentores da autoridade parental sobre o filho, independentemente se estão unidos ou não. Aos menores, são determinadas normas comportamentais que deverão ser respeitadas, para o bom desenvolvimento desses. Nesse sentido, quando um genitor impõe uma responsabilidade para o menor e o genitor promovente da alienação impede a criança de realizar tal responsabilidade, vemos que este está dificultando o exercício da autoridade parental pelo outro, afastando o afetado da vida do menor. Ademais, Alexandridis explica que

*Uma das formas com que a alienação parental pode ser evidenciada está na contínua desautorização promovida pelo alienador quanto às determinações e condutas promovidas pelo alienado, tirando a autoridade parental existente, criando na mente do menor a ideia de que tudo o que é feito pelo vitimado está errado e não deve ser realizado, sendo que somente as condutas e comportamentos ditados pelo alienador deverão ser respeitados pelo menor. (ALEXANDRIDIS, 2014, p. 85).*

No que se refere ao inciso III, vemos sua configuração quando o alienante impede ou dificulta o convívio do genitor com o filho, nos casos em que a visita ao filho é determinada por



lei, quando a guarda é definida, a visita acaba sendo interrompida pelo alienante que cria diversas desculpas para evitar esse contato. Além disso, o referido inciso não diz respeito apenas às visitas, mas também ao impedimento de toda a forma de comunicação entre os pais e filhos, como redes sociais, chamadas de vídeo e troca de e-mails.

Quanto ao inciso IV, considerando que o genitor tem direito de visitas e de convivência com o filho, segundo acordo realizado entre as partes ou por decisão Judicial, nos casos do divórcio, qualquer ato que atrapalhe ou impeça este direito também é considerado uma forma de alienação parental, uma vez que afasta o convívio do filho com seus genitores. Portanto, "tal direito se mostra como forma de dever para com a pessoa do filho, já que este, para o seu adequado desenvolvimento social, necessita da presença de ambos os genitores em sua vida." (ALEXANDRIDIS, 2014, p. 85).

No que concerne ao inciso V, este se dá quando o alienador tenta fazer com que um genitor se afaste da vida do seu filho, omitindo informações relevantes sobre eles, como deixar de informar o estado de saúde da criança, omitir informações e atividades escolares que contam com a presença dos pais, alterar o endereço sem comunicação previa, entre outros. Para Alexandridis,

*Tais atitudes, com o passar do tempo, trazem a falsa impressão ao menor – que para ele irá configurar em realidade – de que o genitor alienador é o único que com ele se importa, já que muito provavelmente será transmitida a campanha que visa a denegrir a imagem do outro genitor, com informações como “eu sempre aviso o seu pai (ou mãe), mas ele (ou ela) nunca pode estar com você”, “mais uma vez ele (ela) te deixou na mão não vindo” ou ainda “ele (ela) nem se preocupa com você”. (ALEXANDRIDIS, 2014, p. 89).*

Acerca do inciso VI, esta é considerada a forma mais grave de alienação e ocorre quando o alienante cria falsas denúncias contra o vitimado, expondo mentiras para as crianças, amigos ou famílias sobre o outro genitor, além de criar possíveis traumas e danos psicológicos nas crianças que ainda estão sob desenvolvimento. Deve-se salientar que a Alienação deve ser necessariamente comprovada para que medidas possam ser adotadas, com a apresentação de provas ou depoimentos. Segundo Alexandridis,

*ante de uma notícia de sua ocorrência, o mais difícil inicialmente é verificar que se trata de falsa denúncia, até porque, diante da gravidade do apontamento, mostra-se necessário de pronto a proteção do menor quanto ao suposto ato atribuído ao genitor ou um dos seus familiares, assim, antes da apuração concreta do ocorrido, pelo dever geral de cautela o juiz determinará a restrição ou mesmo a suspensão do direito de visitas do acusado para a preservação do interesse do menor. (ALEXANDRIDIS, 2014, p. 89)*

Por fim, o inciso VII dispõe sobre a mudança de residência do cônjuge alienante sem justificativa ou aviso para os cônjuges vitimados ou seus familiares. É considerada uma medida extrema de alienação, visto que veda totalmente o convívio da criança com o genitor. Além disso, ao ser privado do contato com os entes familiares no geral, o menor acaba perdendo a referência de quem são seus tios, primos, avós e demais parentes, o que acaba causando problemas de desenvolvimento social.





#### 4.1 Alterações inseridas na lei de alienação parental

Com a finalidade de coibir ainda mais os danos gerados pelos alienantes na criança ou no adolescente, a lei nº 14.340/22 foi sancionada no dia 19 de maio de 2022. Esta alterou a lei da Alienação Parental e o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo a garantia mínima de visita assistida, ressalvados os casos nos quais existe risco aos menores, desde que sob supervisão de peritos.

Nesse sentido, vemos que, anteriormente, o parágrafo único do artigo 4º da lei nº 12.318/2010 trazia que

*Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visita assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.*

Com a nova redação, o texto legal passou para

*Assegurar-se-á à criança ou ao adolescente e ao genitor garantia mínima de visita assistida no **fórum** em que tramita a ação ou em entidades conveniadas com a Justiça, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas*

Isto é, a visita assistida é permitida apenas dentro do Fórum para os casos específicos, mediante supervisão, para resguardar o convívio entre pais e mães com seus filhos (salvo nos casos em que esteja comprovada a prejudicialidade do contato) e para evitar a suspensão do poder familiar.

Ademais, outra alteração observada com o advento da lei 14.340/22 foi a abertura da possibilidade da nomeação de peritos privados para a realização dos estudos psicológicos no menor afetado, quando não forem encontrados serventuários para realizar os respectivos estudos, conforme exime o artigo 5º, §4 da lei supracitada.

Além disso, o artigo 6º da respectiva lei, em seu §1º, passou a contar que a mudança abusiva de endereço que inviabilize ou problematize a convivência familiar do menor com seu genitor poderá resultar na inversão da obrigação de levar ou retirar o filho da residência do genitor, por causa das alternâncias dos períodos de convivência familiar. Devemos salientar também que, em seu § II, foi concretizada a obrigatoriedade de o acompanhamento psicológico ocorrer de forma periódica, com a emissão de ao menos um laudo inicial que ateste que os menores foram afetados pelos alienantes, com os métodos a serem tomados, exigindo um laudo final ao término do acompanhamento.

Entretanto, foi revogado o inciso VII do artigo supracitado, que trazia a suspensão da visita do alienado com seu filho.

Outrossim, foi adicionado o artigo 8ºA-, que dispôs que, nos casos em que a alienação parental é detectada, o depoimento ou a oitiva dos menores deverá seguir os termos da lei 13.431/17, sob pena de nulidade processual, justamente para trazer, para os afetados ou para as testemunhas de violências, a garantia de seus direitos.



Por fim, foi criado o artigo 5º, que dispõe que os casos em que os processos que estejam com laudo psicológico pendente há mais de 06 meses terão o prazo de 3 meses para apresentarem a avaliação, de forma a agilizar o tramite do processo e evitar novos problemas. Devemos salientar, também, que foi inserido o §4 no artigo 157 do ECA, que passa a ideia de que, na presença de indícios de violação dos direitos das crianças ou adolescentes, o juiz deve comunicar o fato ao Ministério Público, encaminhando os documentos necessários para a fiscalização do caso concreto.

## 5. A PANDEMIA COMO FATOR CONTRIBUINTE PARA A ALIENAÇÃO PARENTAL

Ao falar de alienação parental, vemos a dimensão da gravidade que o problema pode trazer para a sociedade. Durante o período pandêmico, foram utilizadas estratégias para amenizar o contágio do Covid-19 e suas consequências, como a quarentena, o uso de máscaras, a proibição de frequentar locais públicos fechados com aglomeração de pessoas e a possibilidade do trabalho virtual ou em *home office*. Vemos, porém, que as referidas medidas adotadas também trouxeram inúmeros reflexos negativos.

No âmbito jurídico, com o afastamento das atividades presenciais, foi necessário um tempo de adaptação para que o trabalho fosse exercido de forma “virtual”, pois foi necessária a transferência de processos físicos para a programação eletrônica, durante este tempo de adaptação, houve um atraso na resolução dos conflitos, inclusive naqueles relacionados à alienação parental. Assim, muitas pessoas ficaram sem a proteção efetiva do Poder Judiciário, e, visto que a alienação é um problema que deve ser resolvido de forma urgente para evitar maiores danos aos vitimados, um atraso excessivo para a resolução dos processos acaba por intensificar esses casos.

Já no âmbito das relações familiares, o distanciamento periódico do trabalho e a imposição para a população cumprir a quarentena com sua família em casa para garantir a proteção de seus membros também aumentaram as discussões entre os familiares, mais especificadamente para cônjuges. Muitos destes, diante das restrições, dos impactos financeiros, da possível fragilidade do relacionamento e da insegurança para exercerem suas vidas, acabavam por dissolver seu vínculo conjugal e estabelecer os termos do divórcio e compartilhamento de guarda, nos casos em que o casal gerou filhos.

Sendo assim, por motivos de vingança, raiva ou egoísmo, muitos genitores utilizaram desse momento crítico do cumprimento de normas sanitárias para denegrir a imagem do outro, na expectativa de afastar o vínculo afetivo e criar desavenças entre os pais e filhos, visto que a quarentena passou a ser usada como motivo para evitar o contato dos filhos com o cônjuge afetado, visto que, ao detectar a doença ou seus sintomas, o afastamento do convívio humano era imediato.

No dia 26 de março de 2020, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente emitiu recomendações para protegê-los. Destaca-se:

*[...] recomenda-se que crianças e adolescentes filhos de casais com guarda compartilhada ou unilateral não tenham sua saúde e a saúde da coletividade submetidas à risco em decorrência do*



*cumprimento de visitas ou período de convivência - previstos no acordo estabelecido entre seus pais ou definido judicialmente.*<sup>3</sup>

Assim, certas recomendações eram interpretadas de maneiras tendenciosas, o que facilitava ao alienador criar mentiras, tanto para os menores, quanto ao cônjuge afetado, considerando que estava “resguardado pela norma”, para evitar o devido convívio, o que caracteriza a forma mais grave de alienação parental.

## 6. MEDIDAS TOMADAS CONTRA O ALIENANTE

Com o intuito de trazer uma solução para evitar ou sanar os casos de alienação parental, o artigo 6º da lei 12.318/10 traz que

*Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:*

- I. - Declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;*
- II. - Ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;*
- III. - estipular multa ao alienador;*
- IV. - Determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;*
- V. - Determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;*
- VI. - Determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;*

[...]

Observa-se que, caso seja constatada a alienação parental por meio de provas, o juiz deve agir para anular seus efeitos ou evitar sua continuidade, evitando um maior desgaste entre o menor e o genitor vitimado. Deve-se ressaltar que todas as medidas devem atender o melhor interesse do menor, e, caso o juiz note que cessaram as ações alienantes, ele pode revogar as restrições que são impostas ao alienador. Nesse sentido, o inciso I dispõe que “ao perceber a concretização da alienação, o juiz pode declarar a ocorrência e advertir o alienador de seu comportamento, na tentativa de retomar a sua relação com o menor afetado”.

A advertência consiste no aviso ao genitor alienante dos males que sua conduta traz ao menor, bem como a imposição de demais penalidades caso o genitor reincida em seu

<sup>3</sup> <https://crianca.mppr.mp.br/2020/03/246/COVID-19-Conanda-emitiu-orientacoes-gerais-para-a-protecao-decriancas-e-adolescentes.html>

comportamento. Já o inciso II mostra-se cabível para as situações nas quais havia sido estipulado o regime de guarda entre os cônjuges dos menores; quando caracterizada a alienação, poderá o juiz ampliar o tempo de permanência do menor com o genitor vitimado, para afastar a falta do convívio com o genitor e reestabelecer suas relações familiares.

Em tratando-se do inciso III, ao genitor alienador, será estipulada uma multa a ser paga, e, na ausência de estipulação expressa, a multa pode ser revertida para o parente vitimado que sofreu os efeitos da alienação. Deve ser ressaltado que a multa não pode ter um valor um valor absoluto, considerando que a indenização deve ser medida pela extensão dos danos, conforme preceitua o artigo 944 do Código Civil.

Com relação ao inciso IV, considerando que a alienação parental pode ser vista como um desvio de comportamento do alienador, por seus diversos motivos, uma das soluções encontradas para evitar sua prática foi a determinação de o alienante se submeter ao tratamento psicológico e biopsicossocial, para tentar readequar seu comportamento, devendo o genitor, de acordo com § 2 deste artigo, ser submetido a avaliações periódicas, com a emissão de, pelo menos, um laudo inicial, que contenha a avaliação do caso e o indicativo da metodologia a ser empregada, e de um laudo final, ao término do acompanhamento.

Por sua vez, o artigo V enquadra-se no caso em que, ao realizar atos alienadores, o genitor acaba não observando que está indo contra o melhor interesse do menor, dessa forma, a guarda poderá ser alterada para que o menor possa ter o devido convívio com o cônjuge vitimado, evitando então a toxidade do ambiente no qual reside.

Por fim, o artigo VI diz respeito a uma das formas mais graves da alienação parental, sendo os casos nos quais os cônjuges alteram seus endereços sem avisar ao outro, impedindo seu convívio com os filhos. Sendo assim,

*enxergando ser essa a motivação da mudança de endereço, determinará o juiz de forma cautelar o domicílio do menor, podendo, ainda, para garantir o direito de visitas, inverter a obrigação de levar ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar, para que este se responsabilize pelos meios para a sua realização.*  
(ALEXANDRIDIS, 2014, p. 125)

Dessa forma, vemos que a aplicação da “ penalidade” é relativa a gravidade da alienação cometida contra o menor, e nesse sentido, para evitar maiores danos psicológicos aos afetados, foram caracterizados e os atos de alienação parental, como uma suposta forma para evitar, amenizar ou solucionar os problemas causados por tal ato.

## 7. CONCLUSÃO

Ante ao exposto, concluímos que, ao constituir uma família, os genitores tornam-se responsáveis pelo desenvolvimento de seus entes, que deve acontecer de forma salubre, abundante de amor, carinho e ensinamentos. Ao considerar que, no âmbito familiar, as pessoas moldam seus primeiros pensamentos e atitudes, utilizando seus pais como “espelhos”, compreendemos que é de suma importância que estes reflexos sejam de ações positivas, pois os menores tendem a repetir o comportamento de seus pais, passando adiante o que tiveram como ensinamento.

Na tentativa de sanar os casos em que os filhos eram atingidos e afetados pelas desavenças ocorridas em um ambiente familiar, foram criadas leis e normas específicas para



resguardar a criança e o adolescente, dentre elas, destaca-se a lei da Alienação Parental, que definiu e classificou comportamentos considerados como atos de alienação, bem como trouxe, em seu texto normativo, as sanções impostas aos considerados alienadores para evitar, sanar ou punir a prática deste comportamento, sempre levando em consideração o bem estar do menor.

Entretanto, com o advento da pandemia do Covid-19 e a demora da sociedade para se adaptar com as normas sanitárias restritivas impostas para controlar o contágio da doença, os casos de alienação foram agravados, visto que, em certas situações, os genitores utilizavam as medidas governamentais, como o isolamento social, como justificativas para evitar ou dificultar o contato dos filhos com seus pais, muitas vezes alterando a história real e passando a ideia de que o afastamento se deu por vontade do genitor afetado, o que o colocaria contra seus filhos.

Assim, novas medidas foram adotadas com a introdução da lei a lei nº 14.340/22, que ditou novas regras como o acompanhamento psicológico da criança afetada por perito, com a emissão de laudos que atestem a saúde mental do afetado, o direito à visita assistida ao menor pelo alienante no fórum, para resguardar a integridade das partes conflitantes, a revogação do inciso IV da lei nº 12.318/2010, que trazia suspensão da autoridade parental, a qual pode ser entendida como mais uma forma de evitar o contato da criança com seus pais, entre outras.

Dessa forma, pelos motivos ante citados, vemos que a pandemia do covid-19 foi um fator contribuinte para os casos de alienação parental e que cabe ao Estado zelar pelos menores para garantir e resguardar seus direitos, levando em consideração o texto constitucional e as leis específicas criadas para evitar ou solucionar estes casos.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRIDIS, G.; FIGUEIREDO, F. V. **Alienação Parental**. 2. ed. São Paulo:

BRASIL, **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Alienação Parental. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm). Acesso em: 22 de jun. 2022.

CALDERÓN, Ricardo; TOAZZA, Gabriele Bortolan. **ALIENAÇÃO PARENTAL: MANUTENÇÕES E MUDANÇAS ADVINDAS DA LEI 14.340/2022**. Disponível em <https://marangehlen.adv.br/midia/alienacao-parental-manutencoes-e-mudancas-advindas-dalei-14-340-2022/>. Acesso em: 08.set.2022

CARVALHO, D. M. D. **Direito das famílias**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. **Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

CUNHA, R. S.; CUNHA, R. S.; ROSSATO, L. A.; ROSSATO, L. A.; LÉPORE, P. E.; LÉPORE, P. E. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Ebook.

GONCALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.



GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo curso de direito civil: direito de família.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

LÔBO, P. **Direito Civil.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

MAL, A. C. D. R. F. D.; MALUF, C. A. D. **Curso de direito de família.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

PIMENTEL, P. **Poder Familiar e a Guarda Compartilhada.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.



## II. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS PREVISTA NA LEI 13.709/2018 (LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS) E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Murilo Sibim de Oliveira Martins<sup>1</sup>  
Rodolfo Grellet Teixeira da Costa<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. 2.1 Contexto histórico. 2.2 Dados pessoais e dados pessoais sensíveis. 2.3 Os agentes de tratamento de dados. 3 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. 3.1 Do direito a dignidade. 3.2 Do direito a inviolabilidade da vida privada e a intimidade. 3.3 Do direito a segurança. 4 VIOLAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL 4.1. Da atuação da ANPD. 4.2 Sanção administrativa cabível. 5 CONCLUSÃO.

**RESUMO:** A presente pesquisa teve o propósito de elucidar a enorme importância de proteger os dados pessoais, pois eles estão vinculados diretamente com os direitos da personalidade dos indivíduos. Logo, se forem violados, os direitos constitucionais serão violados. Para evidenciar a importância da nova lei, foram realizadas buscas nas mais diversas bibliografias, que contribuíram para deixar claro a relevância do tema abordado. Como resultado foi possível perceber que as empresas que não se adequarem à lei sofrerão sanções de alto valor pecuniário. Dessa forma, os dados pessoais de seus clientes terão uma maior segurança, visto que se forem vazados a empresa irá ter sanções de alto custo. O objetivo é punir a violação de um direito da personalidade de seu cliente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei; Dados pessoais; Direitos da personalidade.

**ABSTRACT:** This research aimed to elucidate the enormous importance of protecting personal data, because they are directly linked to the rights of personality of individuals. So if they are violated, constitutional rights will be violated. In order to highlight the importance of the new law, research was conducted in various bibliographies, which contributed to make clear the relevance of the topic addressed. As a result, it was possible to realize that companies that do not adapt themselves to the law will suffer penalties of high monetary value. In such way the personal data of their customers will have greater security, since if they are leaked the company will have sanctions of high cost. The aim is to punish the violation of a right of personality of its customer.

**KEY-WORDS:** Law. Personal data. Personality rights.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá evidenciar que quando uma pessoa de alguma forma se torna consumidora/cliente de uma empresa, ela automaticamente deixa seus dados pessoais no banco de dados dela. Dessa forma, se não houver uma segurança jurídica dessas

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Faculdade Maringá.

<sup>2</sup> Mestre em Direito. Advogado. Professor.



informações e elas forem vazadas, o consumidor será prejudicado, podendo caracterizar como violação dos direitos da personalidade.

O método de abordagem utilizado será o dedutivo, que parte do pressuposto da análise de uma ideia geral. De acordo com Gil (2002), o método dedutivo é um método racionalista, que pressupõe a razão como a única forma de chegar ao conhecimento verdadeiro; utiliza uma cadeia de raciocínio descendente, da análise geral para a particular, até a conclusão; utiliza o silogismo: de duas premissas retira-se uma terceira logicamente decorrente.

Esse estudo elucidará a extrema importância do cuidado com os dados individuais, bem como irá demonstrar que, mesmo já havendo uma previsão legal para a proteção desses dados pessoais, se mostrava necessário uma lei específica para tratar sobre o tema. Desta forma, ao se adequar à nova lei, as empresas teriam maior credibilidade ao oferecer maior segurança aos dados pessoais de seus clientes.

Além disso, o presente estudo evidenciará que o vazamento de dados pessoais está intrinsicamente ligado aos direitos da personalidade do ser humano, pois toda pessoa possui o direito à uma vida digna, bem como direito à segurança, inviolabilidade da vida privada. Dessa maneira, quando há um vazamento desses dados automaticamente um direito da personalidade é violado.

Importante destacar que a nova lei trouxe novas figuras importantes para o contexto da proteção de dados, como a figura do programador, controlador e do encarregado, que atuam de forma a adotarem medidas protetivas para evitar que os dados pessoais sejam vazados.

Com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados se fez necessário criar um órgão específico para fiscalizar as futuras transgressões da lei, com isso surgiu a figura da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que cumpre esse papel de fiscalização para assim poder punir as empresas que não seguirem o que é determinado no dispositivo legal.

## **2. DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS**

### **2.1. Com texto histórico**

O tema da proteção de dados no Brasil não é novo, visto que foi tratado durante 10 anos, para então chegar à atual legislação federal de proteção de dados pessoais, a Lei 13.709/2018. No Brasil, a Constituição Federal prevê, desde 1988, o direito à privacidade (art. 5º, inciso X), que comporta uma interpretação ampla e está intrinsecamente ligado à proteção de dados pessoais. A norma constitucional prevê, além da inviolabilidade do sigilo de comunicações, de dados e comunicações telefônicas (art. 5º, inciso XII), a garantia de acesso a informações pessoais e de retificação de dados, constantes de bancos de dados públicos por meio do Habeas Data (art. 5º, inciso LXXII), este regulado pela Lei n. 9.507 de 1997 (TAVARES; ALVAREZ, 2016).

A partir de uma interpretação conjunta de ambos os dispositivos constitucionais, é possível falar-se no direito fundamental à proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro pela primeira vez (MENDES, 2014).





Em 2010, surgiu a necessidade de discussão acerca do tema especificamente. Assim,

o Ministério da Justiça redigiu um Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados (“APLPD”) e a partir da criação do blog “culturadigital.br” disponibilizou uma ferramenta de comentários para que uma Consulta Pública sobre o tema fosse realizada (MONTEIRO et al., 2019).

Já em 2011, a partir da Lei 12.414/2011, o ordenamento brasileiro passou a contar com a proteção de dados pessoais, através da tutela do cadastro positivo de crédito. Esta, ampliou as normas referentes aos bancos de dados e aos cadastros de consumidores, pois juntamente com a previsão do artigo 43 do CDC (direito de acesso e direito à correção da informação), trouxe expressamente os direitos do cadastrado, que incluem: direito de cancelamento do cadastro, direito de conhecimento dos critérios de análise de risco, bem como o direito a ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados (CUEVA, 2017). Este último direito introduziu um dos princípios base da legislação brasileira atual em proteção de dados, o princípio da finalidade.

Ademais, a referida lei busca trazer e consolidar um conceito de autodeterminação informativa no ordenamento, de modo que estabeleceu novos mecanismos de controle para os titulares dos dados, atribuindo ao indivíduo mais poder sobre a decisão de formar esse histórico e de decidir acerca de seu cancelamento (MENDES, 2014).

Em 2014, o mundo online ganha uma proteção maior com a lei conhecida como o “Marco Civil da Internet” (Lei 12.965/2014). Esta legislação, em conjunto com o Decreto 8.771/2016 (que a regulamentou), pode ser considerada um “microsistema de proteção de dados no contexto de tratamento de dados por meio da internet”, pois estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil (MONTEIRO et al., 2019, p. 15).

Em 2015, então, é realizada a segunda consulta pública acerca do tratamento de dados pessoais no Brasil e, a partir do resultado desta, o Ministério da Justiça, protocolou o Projeto de Lei nº 5276/16. Impulsionado pelo escândalo envolvendo a empresa *Cambridge Analytica*, o gigante Facebook e as eleições americanas<sup>3</sup> em março de 2018, e pela entrada em vigor do *General Data Protection Regulation* (legislação europeia), em 25 de maio de 2018, este projeto de lei teve sua tramitação legislativa, seguiu para o Senado Federal com nova identificação (“PLC 53/2018”) e após algumas mudanças ao longo do processo, em 14 de agosto de 2018, ainda com alguns vetos, o projeto foi aprovado pelo Presidente da República, dando corpo a Lei 13.709/2018 (MONTEIRO et al., 2019).

---

<sup>3</sup> Um dos maiores escândalos envolvendo proteção de dados pessoais, foi descoberto em março de 2018 e envolveu duas grandes empresas, o Facebook e a gigante do marketing *Cambridge Analytica* (empresa britânica). No ano de 2015, um professor da Universidade de Cambridge desenvolveu o aplicativo “*thisisyourdigitallife*”, que vinha a coletar informações sobre preferências e interesses de usuários do Facebook (rede social), gerando um teste de personalidade. O aplicativo requisitava acesso ao perfil do Facebook dos usuários que se interessavam por fazer o teste, e ao conceder esta permissão, o aplicativo obtinha acesso aos dados deste usuário e de toda a sua rede de amigos da rede social. O que não se sabia era que, por trás da coleta de dados do aplicativo, estava a empresa *Cambridge Analytica*, especialista em marketing, e que na época possuía como principal projeto a campanha de Donald Trump nas eleições presidenciais dos EUA. A empresa utilizou-se destas informações privilegiadas para direcionar anúncios no Facebook, de modo a influenciar diretamente nas eleições norte-americanas. Em suma, a empresa de marketing teve acesso aos dados de 87 milhões de usuários da rede social indevidamente, sem que muitos titulares desses dados sequer soubessem desta coleta, muito menos tenham concedido consentimento. Vale lembrar que este incidente veio inclusive a impulsionar a aprovação do Regulamento Europeu de proteção de dados, o GDPR, tendo em vista a sua magnitude e abrangência (SUMARES, 2018, p. 1).



Ato contínuo, em dezembro de 2018, foi editada a Medida Provisória nº 869, que veio a promover alterações no texto sancionado e também criou a Agência Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”) (MONTEIRO et al., 2019).

Por fim, a partir da atual configuração dos fluxos informacionais e para atualizar a previsão constitucional acerca do tema, em março de 2019 foi proposta a Emenda Constitucional nº 17, com o objetivo de alterar os artigos 5º, inciso XII e 22, inciso XXX, da Constituição Federal, e, deste modo, incluir o direito fundamental à proteção de dados pessoais, bem como estabelecer a competência privativa da União para legislar sobre o tema (DONEDA, 2019).

A chamada Lei Geral de Proteção de dados ou simplesmente “LGPD”, surgiu, portanto, com o objetivo de oferecer uma maior proteção às pessoas naturais, garantindo-lhes mais autonomia e controle sobre os seus próprios dados (SIQUEIRA, 2019).

A referida legislação tem como objetivo tutelar o tratamento de dados pessoais e busca “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural” (artigo 1º, LGPD) (BRASIL, 2018).

*A nova legislação brasileira visa regular a coleta, o uso, o tratamento e o compartilhamento dos dados pessoais dos cidadãos, sendo que a responsabilidade é direcionada às pessoas jurídicas de direito público e privado, tal regulação se mostra necessária para vedar graves discriminações, principalmente quando analisados os dados sensíveis, tais como a raça, a etnia, a opção sexual, a convicção religiosa, a opinião política e outros capazes de delinear/rotular o perfil do cidadão. Já que a análise de tais informações pode determinar hábitos e comportamentos dos indivíduos, de modo a ferir o princípio da igualdade e da não discriminação, a proteção dos dados está diretamente ligada ao princípio da dignidade humana, pois os dados são parte da identidade da pessoa, compõe sua personalidade e devem ser resguardados como Direito Fundamental que se configura (SOUZA e RAMIDOFF, 2020, p. 404).*

A lei brasileira, bem como as demais leis de outros países relacionadas com a proteção de dados, busca também garantir ao titular dos dados o direito à autodeterminação informativa (segundo fundamento do artigo 2º), que pode ser conceituado como a liberdade garantida ao titular dos dados, para que este decida sobre o destino de suas informações pessoais, ou seja, o direito de autodeterminar suas informações pessoais (TUMELERO, 2019).

Este instituto, ainda, muito se relaciona com o respeito à privacidade, visto que parte da ideia de que a pessoa natural pode optar por compartilhar seus dados e intimidade com quem quer que seja, desde que para decidir sobre este acesso de terceiros tenha todos os elementos informativos que lhe subsidie. Sendo assim, no contexto da lei, cabe ao controlador prestar quantas informações forem necessárias para que o titular tome sua decisão da melhor e mais informada forma possível (COTS; OLIVEIRA, 2018).

Nesse sentido, os direitos da personalidade “são necessários e inextinguíveis, pois, por serem inatos, adquiridos no instante da concepção, não podem ser retirados da



pessoa enquanto ela viver por dizerem respeito à qualidade humana” (DINIZ, 2020, p. 136). A personalidade é um atributo do ser humano e o acompanha por toda a sua vida. Como a existência da pessoa natural termina com a morte, somente com esta cessa a sua personalidade.

Os direitos da personalidade “são direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade” (GOMES, 2019, p. 141). Depreende-se, portanto, que o direito de personalidade é intrínseco ao ser humano e a sua existência, sendo que dele difundem-se inúmeros direitos e deveres, observando a tutela da vida, da integridade física e psíquica, da intimidade, da honra e, por consequência, da decisão judicial devidamente fundamentada.

Assim, torna-se importante definir quais as pessoas e as condutas ligadas à atividade de proteção de dados que podem ser responsabilizadas a reparar eventuais danos causados. Neste sentido, através do método de abordagem dedutivo, a proteção de dados é analisada desde os seus pioneiros conceitos até o regulamento atual existente sobre o tema, trazendo argumentos, tratamentos e mecanismos de diversas épocas e diversos lugares do mundo.

O tema deste projeto é de grande importância, visto que ao longo da história da chamada “Era da informação”, a sociedade que hoje conhecemos passou a ser movida por dados, que se tornaram o maior ativo de inúmeras empresas e fomenta novos modelos de negócios. Ainda assim, com o advento da tecnologia, estes dados passaram a circular de forma frenética pelo mundo, de modo que a segurança e a proteção dos mesmos ficaram ameaçadas.

Tamanha foi considerada a ameaça, que ao redor do mundo foi instaurada uma preocupação com a proteção de dados pessoais. E então foram criadas e instituídas as leis de proteção de dados em diversos países, – incluindo o Brasil, com a Lei 13.709/2018 – garantindo uma tutela específica ao referido tema pela primeira vez.

Parte-se da hipótese de que, em um mundo onde os dados se tornaram uma nova fonte de riqueza, o titular dos dados pessoais deve ser protegido e o tema da responsabilidade ponderado e tratado de forma cuidadosa pelos aplicadores do direito.

Deste modo, a escolha da temática justifica-se tendo em vista que tanto o Brasil quanto o mundo encontram-se atualmente em processo de adaptação e aprendizagem de um direito que há muitos anos já deveria estar protegido. A situação do Brasil, sendo mais delicada ainda, tendo em vista que em comparação com o continente europeu, por exemplo, o debate brasileiro sobre o tema encontra-se muito atrasado.

A LGPD tem como principal finalidade proteger os direitos dos titulares de dados pessoais. Por consequência, a responsabilização daqueles que acabam por gerar danos ao realizar o tratamento destes dados é um dos aspectos mais importantes da nova lei, merecendo destaque.

Outrossim, é possível perceber cada vez mais a circulação de notícias ao redor do mundo envolvendo vazamentos de dados e incidentes de segurança da informação, de modo que entender a forma como será feita a reparação dos danos causados aos titulares e de que forma será instituída a responsabilização daqueles agentes envolvidos no tratamento, tornou-se motivo de grande inquietação.

Na busca dessa aplicação, é necessário reconhecer que nenhuma teoria tem valor algum senão servir para a prática. Para isso, espera-se que a inovação legislativa seja



respeitada para a realização do bem comum, fundada na solidariedade e comprometida com o respeito pela dignidade de todos os seres humanos - ou seja, ao direito de personalidade em sentido amplo.

## 2.2. Dados pessoais e dados pessoais sensíveis

O dado pessoal é toda informação que identifica o indivíduo ou pessoa natural, destacando-o dos diversos membros da sociedade. Tais dados abrangem como exemplo o Cadastro de Pessoa Física, Registro Geral, passaporte, bem como, para a nova Lei abarcam também o endereço de e-mail, redes sociais, currículo profissional, etc. (ANDRADE, LAMBOY, LEITE, 2019).

Da mesma maneira a nova Lei também conceitua o que são dados pessoais em seu art. 5º, inciso I, dispondo que o dado pessoal é toda “informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável” (BRASIL, 2018).

Nesta mesma linha de raciocínio Bruno Angeli Perelli explica que os dados pessoais são “toda e qualquer informação que possa, diretamente, identificar uma pessoa natural, ou, mediante cruzamentos, tenha o potencial de tornar uma pessoa identificável” (PERELLI, 2021).

A própria Lei também conceitua o que são os dados pessoais sensíveis, pois de certa forma eles se diferenciam um pouco. O art. 5º, inciso II da Lei dispõe *in verbis* que os dados pessoais sensíveis são:

*(...) dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; (BRASIL, 2018)*

Na concepção de Blum e Maldonado, os dados pessoais sensíveis ao serem violados, geram um maior dano aos direitos fundamentais dos indivíduos. Desta forma, tratamento dos dados pessoais e dados pessoais sensíveis são diferenciados dentro na nova Lei (BLUM, MALDONADO, 2019).

Diante do exposto, é possível entender que há uma diferença entre o que são dados pessoais e dados pessoais sensíveis. Mesmo que sutil, esta diferença é fundamental para entender que os dados pessoais sensíveis devem ter uma maior proteção por parte das empresas, pois tratam de informações que se forem violadas gerarão maior vulnerabilidade para o detentor dos dados vazados.

## 2.3. Os agentes de tratamento de dados

Os agentes que tratam os dados são profissionais que cuidam dos dados pessoais dos clientes de determinada empresa ou organização, adotando medidas que possam oferecer uma maior segurança e proteção para que não ocorra vazamento desses dados para terceiros.

A LGPD traz dois tipos de agentes de tratamento de dados, são eles o controlador e o operador. O controlador dos dados é “toda pessoa natural ou jurídica, de direito público ou



privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais” conforme determina o art. 5º, inciso VI, da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018).

O operador por sua vez é a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”, conforme dispõe o art. 5º, inciso VII, da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018).

Em outras palavras o controlador é aquele responsável por tomar as decisões finais a respeito do tratamento de dados, enquanto o operador é aquele que apenas executa o que é determinado pelo controlador.

Para facilitar o tratamento de dados de forma segura, atendendo todas as exigências legais, existe ainda a figura do Encarregado prevista no inciso VII do dispositivo legal supracitado. Este indivíduo seria a “pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)” (BRASIL, 2018).

Esta figura é uma inovação trazida pelo texto legal, e que busca atuar como um canal de comunicação entre o Controlador e a ANPD. Sua função é facilitar a adequação às exigências legais, bem como a fiscalização e comunicação com os titulares, apresentar ainda celeridade nesta área e centralizar as informações sobre dados em uma pessoa apenas.

### **3. DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS**

#### **3.1. Conceito e histórico dos direitos da personalidade**

Os direitos da personalidade são uma classe de direitos que são inerentes a pessoa humana, sendo ligados ao indivíduo de forma permanente. A real discussão sobre a importância desses direitos veio após as duas Guerras Mundiais, pois é de conhecimento geral que nesse período os direitos da personalidade foram gravemente violados, como por exemplo nos campos de concentração. Anderson Schreiber também nos ensina que "nunca antes a repercussão de tais atrocidades provocara uma sensação tão generalizada de fragilidade. Em toda parte, despertaram os anseios por uma nova ordem de valores, apta a proteger a condição humana na sua redescoberta vulnerabilidade." (SCHREIBER, 2022, p.200).

Para entender melhor o que são esses direitos supracitados, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho conceituam os direitos da personalidade "[...] como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais." (GAGLIANO; FILHO, 2022, p.332).

Todavia Carlos Roberto Gonçalves ensina que, apesar de serem direitos que mereciam uma atenção especial por parte do legislador, "o reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direito subjetivo é relativamente recente, como reflexo da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 e de 1948, das Nações Unidas [...]." (GONÇALVES, 2022, p.382).

Os direitos da personalidade estão previstos no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º e no Código Civil em seu capítulo II, art. 11 a 21.

Tais direitos possuem características próprias, como intransmissibilidade e irrenunciabilidade, como dispõe o art. 11 *in verbis*: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002).



Portanto, como doutrina Carlos Roberto Gonçalves "Não podem os seus titulares deles dispor, transmitindo-os a terceiros, renunciando ao seu uso ou abandonando-os, pois nascem e se extinguem com eles, dos quais são inseparáveis." (GONÇALVES, 2022, p.386).

Outra característica é que esses direitos são absolutos, o que significa dizer que eles possuem efeitos *erga omnes*, sendo "tão relevantes e necessários que impõem a todos um dever de abstenção, de respeito. Sob outro ângulo, têm caráter geral, porque inerentes a toda pessoa humana." (GONÇALVES, 2022, p.388).

Importante ainda salientar que tais direitos são imprescritíveis, ou seja, sua duração continua enquanto houver a vida, sendo que em algumas hipóteses perduram até mesmo após o falecimento do indivíduo (ZANIN, 2021).

Notório ressaltar que tais direitos também não podem ser utilizados para satisfazer obrigações, pois possuem a característica da impenhorabilidade, portanto, não podem ser utilizados para realizar o pagamento de uma obrigação (RODRIGUES; ARAÚJO, 2017).

Carlos Roberto Gonçalves ainda nos ensina que tais direitos são vitalícios, sendo adquiridos no momento em que se nasce e acompanham o indivíduo até o momento do falecimento. Contudo, em casos excepcionais esses direitos podem acompanhar a pessoa até após sua morte, conforme preceitua o art. 12, parágrafo único, do Código Civil (GONÇALVES, 2022, p.391).

Dessa forma fica evidente que os Direitos da Personalidade são protegidos de forma categórica pelo legislador, estando presente até mesmo em nossa Carta Magna, pois é uma categoria de direitos muito importante para a pessoa humana. São frutos de uma construção histórica, marcada por duas grandes guerras, onde ficou claro que era necessário proteger tais direitos com maior eficácia.

### 3.2. Do direito a dignidade

O direito a ter uma vida digna está intrinsecamente ligado ao tema do presente trabalho, visto que, segundo Daniel Sarmiento "a dignidade da pessoa humana envolve a concepção de que todas as pessoas, pela sua simples humanidade, têm intrínseca dignidade, devendo ser tratadas com o mesmo respeito e consideração" (SARMENTO, 2016).

Quando há um vazamento de dados ou de imagem de um indivíduo sua honra pode estar sendo afetada, logo sua dignidade também estará em jogo, pois se trata de dados pessoais sensíveis. Dessa maneira, de acordo com Danilo Doneda:

*O reconhecimento da proteção de dados como um direito autônomo e fundamental não deriva de uma dicção explícita e literal, porém da consideração dos riscos que o tratamento automatizado traz à proteção da personalidade à luz das garantias constitucionais de igualdade substancial, liberdade e dignidade da pessoa humana, juntamente com a proteção da intimidade e da vida privada (DONEDA, 2011).*

Nesse mesmo entendimento, Leticia Nascimento ainda expõe que:

*Essa prática de coleta de dados vem trazendo sérios danos para o cidadão que possui suas informações mantidas por alguma*



*empresa privada ou pública, pois não existia a necessidade de autorização do indivíduo para que seus dados fossem coletados e muito menos para que fossem repassados para outra empresa. Assim, gerando prejuízos a dignidade da pessoa humana” (NASCIMENTO, 2019).*

*Isto posto, é evidente que quando um dado pessoal é violado o indivíduo tem seus direitos da personalidade agredidos, sendo um deles a dignidade da pessoa humana, vez que um dos requisitos para se ter uma vida digna é não ter sua vida exposta para as demais pessoas. Para evitar que isso ocorra, a Lei Geral de Proteção de Dados tem como objetivo, proteger esses dados pessoais, garantindo dessa forma a manutenção da dignidade da pessoa humana.*

### 3.3. Do direito a inviolabilidade da vida privada e a intimidade

O direito a Inviolabilidade da Vida Privada e a Intimidade são direitos da personalidade que ganharam muita força nos últimos tempos, pois segundo Anderson Schreiber:

*O direito à privacidade abrange, hoje, não apenas a proteção à vida íntima do indivíduo, mas também a proteção de seus dados pessoais. Em outras palavras: o direito à privacidade hoje é mais amplo que o simples direito à intimidade. Não se limita ao direito de cada um de ser “deixado só” ou de impedir a intromissão alheia na sua vida íntima e particular. Transcende essa esfera doméstica para alcançar qualquer ambiente onde circulem dados pessoais do seu titular, aí incluídos suas características físicas, código genético, estado de saúde, crença religiosa e qualquer outra informação pertinente à pessoa. Nesse sentido, a privacidade pode ser definida sinteticamente como o direito ao controle da coleta e da utilização dos próprios dados pessoais. (SCHREIBER, 2013).*

O direito supramencionado está protegido no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso X, que dispõe *in verbis*:

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*[...]*

*X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]* (BRASIL, 1988).



Na concepção do autor José Afonso da Silva “a intimidade integra a esfera íntima da pessoa, os seus pensamentos, desejos e convicções, enquanto a vida privada significa o direito do indivíduo de ser e viver a própria vida, relacionando-se com quem bem entender” (SILVA, 1992).

Dessa forma, nota-se que o direito a Inviolabilidade da Vida Privada e a Intimidade é um direito da personalidade muito bem resguardado tanto pela Carta Magna quanto na esfera Cível, evidenciando a importância de ser protegido e o quão grave é quando ele é violado.

### 3.4. Do direito a segurança

O direito a segurança é tão importante na nova lei que esta dispõe de uma seção própria para tratar da segurança dos dados pessoais, em seu capítulo VII, seção I, conforme dispõe o art. 46, *caput*, da lei em estudo:

*Art. 46. Os agentes de tratamento **devem adotar medidas de segurança**, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. (BRASIL, 2018).*

Tal direito a segurança está previsto em nossa Carta Magna em seus art. 5º, *caput*, e art. 6º que ambos determinam que a segurança é um direito fundamental do cidadão. Essa segurança citada envolve, nos tempos atuais, a segurança digital para proteger os dados pessoais de vazarem para terceiros.

Da mesma forma a Lei Geral de Proteção de Dados, em seu art. 6º, inciso VII, determina que é necessário adotar medidas e técnicas para aprimorar a proteção dos dados pessoais para evitar seu vazamento. (BRASIL, 2018).

Frente ao exposto fica nítido que é necessário regras para que os dados pessoais tenham uma maior segurança. Faz-se necessário portanto, evitar seu vazamento, visto que neles há informações sensíveis a respeito dos clientes da empresa ou organização, e, em havendo o vazamento desses dados será automaticamente violado a vida privada e intimidade dessas pessoas.

### 3.5. A proteção de dados pessoais como novo direito da personalidade

Apesar da proteção de dados pessoais estar intimamente ligada a proteção de outros diversos direitos da personalidade, não pode ser vista como desdobramentos dele, mas sim como um direito autônomo a ser protegido.

Por mais que diversos doutrinadores defendam a proteção de dados pessoais como sendo uma das vertentes da proteção à vida privada da pessoa, tal entendimento não merece prosperar, pois não são protegidos apenas dados íntimos e privados visando proteger a honra e imagem do cidadão, mas sim a proteção completa de qualquer dado que possa identificar uma pessoa, ainda que não a exponha a situações vexatórias (MENDES; FONSECA, 2020).





No mundo atual estamos em constante processo de modernização e globalização, nossos dados são solicitados diversas vezes em estabelecimentos, em sites, muitas vezes sem objetivo de exposição aos outros, porém incidentes ocorrem podendo ocasionar vazamentos de dados que conduzem a situações indesejadas.

Por este motivo a proteção de dados pessoais é extremamente necessária. Este assunto necessita de normas próprias para garanti-los e não pode ser tratado como uma ramificação de outros direitos da personalidade, pois ele mesmo configura um novo direito da personalidade (BIONI, 2020 p. 90).

Deve-se ainda considerar que a LGPD se trata de uma lei principiológica, trazendo em seu texto diversos princípios que vem nortear sua interpretação, além de trazer ainda uma forma de aplicação própria que difere dos demais direitos da personalidade (SIQUEIRA; LARA; ALVES, 2021).

Recentemente, o Congresso Nacional aprovou ainda a PEC nº 17/2019 transformando-a na emenda constitucional nº 115/2022, alterando o texto constitucional para incluir como direito fundamental à proteção de dados, e determinar a competência exclusiva da União para legislar e fiscalizar sobre o assunto, ficando assim a redação do art. 5º, 21 e 22 da CF/88:

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*[...]*

***LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.***

*[...]*

***Art. 22 Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXX - proteção e tratamento de dados pessoais.***

***Art. 21 Compete à União:***

*[...]*

***XXVI - organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei.***

Com essa aprovação a proteção de dados pessoais ganhou patamar elevado no ordenamento jurídico brasileiro, sendo reconhecida como um direito constitucional de todos os cidadãos e demonstrando o compromisso do Estado em atuar de forma a garanti-lo.

## 4. VIOLAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E AS SANÇÕES CABÍVEIS

### 4.1. Da fiscalização por meio da ANPD

Conforme já demonstrado, o direito a proteção de dados pessoais constitui um direito fundamental, reconhecido constitucionalmente e que deve ser garantido pelo Estado, pois a própria Constituição prevê a competência da União de atuar na fiscalização.



Objetivando a fiscalização e aplicação de sanções, viu-se necessário criar um órgão a atuar nesta frente, por isso a Lei nº 13.709/2018 criou a Autoridade Nacional de Proteção de Dados através do art. 55-A, atualmente tratando-se de uma autarquia de natureza especial, conforme redação do referido artigo:

*Art. 55-A. Fica criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD, autarquia de natureza especial, dotada de autonomia técnica e decisória, com patrimônio próprio e com sede e foro no Distrito Federal (BRASIL, 2018).*

Sua composição e as regras para tanto estão previstas nos artigos seguintes e em síntese é composta por: Conselho Diretor, Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, Corregedoria, Ouvidoria, Procuradoria e demais unidades administrativas e especializadas (BRASIL, 2018).

Quanto as competências desta autarquia, elas estão delimitadas no art. 55-J da LGPD, que dispõe *in verbis*:

*Art. 55-J. Compete à ANPD:*

- I. zelar pela proteção dos dados pessoais, nos termos da legislação; II - zelar pela observância dos segredos comercial e industrial, observada a proteção de dados pessoais e do sigilo das informações quando protegido por lei ou quando a quebra do sigilo violar os fundamentos do art. 2º desta Lei;*
- II. elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados*

**Pessoais e da Privacidade;**

- III. fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso;*
- IV. apreciar petições de titular contra controlador após comprovada pelo titular a apresentação de reclamação ao controlador não solucionada no prazo estabelecido em regulamentação;*
- V. promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança;*
- VI. promover e elaborar estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade;*
- VII. estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados pessoais, os quais deverão levar em*



*consideração as especificidades das atividades e o porte dos responsáveis;*

- VIII. promover ações de cooperação com autoridades de proteção de dados pessoais de outros países, de natureza internacional ou transnacional; X - dispor sobre as formas de publicidade das operações de tratamento de dados pessoais, respeitados os segredos comercial e industrial;*
- IX. solicitar, a qualquer momento, às entidades do poder público que realizem operações de tratamento de dados pessoais informe específico sobre o âmbito, a natureza dos dados e os demais detalhes do tratamento realizado, com a possibilidade de emitir parecer técnico complementar para garantir o cumprimento desta Lei;*
- X. elaborar relatórios de gestão anuais acerca de suas atividades;*
- XI. editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei; XIV - ouvir os agentes de tratamento e a sociedade em matérias de interesse relevante e prestar contas sobre suas atividades e planejamento;*
- XII. arrecadar e aplicar suas receitas e publicar, no relatório de gestão a que se refere o inciso XII do caput deste artigo, o detalhamento de suas receitas e despesas;*
- XIII. realizar auditorias, ou determinar sua realização, no âmbito da atividade de fiscalização de que trata o inciso IV e com a devida observância do disposto no inciso II do caput deste artigo, sobre o tratamento de dados pessoais efetuado pelos agentes de tratamento, incluído o poder público; XVII - celebrar, a qualquer momento, compromisso com agentes de tratamento para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa no âmbito de processos administrativos, de acordo com o previsto no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942;*
- XIV. editar normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados, inclusive quanto aos prazos, para que microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação, possam adequar-se a esta Lei;*



- XV. garantir que o tratamento de dados de idosos seja efetuado de maneira simples, clara, acessível e adequada ao seu entendimento, nos termos desta*
- XVI. Lei e da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso); XX - deliberar, na esfera administrativa, em caráter terminativo, sobre a interpretação desta Lei, as suas competências e os casos omissos;*
- XVII. comunicar às autoridades competentes as infrações penais das quais tiver conhecimento;*
- XVIII. comunicar aos órgãos de controle interno o descumprimento do disposto nesta Lei por órgãos e entidades da administração pública federal;*
- XIX. articular-se com as autoridades reguladoras públicas para exercer suas competências em setores específicos de atividades econômicas e governamentais sujeitas à regulação; e*
- XX. implementar mecanismos simplificados, inclusive por meio eletrônico, para o registro de reclamações sobre o tratamento de dados pessoais em desconformidade com esta Lei.*

[..] (BRASIL, 2018)

Sendo assim, a ANPD é responsável por atuar na fiscalização do tratamento de dados, verificando a adequação de empresas as normas previstas pela lei, e aplicando as sanções administrativas cabíveis quando verificadas as violações.

Além disso, deve dialogar com os titulares dos dados quando for solicitada, bem como com os controladores e operadores, e atuar de forma a zelar pela proteção dos dados, visando a garantia de que não haverá violação.

Salienta-se ainda a importância de atuar na educação, orientação e capacitação da sociedade e órgãos públicos na adequação à LGPD, haja vista que se trata de novas normas e que necessitam entrar em vigor sem acarretar diversos danos aos setores produtivos (PINHEIRO, 2020, p. 27)

Apesar de em outubro de 2020 o Conselho Diretor ter sido aprovado pelo Congresso Nacional, e as sanções estarem previstas para serem aplicadas a partir de 01 de agosto de 2021, somente em outubro de 2021 a ANPD aprovou seu regulamento do processo de fiscalização e administrativo para aplicação de sanções (CAMARGO; FRANCO; 2022).

#### **4.2. Da sanção administrativa cabível**

A LGPD traz diversos deveres quanto aos agentes de tratamento, que se não observados podem acarretar a aplicação de sanções por intermédio da ANPD. Essa é a maneira de fazer com que a sociedade passe a adequar-se as normas legais, tanto que a



grande parte do motivo pelo qual as empresas estão se adaptando à LGPD é devido aos altos valores das sanções.

Além disso é preciso ressaltar que ao se adequar às novas normas as empresas oferecem uma maior segurança aos seus clientes, gerando mais confiança e consequentemente aumento do número de negócios efetuados. Dessa forma é possível entender que as empresas não devem se adequar a nova lei somente por conta das sanções e da responsabilidade civil, mas sim para aumentar seu prestígio para com terceiros (MACIEL, 2019).

O art. 52 da Lei Geral de Proteção de Dados evidencia e esclarece quais as sanções cabíveis, bem como seus respectivos valores, sendo elas:

*Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional:*

- I. advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;*
- II. multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;*
- III. -multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II; IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;*
- IV. bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;*
- V. eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;*
- VI. [...]*
- VII. - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador;*
- VIII. -suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período;*
- IX. - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados. (BRASIL, 2018).*

Para exemplificar como as multas e sanções funcionam, a jornalista Ana Estela de Sousa Pinto em uma matéria expôs que uma empresa sueca, a H&M foi multada no montante de € 35,3 milhões de euros, por volta de R\$ 234 milhões de reais, pois ela



descumpriu a lei vasculhando e “bisbilhotando” a saúde, religião e família de seus funcionários da Alemanha (PINTO, 2020).

Apesar de no Brasil essa fiscalização estar no início, é possível perceber que nos demais países, como por exemplo na Suécia, que adotaram semelhantes leis há indícios de bom funcionamento, devido principalmente ao caráter punitivo para aqueles que descumprem o que determina a lei, como no exemplo acima citado. Devido às sanções de alto custo, as empresas vêm a cada dia adotando medidas mais eficazes para evitar que dados pessoais, principalmente os dados sensíveis, acabem vazando.

## 5. CONCLUSÃO

Após a realização da pesquisa nos mais diversos materiais bibliográficos foi possível entender que o tema abordado, a proteção de dados pessoais, mesmo já possuindo uma previsão legal indireta na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, se mostrou necessário uma lei específica para versar sobre o tema, sendo criada assim o objeto de estudo do presente trabalho, a Lei Geral de Proteção de Dados.

A LGPD faz uma diferenciação nova do que são dados pessoais, os dividindo entre dados pessoais e dados pessoais sensíveis. Essa novidade, mesmo que tênue, acarreta problemas sérios se os dados forem violados, pois os dados pessoais sensíveis tratam de informações mais íntimas do indivíduo, como a sua religião, raça, opinião política, gerando problemas mais graves se forem vazados, afetando diretamente os direitos da personalidade.

A nova lei criou figuras novas, que são os agentes de tratamento de dados. Esses agentes são divididos em controlador que é o responsável por tomar as decisões finais a respeito do tratamento de dados, o operador dos dados apenas é autorizado fazer o que é determinado pelo controlador. Um terceiro agente criado pela lei é o encarregado, que faz a ponte de comunicação entre o Controlador e a ANPD, para facilitar a adequação às exigências legais, gerando uma maior celeridade pois assim apenas uma pessoa fica designada para essa função.

O presente estudo elucidou também que os direitos da personalidade, que todo ser humano possui, está intrinsecamente ligado a LGPD, visto que o direito à segurança, inviolabilidade da vida privada, dignidade da pessoa humana são direitos da personalidade e são objeto de proteção da LGPD. Dessa forma foi possível entender que, quando um dado pessoal é vazado para terceiros, logo a indivíduo teve seus direitos da personalidade violados, evidenciando o quão sério e relevante é o presente tema abordado no trabalho.

Por fim, para as empresas que não se adequarem a LGPD e eventualmente vazarem os dados dos seus clientes para terceiros, será aplicado sanções de alto custo, evidenciado o caráter punitivo da lei, pois assim as empresas irão se adequar e conseqüentemente preservar os direitos da personalidade de seus clientes.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Marcelo Henrique Lapolla. LAMBOY, Christian Karl de. LEITE, Luciano Vasconcelos. **Manual de implementação da Lei Geral de Proteção de Dados**. 1. ed. São Paulo: Via Ética, 2019.



BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BLUM, Renato Opice; MALDONADO, Viviane Nobrega, coordenadores. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada** – 2. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF: Presidência da República; 2018.

CAMARGO, Camila. FRANCO, Nailia. **Sem pressa, mas sem pausa: o primeiro ano de atuação da ANPD**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jan-14/camargo-franco-primeiro-ano-atuacao-anpd>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei geral de proteção de dados pessoais comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. **A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 13. Ano 4. p. 59-67. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2017.

DATA PROTECTION.IE. **Facebook Data Breach – Commencement of Investigation**. Disponível em: <<https://www.dataprotection.ie/en/news-media/press-releases/facebook-data-breach-commencement-investigation>>. Acesso em: 15 jul. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito**. 37ª ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2020.

DONEDA, Danilo. **A Proteção Dos Dados Pessoais Como Um Direito Fundamental**. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1315/658>> acesso em: 20 maio 2022.



FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

FONSECA, Gabriela Campos Soares da. MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

MACIEL, Rafael. **Manual prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Atualizado com a Medida Provisória nº 869/18**. São Paulo: Ed. RM Digital Education, 2019. p. 88.

MATTAR, Fauze Najib. **Pesquisa de Marketing: metodologia, planejamento, execução, análise**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

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

MONTEIRO, Renato Leite; GOMES, Maria Cecília Oliveira; NOVAES, Adriane Loureiro; MORIBE, Gabriela; CAMARA, Dennys Eduardo Gonsales; DE MARCHI GHERINI, Pamela Michelena. **Lei geral de dados pessoais e GDPR: histórico, análise e impactos**. 2019. Disponível em: <<https://baptistaluz.com.br/institucional/manual-normativo-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-gdpr/>>. Acesso em: 14 jul. 2022.

NASCIMENTO, Letícia. **Os principais direitos fundamentais garantidos na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/76752/os-principais-direitos-fundamentais-garantidos-na-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais>>. Acesso em: 10 maio 2022.

PERELLI, Bruno Angeli. **Diferenças entre dados pessoais e dados pessoais sensíveis**. Disponível em: <<https://rpsa.com.br/dados-pessoais-e-dados-pessoais-sensiveis/>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais**: comentários à lei nº 13.709/2018. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2020.

PINTO, Ana Estela de Sousa. **H & M leva multa milionária por “bisbilhotar” religião, família e saúde de funcionários**. Disponível em:





<<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/10/hm-leva-multa-milionaria-por-bisbilhotar-religiao-familia-e-saude-de-funcionarios.shtml>> – Acesso em: 01 ago. 2022

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Natália Bernadeth Fernandes; ARAÚJO, Anne de Fátima Pedrosa. **Direitos da Personalidade**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55019/direitos-da-personalidade>>. Acesso em: 05 maio 2022.

RUARO, Regina Liden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. **O direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação**. In: Programa de Pós-graduação em Direito da PUC- Rio. Revista Direito, Estado e Sociedade, n.36, p. 178-199, jan./jun. 2010.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 28. *E-book*.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2ª. ed. Rev. At. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 188. Apud. QUEIROZ, Iranilda Ulisses Parente. **Proteção à intimidade e à vida privada a luz da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2662/Protecao-a-intimidade-e-a-vida-privada-a-luz-da-Constituicao-Federal-de-1988>>. Acesso em: 20 maio 2022.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, Fernanda Correa Pavesi; ALVES, Nadine Girardi. **Direitos de personalidade, proteção de dados pessoais e o poder público**. Revista Húmus, [S. l.], v. 11, n. 31, 2021. Disponível em: <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/16011>. Acesso em: 24 ago. 2022.

SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani. **Capítulo I: Disposições Preliminares**. In: FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Henrique Albani (Coord.). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: Lei 13.709/2018**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 15- 58.

SOUZA, Jéssica Jane; RAMIDOFF, Mário Luiz. **LGPD Brasileira: Eficácia do Direito ao Esquecimento?**. Percurso, v. 2, n. 33, p. 404-407, 2020.

SOUZA, Luíza Ribeiro de Menezes. **Proteção de dados pessoais: estudo comparado do regulamento 2016/679 do parlamento europeu e conselho e o projeto de lei brasileiro n. 5.276/2016. 2018**. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/3153/1484>>. Acesso em: 21 jul. 2022



TAVARES, Letícia Antunes; ALVAREZ, Bruna Acosta. **Da proteção dos dados pessoais: uma análise comparada dos modelos de regulação da Europa, dos Estados Unidos da América e do Brasil.** Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ii%204.pdf?d=636680444556135606>>. Acesso em: 25 jul. 2022.

TUMELERO, Thays Joana. **Princípios da LGPD: terminologia e aplicação prática. 2019.** Disponível em: <<https://ostec.blog/geral/principios-da-lgpd>>. Acesso em: 21 jul. 2022.

ZANIN, Ana Paula. **Os direitos da personalidade, suas características e classificações.** Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/direitos-da-personalidade/#:~:text=S%C3%A3o%20direitos%20da%20personalidade%20o,privacidade%20intimidade%20entre%20outros.>>. Acesso em: 06 maio 2022.



### III. A PROTEÇÃO DO NOME DE FAMÍLIA ENQUANTO MARCA SOBRE A TUTELA DA LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL E A ÉGIDE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Leila Maria de Carvalho<sup>1</sup>  
Antônio Lorenzoni Neto<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 DIREITO EMPRESARIAL. 2.1 Instituto da Marca. 2.1.1 Registro da marca. 2.2 Instituto do Nome. 2.2.1 Nome de família enquanto marca. 3 O DIREITO AO NOME COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE. 4. ESTUDO DE CASO: CESAR CIELO VS CIELO S/A. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** No campo de atuação do direito empresarial está o instituto da marca, alvo de inúmeros litígios. Sendo a forma mais eficiente de garantir os direitos sobre a marca, o registro da marca junto ao órgão competente, que garante ao seu titular o direito de exploração comercial, o direito de impedir que terceiros imitem, reproduzam, importem, vendam ou distribuam produtos com sua marca sem sua autorização. Entre as classificações da marca, para seu registro, está o uso do nome de família, bem jurídico passivo de direitos e limitações definidos por lei. Assim, é imprescindível discutir nesse estudo os preceitos doutrinários e legais da proteção da marca versus direito da personalidade tendo como base o caso concreto da marca “Cielo”. Considerando que o direito empresarial se torna cada vez mais importante na sociedade, e que as garantias previstas pelo direito de personalidade; são essenciais a todos os indivíduos. Assim, por meio do método teórico-bibliográfico foi feita a revisão bibliográfica, estudo de julgados e doutrinas, o objetivo dessa pesquisa é discutir o resultado da Ação Ordinária de Nulidade de Atos Administrativos, autos do processo n.º 0031360-61.2012.4.02.5101, promovida pelo Atleta Cesar Augusto Cielo Filho, conhecido por Cesar Cielo e a empresa Cielo e Cielo Comércio de Artigos Esportivos Ltda em face da empresa Cielo S/A e do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, que teve por objetivo a nulidade da marca CIELO, sob argumento de não houve autorização do nadador para que a empresa ré utilizasse seu sobrenome como marca. O estudo é caracterizado como básico, qualitativo, exploratório e bibliográfico, sendo que a coleta de dados foi realizada em livros, artigos e jurisprudências sobre o tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Marca. 2. Sobrenome. 3. Cielo. 4. Direitos da Personalidade.

**ABSTRACT:** In the field of action of business law is the brand institute, the target of numerous disputes. As the most efficient way to guarantee the rights over the trademark, the registration of the trademark with the competent body, which guarantees its holder the right to commercial exploitation, the right to prevent third parties from imitating, reproducing,

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Faculdade Maringá.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR; Mestre em Tutela dos Direitos Supra-Individuais pela Universidade Estadual de Maringá - UEM; Especialização em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL; Graduação em Direito pelo Centro Universitário de Maringá - UNICESUMAR. É professor de Direito do Consumidor e de Processo Civil Coletivo na Faculdade Maringá.



importing, selling or distributing products with your brand without your authorization. Among the classifications of the brand, for its registration, is the use of the family name, a passive legal asset of rights and limitations defined by law. Thus, it is essential to discuss in this study the doctrinal and legal precepts of brand protection versus personality rights based on the concrete case of the “Cielo” brand. Considering that business law is becoming more and more important in society, and that the guarantees provided for by the right to personality; they are essential to all individuals. Thus, through the theoretical-bibliographic method, a bibliographical review was carried out, a study of judgments and doctrines, the objective of this research is to discuss the result of the Ordinary Action of Nullity of Administrative Acts, case file n.º 0031360-61.2012.4.02. 5101, promoted by Athlete Cesar Augusto Cielo Filho, known as Cesar Cielo and the company Cielo e Cielo Comércio de Artes Esportivos Ltda against the company Cielo S/A and the National Institute of Industrial Property – INPI, which had the purpose of nullifying the CIELO brand, under the argument that there was no authorization from the swimmer for the defendant company to use his surname as a brand. The study is characterized as basic, qualitative, exploratory and bibliographical, and data collection was carried out in books, articles and jurisprudence on the subject.

**KEY-WORDS:** 1. Brand. 2. Last Name. 3. Cielo. 4. Personality Rights Legislation.

## 1. INTRODUÇÃO

Entre os campos de atuação do direito empresarial está o instituto da marca, alvo de inúmeras ações judiciais. O ativo empresarial apresenta-se atualmente como principal elo da empresa com o público consumidor, por isso, a proteção da marca passou a ser requisito fundamental para maioria das organizações.

Logo, a forma mais eficiente de garantir os direitos sobre a marca é o seu registro da junto ao órgão competente, que garante ao seu titular o direito de exploração comercial, o direito de impedir que terceiros imitem, reproduzam, importem, vendam ou distribuam produtos com sua marca sem sua autorização.

Entre as diversas classificações da marca para seu registro está o uso do nome de família, que de acordo com a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei de Propriedade Industrial), é vista como bem jurídico da organização e está passiva a limitações, tais como, o direito a exclusividade.

No entanto, com advento da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), alguns requisitos do Direitos da Personalidade garantem aos indivíduos a proteção a “personalidade” dos indivíduos, entre elas, o instituto do Direito ao Nome, inclusive, o nome de família, ressaltando assim, a singularidade e exclusividade que personifica o indivíduo.

Diante do exposto, a jurisprudência brasileira tem se deparado com diversas situações complexas em relação ao instituto da marca, uma vez que todos os titulares de nomes (prenome e sobrenome) possuem o direito de utilizar o nome enquanto marca. No entanto, o nome enquanto marca quando tutelado pelos direitos de Propriedade Industrial, ficam sujeitos a limitações, principalmente ao que tange o uso exclusivo do nome enquanto marca em todo território nacional, independe o ramo de negócio. Mesmo que os requisitos do Direito Industrial visem a especialidade, anterioridade, veracidade, distintividade e boa-fé. A proteção a pessoa, garantida pelos direitos da personalidade, compreendem que a utilização



de nomes de família ou patronímicos por membros da mesma família deveriam ser privilegiados. Logo, diante do exposto, questiona-se: Como garantir a proteção ao nome enquanto marca considerando o bem jurídico da personalidade?

Nesse sentido, objetivo geral do artigo é discutir os preceitos doutrinários e legais da proteção da marca versus direito da personalidade, apoiado no caso concreto da marca “Cielo”, tendo como base o método teórico-bibliográfico.

Para desenvolver a presente pesquisa se utilizou o método exploratório, técnica que se restringe a definir objetivos e buscar mais informações sobre o assunto, permitindo o estudo do tema sob diversos ângulos e aspectos e geralmente envolve levantamento bibliográfico.

No desenvolvimento, primeiramente abordou-se o conteúdo do Direito Empresarial sob a perspectiva da disciplina jurídica da marca e do instituto jurídico do nome. Em seguida tratou-se do direito ao nome como um direito da personalidade e, por fim, analisou-se o caso Cesar Cielo versus Cielo S/A.

A escolha do campo do direito empresarial deve-se ao fato de ser uma disciplina do direito necessária e importante ao cidadão, uma vez, que ao regular as práticas empresariais, recorrente e de elevada demanda, ao mesmo tempo que oferta uma gama de possibilidades de atuação ao operador jurídico.

A escolha do tema do estudo está na relevância do objetivo para a relação da proteção marcária versus as garantias previstas pelo direito de personalidade. Assim, como destacado, a importância de como a prática é abordada pela jurisprudência e, sua concordância ou discrepância com os julgados do Tribunal Regional Federal.

#### O DIREITO EMPRESARIAL

O direito empresarial, normatiza e orienta as atividades comerciais de empresas privadas, tanto as dirigidas para os negócios em geral como as que tratam especificamente da finalidade lucrativa. É no direito empresarial que estão as regras jurídicas que regulam o mercado, tais como a livre iniciativa, a propriedade privada, a autonomia da vontade e a valorização do trabalho humano, conforme Art. 170º da Constituição Federal (1988). Ainda cabe ao direito empresarial, que o operador do direito, atue no ramo de marcas, patentes, registros de empresa e propriedade intelectual.

No que tange ao registro de marcas em específico, a Lei de Propriedade Industrial (LPI) (1996), detém um conjunto de regras que determinam a marca empresarial como bem jurídico. Especificamente no inciso XV do Art. 124º, aborda as regras para registro do nome de família como marca. Complementado pelo Código Civil (2002), que dispõe sobre os direitos de personalidade nos Arts. 11º e 16º, que prevê o nome civil ou patronímico (sobrenome) que não se submete ao uso exclusivo, ainda que como marca.

Nesse sentido, é correto concluir que o direito empresarial é uma especificidade do direito privado que atua na mediação de conflitos e também disciplina as atividades de cunho empresarial, oriundas de pessoas físicas ou jurídicas. Logo, o direito empresarial abrange um conjunto variado de matérias, incluindo, as questões relacionadas a Lei de Propriedade Industrial.



### 1.1. Instituto da Marca

As marcas são caracterizadas como bens imateriais, possuem valor econômico, tanto aos olhos do empresariado como aos olhos dos consumidores; por isso, sua proteção jurídica objetiva resguardar ambas as partes (SOARES, 2000). As marcas são sinais visuais que identificam e diferenciam e especificam produtos ou serviços. Na atividade empresarial, a marca é um item essencial como fonte de reconhecimento no mercado, captação de clientes e o sucesso empresarial, por isso, fazem parte da propriedade industrial das organizações. “[...] a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos [...]” (BRASIL, 1998).

A marca tem por finalidade indicar a qualidade de um produto ou serviço, seja pelo próprio agente econômico que a explora ou por terceiros, ou seja, a marca é o que diferencia o produto ou serviço perante ao mercado consumidor. É, em suma, a “identidade da atividade econômica de seu titular, por meio do qual os consumidores fazem a associação entre o produto ou serviço e suas características” (TOMAZETTE, 2013, p. 36).

Segundo Tomazette (2013), as marcas são classificadas em três grupos: quanto ao uso, quanto à origem, e quanto à formação. Quanto ao uso, as marcas subdividem-se em: marca de produto ou serviço, marca de certificação e a marca coletiva. Já em relação a origem, as marcas subdividem-se em duas: nacional e estrangeira. E por fim, quanto à formação ou composição, as marcas podem ser classificadas em: nominativas, figurativa e as mistas e/ou tridimensionais.

Diante do exposto compreende-se que a marca é uma representação simbólica de empresa ou pessoa, e que essa representatividade enquanto propriedade comercial é protegida pela legislação, precisando atender alguns requisitos enquanto a sua origem, tipo, formação, entre outros critérios.

#### Registro da marca

De acordo com o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) (2021) para concessão do registro de marca, um pedido deve ser feito junto a instituição e por ela deferido, o que garante ao seu titular diversos direitos e deveres quanto à sua marca. Para que haja o deferimento do pedido, no entanto, é preciso atender alguns requisitos da Lei da Propriedade Industrial.

Conformes os Arts. 122º, 128º, § 1º e 157º da Lei 9.279/1996, para que a marca seja registrada é necessário que ela:

- a)** consista num sinal distintivo (palavras, figuras, formas ou combinações desses elementos);
- b)** seja visualmente perceptível (não é permitido o registro de marcas olfativas ou sonoras);
- c)** não incorra nas proibições legais;
- d)** seja depositada no INPI (autarquia federal competente, nos termos da Lei 5.648/1970), mediante pedido acompanhado do comprovante de pagamento da taxa de depósito;
- e)** indique a classe correspondente e especifique os produtos ou serviços que se destina a identificar, conforme classificação adotada pelo INPI;



- f)** seja requerida por alguém que, de forma lícita e efetiva, exerça atividades em relação aos produtos ou serviços para os quais a marca foi pleiteada, com base no objeto social da sociedade ou da inscrição da pessoa física em órgão profissional de classe.

O registro de marca é um título que assegura o direito de propriedade e uso exclusivo da marca em todo o território nacional. Sua concessão se dá mediante pedido depositado junto ao INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial. A proteção oriunda do registro não incide sobre a marca propriamente dita, mas sobre o seu uso para identificar um determinado produto ou serviço. Ressalvados os casos de notoriedade ou de alto renome, a mesma marca pode ser registrada por pessoas diversas, para atividades diferentes (princípio da especialidade). O âmbito de proteção decorrente do registro não se limita à marca nem aos produtos ou serviços nele descritos. No intuito de coibir o risco de confusão ou associação indevida, a tutela concernente ao registro da marca se estende também (i) a qualquer outra marca que a imite ou reproduza, de forma parcial ou com acréscimo e (ii) a qualquer outro produto ou serviço semelhante ou afim. A falta do registro não significa ausência completa de proteção: a legislação também reconhece alguns direitos baseados no uso, depósito ou notoriedade da marca (SCHMIDT, 2018, p. 01).

A classificação quanto ao tipo de marca e a observação aos incisos do Art. 124º da referida lei também são verificados antes do INPI manifestar-se quanto ao deferimento ou indeferimento do pedido de registro. E por fim, deve a marca também atender aos requisitos de: novidade relativa, não colidência com marca já registrada ou notória e desimpedimento.

Schmidt (2018) explica que a natureza jurídica do registro de marca é questão de grande efeito prático, na possibilidade ou não de transmissão de direitos e no regime legal de proteção. Ao longo do tempo várias teorias procuraram precisar a natureza jurídica da proteção incidente sobre a marca, conceituando-a como:

- a)** um direito de personalidade, insuscetível de alienação a terceiros;
- b)** um direito de clientela;
- c)** um direito de si monopólio;
- d)** um direito de informação ao consumidor;
- e)** um mero elemento do fundo de comércio, do qual a marca não poderia ser dissociada, diante da impossibilidade de ser cedida separadamente a outrem, sem que o respectivo negócio e seu aviamento também fossem alienados;
- f)** um direito de exclusivo;
- g)** um direito intelectual ou imaterial sui generis, diverso das tradicionais categorias de direitos reais, obrigacionais ou de personalidade;
- h)** um direito de propriedade, ainda que sui generis.

Portanto, observa-se que o registro da marca é um recurso que tem por finalidade proteger a propriedade industrial/intelectual das pessoas físicas e jurídicas. A proteção legal da marca possibilita a exclusividade do uso de acordo com os requisitos já citados da legislação e ainda evita possíveis cópias, ações de pirataria ou uso indevido.

#### Instituto do Nome

O nome funciona como o identificador do indivíduo perante a sociedade, esse conceito vem sendo aplicado ao longo do tempo por todas as civilizações conhecidas, devido a necessidade de individualizar e diferenciar cada pessoa. No entanto, com o aumento das



populações, as civilizações viram a necessidade de especificar cada vez mais os indivíduos, chegando à formação do nome como é praticado atualmente: prenome e sobrenome.

*O nome sempre exerceu extrema importância perante à sociedade, ainda pelo fato de ser o principal indicativo da pessoa natural no meio social. O nome é o sinal ou rubrica através do qual se designam e individualizam as pessoas, quer consideradas isoladamente, quer em referência (CARVALHO, 2009, p. 38).*

O sistema jurídico brasileiro compreende o nome civil pela composição do 1º nome, que tem a função de individualizar a pessoa mais o sobrenome/sobrenomes, que são os nomes de família. Conforme se demonstrará na próxima seção primária desta pesquisa, o direito ao nome está inserido no rol dos direitos da personalidade, que constitucionalmente detém a natureza jurídica de não poder ser renunciado, transferido, inalienável, imprescritível e protegido contra abusos e ao uso indevido. É incontestável que o nome civil é um dos principais elementos individualizadores da pessoa natural. Em relação aos direitos da personalidade, Amorim (2003) comenta que o nome é um símbolo da personalidade do indivíduo, capaz de identificá-lo no contexto social e ainda produzir reflexos na ordem jurídica. “{...} O ordenamento jurídico tutela a identidade pessoal, protegendo-a de possíveis danos morais e materiais. O nome também tem sua importância aumentada à medida que a pessoa tenha reputação conhecida por distinção na sociedade” (AMORIM, 2003, p. 44).

A proteção ao nome é garantida nos Arts. 16º a 19º do Código Civil (2002), onde o direito ao uso e à preservação do nome, insere-se junto ao direito à integridade moral corresponde à proteção pertinente à pessoa, no que diz respeito à sua honra, liberdade, recato, imagem e nome.

O nome civil, em regra, obedece ao princípio da imutabilidade, “salvo em situações excepcionais: prenome ridículo, equívoco no registro civil, erro gráfico, homonímia, nome estrangeiro, nome socioafetivo e nome transexual {...}” (CARVALHO, 2009, p. 42).

Segundo Dias (2020, p. 89) todos têm direito ao nome, bem como à identificação de sua origem familiar e eles sobrevivem mesmo após a morte:

*Todos têm direito a um nome. Não só ao próprio nome, mas também à identificação de sua origem familiar. O nome dos pais e dos ancestrais comprova que a pessoa está inserida em um grupo familiar. O patronímico pertence à entidade familiar, e identifica os vínculos de parentesco. Adquire-se o direito ao nome mesmo antes de nascer. Todas as pessoas precisam ser registradas junto ao Registro Civil do local onde nasceu (LRP 50). Mesmo ocorrendo o nascimento sem vida, ainda assim é necessário o registro do natimorto (LRP 53), com a indicação de seu nome e prenome (LRP 54). O nome individualiza as pessoas, as distingue durante a vida e é um elemento da personalidade que sobrevive à morte.*

Vale destacar também que o nome enquanto direito tão intrínseco ao ser humano, no que tange ainda a proteção, o Código Penal, em seu Art. 185º, tipifica o crime de usurpação do nome, conforme disposto: “atribuir falsamente a alguém, mediante o uso de nome, pseudônimo ou sinal por ele dotado para designar seus trabalhos, a autoria de obra





literária, científica ou artística: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa”. Assim como, o Código Civil (2002) também dita expressamente em seu texto a mesma proteção por meio do Art. 17º: “o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória”. Seguindo a mesma premissa, Art. 18º determina: “sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.”

Dessa forma, evidencia-se que a positivação do instituto do nome compreende a necessidade de individualização do ser humano em seu meio social, pois, o nome civil está atribuído a personalidade que confere a cada pessoa (natural ou jurídica) em relação ao seu status de distinção. Da mesma maneira, verifica-se na legislação nacional a garantia do instituto como direito do indivíduo, assim como, a sua devida proteção.

Nome de família enquanto marca

Dannemann e Moreira (2005) esclarecem que o nome também pode ser utilizado como marca, fazendo com que a sua natureza jurídica obtenha um direito de cunho patrimonial, como bem incorpóreo, podendo, até, integrar direito de propriedade industrial submetido às normas e limites destes direitos.

Os nomes civis, patronímicos ou de família quando tutelados pelo direito de propriedade industrial passa a ser passíveis de uso com exclusividade. “Os nomes, quando de cunho patrimonial, não são objeto de privilégios inerentes aos direitos da personalidade e passam ser regidos por princípios, normas e a sofrer limitações inerentes aos direitos de propriedade industrial” (BRASIL, 2002).

Dessa forma, existem limitações do registro do nome civil, nome de família e patronímico como marca, conforme Art. 124º XV, da Lei 9279 de 1996, que estabelece “que não são registráveis como marca o nome civil ou sua assinatura, nome de família ou patronímico e imagem de terceiros, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores”.

Porto (2007) explica que o uso do nome como marca pelo seu titular será, no âmbito de sua função como signo distintivo, objeto de direito de exclusividade. No entanto, no Brasil, com algumas exceções, institui-se o sistema atributivo para a aquisição da propriedade marcária, ou seja, quem primeiro registra o nome tem o direito a exclusividade do seu uso. No caso das marcas a proteção exclusiva é limitada ao segmento de mercado para o qual foi registrada e a área do estado federado para o qual foi registrado. Quando um nome civil, ou patronímico, é registrado como marca ele ganha o direito de ser utilizado exclusivamente, nos limites já citados. Os demais titulares do mesmo nome, inclusive homônimos, podem ainda utilizar esses nomes como marca em outras classes ou atividades empresariais, desde que preservem assim, os princípios da veracidade e da especificidade das marcas.

O nome de família, mesmo aquele cujo objetivo seja uma marca, na perspectiva dos direitos da personalidade, é um objeto de direito, logo, define-se como um bem jurídico, tutelada pelo Estado de direito democrático, mantendo assim a sua individualidade. No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais estão dispostos no título II, da Constituição Federal, (Arts. 5º a 17º); precedido pelo título I (Arts. 1º a 4º), que cuida dos princípios fundamentais, representam o embasamento constitucional da tutela dos direitos da personalidade. Porém, no intuito de tutelar o indivíduo, o legislador incluiu no Código Civil (2002), a positividade dos direitos da personalidade por meio dos Arts. 11º a 21º.



Nessa perspectiva entende-se que a Lei de Propriedade Industrial, ao conferir cunho patrimonial, possibilita o uso do nome civil, patronímico ou de família enquanto marca, proporcionando por exemplo, aos artistas e esportistas, realizar o registro do nome e assim garantir a exclusividade. E que, portanto, nenhuma outra pessoa utilize o mesmo nome em seu seguimento de atuação.

## 2. O DIREITO AO NOME COMO UM DIREITO DA PERSONALIDADE

No que tange a proteção do homem ela se faz mais presente no âmbito do direito penal e na esfera civil, ou seja, a tutela da pessoa humana estaria ligada a reparação do dano, mediante a responsabilização do agente, diante da perspectiva patrimonial. Soares, Prazak e Men (2020, p. 1373) explicam que essa carência normativa advindas da evolução tecnológica e comunicacional “fizeram ressurgir estudos acerca da teoria dos direitos da personalidade, que teriam como finalidade proteger a pessoa no que ela tem de mais essencial: a sua personalidade”.

No entanto, Szanuawski (2002, p. 39) ao debater sobre personalidade, explica que o conceito não é visto como unívoco, sendo que o termo “personalidade” é definido como “caráter essencial e exclusivo de uma pessoa, opõe-se à acepção de generalidade e expressa a singularidade, a independência, a vida autônoma do ente”.

No sentido jurídico, Soares, Prazak e Men (2020, p. 1343) definem que a personalidade “é a aptidão que tem todo homem, por força da lei, de exercer direitos e contrair obrigações.” Por isso, autores ressaltam que em se tratando de direitos da personalidade, deve-se considerar a personalidade como objeto de direito, como um bem jurídico.

*O bem jurídico, por sua vez, configura um valor cultural; tem cunho axiológico. Trata-se de um interesse do homem e, como tal, deve ser garantido pelo direito. Neste sentido, o ordenamento jurídico não cria o bem jurídico, ele é um interesse humano vital erigido à condição de bem jurídico pela proteção do direito (SZANUAWSKI, 2002, p. 41).*

Souza (1995, p. 142) compartilha sob essa égide, de um bem jurídico, ao afirmar que: “a personalidade é um complexo de características interiores com o qual o indivíduo pode manifestar-se perante a coletividade e o meio que o cerca, {...} Com efeito, no sentido jurídico, a personalidade é um bem, aliás, o primeiro pertencente à pessoa”.

Logo, ao considerar a personalidade como bem jurídico, Souza (1995, p. 37) defende que os direitos da personalidade “compreende todas as condições necessárias para a conservação e desenvolvimento da personalidade e para o reconhecimento e respeito da dignidade moral e jurídica do homem”.

Szanuawski (2002) amplia esse conceito ao determinar que os direitos da personalidade são aqueles que resguardam as relações jurídicas em que o objeto do litígio é a personalidade e que esses direitos tendem a se ampliar proporcionalmente ao aumento da proteção à personalidade da pessoa.

Para Barreto (2005, p. 100) os direitos da personalidade dizem respeito ao “poder que tem a pessoa sobre o todo ou sobre partes da sua integridade física, psíquica e intelectual, em vida e, em alguns casos, após a morte, e que constituem o mínimo



necessário e apto a garantir a dignidade da pessoa e o amplo desenvolvimento da personalidade”.

Uma vez conceituados, os direitos da personalidade, pode-se dizer, que esses direitos constituem uma categoria autônoma por tutelarem bens da personalidade humana e reunirem características próprias. De acordo com Souza (1995) a primeira característica é a sua essencialidade (suas mais importantes qualidades, bens que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta), a segunda característica é a pessoalidade destes direitos (inseparáveis do seu titular, na medida em que representam os elementos de individualização da pessoa), a terceira e a quarta são: irrenunciabilidade e a intransmissibilidade.

Os direitos da personalidade também podem ser classificados, porém, diante da amplitude da variedade de critérios ligados ao instituto, os doutrinadores restringiram-se a classificar duas categorias principais: direitos da personalidade públicos e direitos da personalidade privados.

De acordo com Barreto (2005, p. 100) os direitos da personalidade públicos, “destinam-se à proteção do indivíduo contra atentados praticados pelo Estado, bem como, à tutela da sociedade contra violações cometidas por certos particulares”. Porém, os direitos da personalidade privados, “por seu turno, abrangem os direitos intrínsecos ao ser humano, referem-se aos aspectos privados da personalidade e tutelam relações entre particulares”.

Vale ressaltar, contudo, que os bens jurídicos não são estáticos, conforme o indivíduo, seu contexto de vida e relações se modificam, outros bens jurídicos nascem e precisam ser tutelados, havendo então a necessidade de constante revisão e ampliação dos direitos de personalidade.

Portanto, em um sentido amplo, os direitos da personalidade, enquanto bem jurídico passível de tutela, abrange uma infinidade de peculiaridades, que são irrenunciáveis e intransmissíveis a todo indivíduo. A personalidade está relacionada com as características exclusivas de uma pessoa, o que lhe torna essencial e o que também lhe difere de outros indivíduos. Logo, os bens tutelados pelos direitos da personalidade: ou estão inseridos na própria pessoa, ou estão, intimamente, ligados a ela, tal como o nome, de modo que não podem ser transferidos, renunciados ou até mesmo limitados.

### **3. ESTUDO DE CASO: CESAR CIELO VS CIELO S/A**

O estudo de caso a ser analisado a seguir trata da Ação Ordinária de Nulidade de Atos Administrativos, processo sob o n.º 0031360-61.2012.4.02.5101, promovida pelo Atleta Cesar Augusto Cielo Filho, conhecido por Cesar Cielo e a empresa Cielo e Cielo Comércio de Artigos Esportivos Ltda em face de Cielo S/A e Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, que teve por objetivo a nulidade da marca CIELO, baseado na justificativa de que não ocorreu autorização do nadador para que a empresa ré utilizasse seu sobrenome como marca.

Consta que, na decisão de primeira instância, que as partes autoras identificam César Cielo como notoriamente um dos maiores nadadores da história mundial, possuindo a única medalha de ouro da natação nacional e uma medalha de bronze, ambas alcançadas nas Olimpíadas de Pequim em 2008 (BRASIL, 2014, p. 1).

Já a empresa ré é identificada pelas partes autoras como:



*Líder em soluções de meios eletrônicos no Brasil, responsável pela [...] transmissão, processamento e liquidação financeira das transações efetivadas por cartões de crédito e débito, declarando, em 2010, um faturamento de mais de R\$ 250 bilhões de reais. Relatando ainda que [...] antes de adotar a denominação atual de Cielo S/A, [a empresa ré] usava o nome de Companhia Brasileira de Meios de Pagamento (CBMP) e explorava as marcas Visanet e Visanet Brasil (BRASIL, 2014, p. 2).*

As partes autoras afirmaram ainda, por meio do processo acima mencionado, que dois meses antes do contrato de cessão de imagem entre a Visanet e Cesar Cielo, em 10 de setembro de 2009, a empresa contratante teria depositado diversos pedidos de registro para a marca “Cielo” no INPI. (BRASIL, 2014, p. 2)

Assim, solicitando ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial, o direito de utilizar-se da marca Cielo.

*Na sentença judicial, o contrato firmado entre as empresas litigantes, em 09 de novembro de 2009, tinha como objeto licença não exclusiva dos direitos de uso de imagem do atleta em campanhas de mídia impressa, associadas à nova marca da empresa ré. Tal contrato teria validade até o encerramento das Olimpíadas de Londres em 2012, sendo aditado em 2010. Entretanto, a parte autora afirma que embora o contrato diga respeito à cessão do uso de imagem do atleta, a empresa ré foge do objeto acordado ao modificar sua razão social para o mesmo patronímico do nadador – quando o mesmo simultaneamente participa de suas campanhas publicitárias e é destaque esportivo nacional (BRASIL, 2014, p. 2-3)*

As partes autoras alegaram, portanto, que a utilização do patronímico/nome notório de Cesar Cielo como marca empresarial foi realizada de forma ilegal e sem autorização do mesmo.

Já a parte ré alegou em sua defesa que:

*A empresa ré alega seu longo histórico no mercado de transações bancárias e sua representatividade na economia nacional, sendo responsável em 2013, por 9% do PIB brasileiro em movimentações por cartões de crédito e débito (BRASIL, 2014, p. 26). Portanto, não teria pegado “carona” no sucesso do esportista. Diz ainda que o termo “Cielo” em espanhol e italiano significa “céu”, o que corrobora com antigas campanhas da empresa com o lema “o céu é o limite” (BRASIL, 2014, p. 7).*

Além disso, a empresa ré nesta ação assegurou em juízo que os novos tempos no ramo da empresa derivados do fim da exclusividade com a bandeira Visa e a abertura à múltiplas bandeiras de cartões de crédito e débito, fizeram com que a denominação Visanet perdesse a essência [...] Remete a identificação da nova marca com o signo “ALELO” e “ELO”, já utilizados por bancos parceiros tais como Banco do Brasil, Bradesco e Caixa



Econômica Federal. Além disso, alegou a litigância de má-fé por parte do atleta, uma vez que o mesmo sabia da nova denominação da marca e continuou com ela aditando o contrato por três anos (BRASIL, 2014, p. 6- 7).

Em primeira instância, processo que tramitou na 13ª Vara do Rio de Janeiro, proferida a Sentença, o Juiz a quo condenou a empresa Cielo S/A na obrigação de abstenção do uso da marca CIELO, para identificar “serviços de propaganda; serviços de gestão de negócios”, ou “serviços de negócios financeiros”, a partir do trânsito em julgado da presente decisão, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 50.000,00, a partir do 180º dia subsequente. Condenou a empresa ré nas custas e em honorários advocatícios, em favor da empresa autora e determinou ao INPI anotar em seus registros e fazer publicar na Revista de Propriedade Industrial e em seu site oficial a sentença. A decisão do Juiz teve como base o teor do inciso XV do artigo 124 da Lei de Propriedade Industrial (Lei n.º 9.279/96), ante a ausência de autorização do titular do patronímico notório CIELO: Art. 124. Não são registráveis como marca: (...) XV – nome civil ou sua assinatura, nome de família ou patronímico e imagem de terceiros, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores (COSENTINO, 2013).

Logo, a decisão de primeira instância deu ganho e razão as alegações do atleta e sua empresa. Entendendo que mesmo que o pedido de registro da marca tenha sido anterior ao contrato com o atleta a empresa utilizou o nadador como garoto-propaganda ligando e definindo sua nova marca à imagem do atleta, entendendo que assim teria se apropriado indevidamente do sobrenome deste.

Compreendendo que o direito ao uso e à preservação do nome, está inserido no direito à integridade moral e a proteção à pessoa, no que diz respeito à sua honra, liberdade, imagem e nome, etc.

Nesse sentido, por ser um direito da personalidade, sua natureza jurídica é de direito indisponível, irrenunciável (a pessoa não pode dispor ou renunciar ao nome, salvo em raras exceções e com consentimento judicial, como é o caso de troca de nome por ser vexatório, por mudança de sexualidade, etc.), intransferível (o nome não pode ser assumido por terceiros), inalienável (o nome não pode ser objeto de negócios jurídicos translativos), absoluto, erga omnes (é eficaz contra todos), e imprescritível (pois não se extinguem pelo seu não uso, da mesma forma que sua aquisição não é resultante do curso do tempo (SAMANIEGO, 2000).

Apesar do entendimento da primeira instância, a parte ré recorreu da decisão, apresentando apelação da sentença. E foi proferida decisão pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região acerca dos Recursos de Apelação interpostos no caso CIELO atleta vs CIELO administradora:

*Os desembargadores entenderam que, em relação a alegação da empresa de que o termo “Cielo” em italiano e espanhol representa céu e que a escolha do atleta para protagonizar a propaganda deu-se posteriormente à escolha do nome em razão de sua imagem estar em alta naquele momento, e não o contrário. E que fato é que o registro de marca é pautado pelo princípio da distância, não geográfica ou física, mas conceitual. Neste caso o TRF 2 entendeu que o sobrenome do atleta está atrelado ao*



*esporte e ele possui uma empresa de equipamentos esportivos com o seu sobrenome registrado como marca. Por outro lado, a empresa “Cielo” utiliza a marca para distinguir meios de pagamento. Portanto, há uma distância conceitual entre os dois campos de aplicação destas, logo elas podem ser registradas (OSTROC, 2017).*

Desta forma, com a reforma da decisão a antiga empresa Visanet pôde continuar a utilizar do nome Cielo S/A.

O atleta e sua empresa, autores da ação originária ainda intentaram com recurso especial, que tem como cabimento insurgir contra decisão proferida por segunda instância, que de alguma forma, viole lei federal.

No entanto, em decisão proferida pelo Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro, o recurso foi inadmitido nos seguintes termos:

*Originário: 0031360-61.2012.4.02.5101 - 13 a Vara Federal do Rio de Janeiro*

*DECISÃO. Trata-se de recurso especial, interposto por CESAR AUGUSTO CIELO FILHO E CIELO E COMERCIO DE ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea A, da Lei Maior, contra acórdão da 1 turma especializada deste Egrégio Tribunal (fls. 1.171/1.221) que deu provimento aos apelos interpostos por CIELO S.A e INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL INPI, como se vê a seguir: "PROPRIEDADE INDUSTRIAL - MARCA - CIELO - NOME COMUM - SIGNIFICADO PRÓPRIO - PATRONÍMICO - ARTIGO 124, XV, DA LPI- INAPLICABILIDADE - CONTRATO – AUTORIZAÇÃO- PARTICIPAÇÃO NA CAMPANHA PUBLICITÁRIA DA MARCA ANULANDA - Insurgem-se CIELO E CIELO COMÉRCIO DE ARTIGOS ESPORTIVOS LTDA., CESAR AUGUSTO CIELO FILHO, CIELO S/A e INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL*

*– INPI - contra sentença proferida, nos autos da ação movida pelas duas primeiras apelantes, em face do Instituto e da terceira apelante, que julgou procedente o pedido de decretação de nulidade dos registros nº 830.378.324, classe NCL(9)35, e 830.378.332, depositados em 10/09/2009, na classe NCL(9)36, ambos para a marca nominativa CIELO, para identificar "serviços de propaganda; serviços de gestão de negócios" e "serviços de negócios financeiros", bem como abster-se do seu uso, por entender aplicável o artigo 124, XV, da LPI, ante a ausência de autorização do titular do patronímico notório CIELO. - O termo CIELO possui significado próprio - céu, em italiano e espanhol -, e "alturas"; "firmamento"; "paraíso", bem como constitui marca para diversos segmentos mercadológicos. – A empresa titular dos*



*registros anulando contratou o autor Cesar Cielo para divulgar a denominação da marca coincidente com o patronímico do nadador. - Inexiste o risco de confusão ou associação indevida pelo consumidor, da marca "CIELO", da empresa ré, com o nadador CESAR CIELO, autor da presente demanda, que participou das campanhas de publicidade da marca CIELO, da empresa ré. - Não aplicável a vedação do artigo 124, XV, da LPI, ao presente caso. - Apelações de CIELO S/A e do INPI providas, para reformar a sentença, no sentido de julgar improcedentes os pedidos. Prejudicado o apelo da parte autora. Invertido o ônus da sucumbência. "A parte recorrente sustenta, em síntese, que o v. acórdão recorrido teria contrariado o disposto nos artigos 124, XV da Lei nº 9.279/96 e 18 do Código Civil (fls. 1.224/1.251). Foram apresentadas contrarrazões (fls. 1.303/1.313 e 1.320/1.321). É o breve relatório. Decido. Não deve ser admitido o recurso. Não há acórdão impugnado que contrarie, in abstracto, dispositivos infraconstitucionais alegadamente violados. O resultado do julgamento baseia-se em determinadas premissas fáticas. Admitidos os fatos as conclusões não destoam da lei, daí que não cabe recurso especial, pois a aferição de ofensa à texto de lei teria de reanalisar os fatos, e isto é incabível. À luz da súmula nº 7 do Supremo Tribunal de Justiça é vedado em sede de recurso especial, reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial"). Significa dizer que a premissa equivocada deve ser demonstrada com o corpo teórico constado pelo acórdão atacado, à luz das premissas de fato por ele vislumbradas. In casu, verifica-se que o órgão julgador decidiu a controvérsia após análise dos fatos, que, para se chegar à conclusão diversa, tornar-se-ia imprescindível reexaminar o conjunto fático-probatório dos autos, o que, como visto, é vedado. O debate no especial encontra óbice na súmula nº 7 do STJ. Não restou demonstrado, sem necessidade de exame dos fatos e provas, que o julgado contrariou os dispositivos legais citados. Além disso, o julgado segue a linha do próprio STJ, e torna imperativa a incidência da sumula nº 83 do próprio STJ. Do exposto, INADMITO o recurso especial. Rio de Janeiro, 21 de março de 2018 (DIÁRIO OFICIAL, 2018).*

Desta forma, o desembargador entendeu que a decisão ora alvo de recurso especial, não contrariavam dispositivo de lei federal, logo, o acórdão, em abstrato, não contrariaria a lei. Ainda delimitando que para avaliação de possível ofensa à texto de lei, seria necessário reanalisar os fatos, e isto é incabível em sede de recurso especial.

Portanto, a controvérsia da questão recai principalmente sobre o fato do artigo 124, XV, da lei 9279/96 - já mencionado acima, estabelecer que não são registráveis como marca



o nome civil ou sua assinatura, nome de família ou patronímico e imagem de terceiros, salvo com consentimento do titular, herdeiros ou sucessores. Argumento central do processo movido pelo nadador Cesar Cielo e sua empresa de produtos esportivos, aceito e utilizado como base da decisão em primeira instância que favoreceu a parte autora.

O cunho central do litígio está na autorização da parte, pois o nome patronímico pode ser utilizado como marca ou nome comercial.

Assim, Tinoco Soares, citando as lições de Afonso Celso e Rammela: comentando sobre a "forma distintiva" que deveria acompanhar certas marcas de fábrica ou de comércio, AFFONSO CELSO dizia que "esta exigência da Lei se funda em razões incontestáveis. Toda a marca industrial supõe: a) um elemento invencional, uma concepção própria, por mais rudimentar que seja, de quem a escolheu e adotou; b) o ato de sua apropriação, ou adoção para determinado gênero de indústria ou de comércio. Nenhum desses requisitos concorre no nome considerado em si ou intrinsecamente. Seu portador não o criou, nem o adquiriu pela ocupação, achou-o no seu estado civil, e nada cumpre-lhe fazer para conservá-lo. Enquanto, pois, limita-se a usar dele como indicativo de sua individualidade, nas condições em que o nascimento lhe transmitiu, a denominação é estranha às marcas de fábrica e de comércio. Desde que, porém, dela se serve em caracteres de fantasia e lhe dá, por assim dizer, uma fisionomia particular, desde que por qualquer forma a especializa, já não é uma abstração comum aos seus homônimos, torna-se um assina lamento tão digno de proteção, como qualquer outro, não a título de nome, mas de marca, de caracterização material e exclusiva"[...] - O nome patronímico de família, que serve normalmente para as relações da vida civil, pode aplicar-se às relações comerciais, e, portanto, pode ser empregado como sinal da própria personalidade no exercício da indústria ou do comércio (SOARES, 1988).

E assim como o nome civil, o nome comercial também é protegido e resguardado pela lei. Dentro dos limites da legislação e também respeitando o princípio da liberdade comercial.

Sendo direito de cunho patrimonial, bem incorpóreo, sendo suscetível de fazer parte de um fundo de comércio ou um aviamento, podendo até integrar direito de propriedade industrial submetido às normas e limites destes direitos.

Inclusive, o próprio nadador utiliza de seu nome em sua empresa de artigos esportivos. Dando cunho patrimonial ao seu sobrenome.

Quando o nome civil, ou patronímico, é registrado como marca ou nome comercial ele ganha o direito de ser utilizado exclusivamente, nos limites indicados por lei.

*Origem: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - QUARTA REGIÃO  
Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL Processo: 8904178371 UF: RS  
Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 11/03/1993  
Documento: TRF400009694 Marca. Nome de família. Registro perante o INPI. lei:05772/71. Código da propriedade industrial. art:000065, inc:000005, inc:000012 e Inc: 000020 e art:000123. 1. viável o registro, como marca, de patronímico de sócio de empresa ou proprietário de estabelecimento comercial ou industrial. Aquele que primeiro registrar seu sobrenome como marca, terá, na respectiva classe, direito exclusivo de uso sobre ele. e a anterioridade do pedido que define o direito ao registro. 2. a*





*precedência determinada pelo uso submete-se ao prazo fixado pelo art:000123 do código de propriedade industrial. Hipótese em que o utente da marca não se valeu de tal prerrogativa legal. 3. o registro de comercio que protege o nome comercial não se estende ao título de estabelecimento ou a marca. Eficácia do registro no órgão federal, que afasta o do órgão local. precedente do STF. 4. preliminar de inépcia da Inicial NÃO CONHECIDA. 5. APELAÇÃO PROVIDA (TRF-4 - AC: 17837 RS 89.04.17837-1, Relator: ELLEN GRACIE NORTHFLEET, Data de Julgamento: 11/03/1993, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 05/05/1993 PÁGINA: 16169).*

Estando, portanto, presente inclusive na jurisprudência, o direito de anterioridade em face a esse uso específico com relação aos demais titulares do mesmo nome.

Desta forma, e como no caso em análise o nadador Cesar Cielo já possuía empresa própria, que utilizava do seu nome como marca. É compreensível a divergência que levaram ao litígio do processo citado.

*O direito de personalidade pode ser absoluto, mas o seu exercício, se abusivo, é repudiado pelo Direito. E abuso haverá, a nosso ver, por parte daquele que, constatando o sucesso de um empresário, se aproveita da coincidência de nome para fazer-lhe concorrência fácil, independente de investimento. Verifica-se nítida fraude à Lei, pois a hipótese é de violação indireta de dispositivo legal que proíbe confusões entre empresas e reprime a competição desleal. É forçoso reconhecer que, independentemente da função original dos apelidos dados ao homem - tomado o termo apelido na sua acepção mais larga - uma vez que o nome sirva de elemento de identificação de bens no comércio, constituindo instrumento de canalização de clientela, passa a desempenhar, de maneira paralela, papel de marca, alinhando-se aos demais sinais que se acotovelam no mundo mercantil. Não que os sinais derivados de apelidos atribuídos à pessoa humana se submetam a todos os princípios aplicáveis às marcas de carga genética diversa, em face da interseção de direitos de outra ordem - direitos de personalidade -, mas a eles convêm, sem qualquer dúvida, o princípio da capacidade de identificação inequívoca, que não conduza à confusão para o público, e o princípio da lealdade na competição, postulado sobre o qual se assenta todo o sistema de sinais distintivos. Conquanto se reconheça ao homem o direito de fazer uso de seus apelidos, seria injurídico permitir que o exercício desse direito interferisse com a harmonia da vida mercantil (DANNEMANN, 2005 p. 221 - 222).*

Para a defesa do nadador, a empresa anteriormente denominada Visanet, ao mudar seu nome para Cielo, aproveitou-se do sucesso do atleta para obter lucro.



Contudo, os nomes civis, patronímicos ou de família, bens tutelados pelos direitos de propriedade industrial. Em consequência, quando empregados nessas funções de cunho patrimonial, não são objeto da integralidade das prerrogativas e privilégios inerentes aos direitos tutelados pelos direitos da personalidade pois também são definidos e regidos por princípios, e normas específicos e limitados pelos direitos de propriedade industrial.

O inciso V, do artigo 124, da lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, deixa bastante claro que não são registráveis como marca “reprodução ou imitação de elemento característico ou diferenciador de título de estabelecimento ou nome de empresa de terceiros, suscetível de causar confusão ou associação com estes sinais distintivos”.

*No caso Cielo, tem-se de um lado o nadador, que além de explorar sua imagem comercialmente, também possui uma empresa de artigos esportivos. De outro, há uma empresa que processa pagamentos realizados por cartões de crédito e débito. Analisando-se a questão, sem entrar em discussões periféricas, como se a utilização do nadador em campanha publicitária altera o panorama, é certo que os ramos são muito distintos e as marcas podem coexistir. Não se poderia falar aqui em possibilidade de confusão ou associação indevida (RODRIGUES, 2017).*

Assim, considerando que os ramos de ambas as partes do litígio são distintos e não se confundem. Em tese não poder-se-ia configurar nenhum tipo de impedimento para o registro da marca Cielo S/A.

De fato, o caso em tela possui algumas discrepâncias entre direitos distintos. Sendo, o direito da personalidade e o da propriedade industrial. Inclusive sendo alvo de decisões distintas em primeiro e em segundo grau de jurisdição. O que demonstra que é uma questão ampla e passível de interpretação tanto da legislação quanto doutrinária e jurisprudencial. Sendo, portanto, imprescindível que os casos que envolvam tais temáticas sejam abordados de forma específica, detalhada e considerando as informações contidas em cada situação.

#### 4. CONCLUSÃO

Do ponto de vista do Direito, o nome civil, de família ou sobrenome podem ser registrados como marca, no entanto, ao adentrarem a seara do Direito Empresarial, os nomes passar a ser tutelados pela Lei de Propriedade Industrial e suas limitações.

Logo, a viabilidade do uso do nome como marca requer uma análise de caso específica, atendendo aos requisitos da especialidade, anterioridade, veracidade, distintividade e boa-fé.

Como exposto no caso em estudo, sobre a Ação Ordinária de Nulidade de Atos Administrativos, autos do processo n.º 0031360-61.2012.4.02.5101, promovida pelo atleta

Cesar Augusto Cielo Filho, conhecido por Cesar Cielo e a empresa Cielo e Cielo Comércio de Artigos Esportivos Ltda em face da empresa Cielo S/A e do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, a nulidade da marca CIELO, baseada na justificativa de que não ocorreu autorização do nadador para que a empresa ré utilizasse seu sobrenome como marca, foi alvo de muita polemica e o resultado obviamente não agradou a parte autora. No entanto, mais do que isso, o resultado ainda é contestado, inclusive por doutrinadores e profissionais do direito.



Isto, em razão da previsão legal do artigo 124 da Lei de Propriedade Industrial (Lei n.º 9.279/96), inciso XV, ante a ausência de autorização do titular do patronímico notório, no caso CIELO.

Tão evidente fica a dicotomia, que em primeira instância, a magistrada do processo entendeu que, embora o pedido de registro da marca, por parte da empresa, tenha sido anterior ao contrato com o atleta, a Visanet (CIELO S/A) utilizou o nadador como representante e garoto propaganda. Ligando sua imagem à sua nova marca. Considerando, portanto, que a empresa se apropriou indevidamente do sobrenome deste.

Já em instância superior, e com a alegação da empresa, de que o termo “Cielo”, em italiano e espanhol, representa céu e que a escolha do atleta para protagonizar a propaganda deu-se posteriormente à escolha do nome em razão de sua imagem estar em alta naquele momento, e não o contrário. A parte ré conseguiu reverter a decisão de primeira instância;

Assim, o tema foi alvo de análises opostas e conflitantes. No Tribunal Regional Federal da Segunda Região, preponderou o entendimento de que, considerando que o registro de marca é pautado pelo princípio da distância conceitual, e que o atleta tem seu nome atrelado ao esporte, possuindo uma empresa de equipamentos esportivos com o seu sobrenome registrado como marca. E já, a empresa CIELO/SA, utiliza a marca para distinguir meios de pagamento. O campo de atuação entre as duas não se confundem em suas aplicações e, portanto, ambas podem ser registradas.

Logo, em tese, não havendo possibilidade de confusão ou associação perante aos consumidores, ao ter conhecimento da empresa Cielo/SA, administradora de cartões de crédito e o atleta Cesar Cielo; e sua empresa, sendo desta forma lícita a coexistência de ambas.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, J. R. N. **Direito ao nome da pessoa física**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 44-46.

ARAUJO, V. G. **Uma análise do caso Cesar Cielo vs Cielo S/A**. 2018. Disponível em: <https://victorguimaraesaraujo1.jusbrasil.com.br/artigos/534650009/uma-analise-do-casocesar-cielo-vs-cielo-s-a>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BARRETO, W, P. Direitos da Personalidade. In: ALVIM, A.; ALVIM, T. (cor). **Comentários ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 100.

BRASIL. Justiça Federal do Rio de Janeiro (13ª Vara). Anulação de Registro de Marca - Propriedade Industrial. Sentença tipo A. Autores: Cielo e Cielo Comércio de Artigos Esportivos Ltda. e Cesar Augusto Cielo Filho. Réus: INPI - Instituto Nacional de Propriedade Industrial e Cielo S.A. Magistrada Marcia Maria Nunes De Barros. Rio de Janeiro, RJ, 09 de outubro de 2014. Disponível em: <https://goo.gl/hBX2gG>. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília: Casa Civil, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11 mar. 2021.



\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 - Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.** Subchefia para Assuntos Jurídicos.

Brasília: Casa Civil, 1996. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.** Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília: Casa Civil, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 11 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Institui o Código Civil.** Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília: Casa Civil, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11 mar. 2021.

CARVALHO, M. V. **O nome das pessoas e o Direito.** São Paulo: Almedina, 2009.

COSENTINO, F. **Cielo X Cielo, o embate entre o atleta e administradora de cartões de crédito. Blog Peduti Advogados.** 2021. Disponível em: <https://blog.peduti.com.br/cielo-xcielo-o-embate-entre-o-atleta-e-a-administradora-de-cartoes-de-credito/>. Acesso em: 12 jun. 2021.

DANNEMANN, S. B., MOREIRA, I. **Comentários à Lei de Propriedade Industrial e correlatos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 221 - 222.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias.** São Paulo: Positiva, 2020, p. 89-125.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa.** São Paulo: Atlas, 2008.

JUSBRASIL. **Marca, Nome de Família e Registro perante INPI.** 2021. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/935264/apelacao-civel-ac-17837>. Acesso em 17 jun. 2021.

OSTROC G. **Caso Cielo prova a importância de proteger sua marca.** 2021. Disponível em: <http://jundiagora.com.br/caso-cielo-marca/>. Acesso em 19 jun. 2021.

PORTO, P. C. R. **Do direito à proteção do nome como marca e nome comercial e suas limitações.** 2007. Disponível em: <https://www.dba.com.br/wpcontent/uploads/propriedade10.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

Rodrigues, R. **Empresa de pagamento pode continuar usando marca Cielo, decide TRF2.** 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-28/empresa-pagamentocontinuar-usando-marca-cielo>. Acesso em: 17 jun. 2021.

SAMANIEGO, D. P.M. **A Concepção tomista da pessoa.** 2021. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=560>. Acesso em 12 jun. 2021.

SCHMIDT, L. D. **Registro da Marca.** 2018. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/225/edicao-1/registro-da-marca>. Acesso em: 30 mai. 2021.

SOARES, M. N.; PRAZAK, M. A.; MEN, L. S. C. Negócios Jurídicos Processuais. In: Aplicabilidade nas Demandas em que se Discutem Direitos da Personalidade do Consumidor no Sistema Jurídico Brasileiro. Lisboa. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 6, n. 3, p. 1373-



1392, 2020. Disponível em:  
file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/ArtigoNegociosJuridicosProcessuais-Lisboa.pdf.  
Acesso em: 08 jun. 2021.

SOARES. J. C. T. **Marca vs. nome comercial**: conflitos. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.

SOARES, José Carlos Tinoco. Tratado de Propriedade Industrial. São Paulo: Resenha Tributária, 1988, p. 444-449.

SOUSA, R. V. A. C. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

SZANIAWSKI, E. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOMAZETTE, M. **Curso de Direito Empresarial**: teoria geral e direito societário. São Paulo: Atlas, 2012.



#### IV. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL COMO FUNÇÃO SOCIAL E ANÁLISE DO ART. 57 DA LRF

Gabriel Podadeiro Bianchi Costa<sup>1</sup>  
Rodolfo Grellet Teixeira da Costa<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. Conceito de Recuperação Judicial. 2. Princípios. 2.1. Da função Social da Empresa. 2.2. Princípio da preservação VS art. 57 da lei 11.101/2005. 3. Não exigência das Certidões Negativas de Débito. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** O presente artigo tem como escopo apresentar algumas nuances a respeito da Lei de Falência n.º 11.101/2005, analisar os conflitos principiológicos violados pelo disposto no seu art. 57 ao exigir apresentação de Certidões Negativas de Débitos Tributários após aprovação do plano de recuperação pela assembleia de credores, bem como as alterações no sistema recuperacional no que diz respeito à relação jurídico tributária advindas da Lei 14.112/2020. Será apontado o conceito sobre recuperação judicial e ressaltada a importância deste instituto jurídico para a sociedade como um todo. Em seguida, é feita uma análise dos princípios basilares que norteiam os dispositivos da recuperação judicial, tratados como mandamentos de otimização, da forma que preconiza Robert Alexy. Nesta esteira, dar-se-á enfoque à função social da empresa para a sociedade contemporânea. Por fim, é realizada uma análise sobre o impedimento causado pela exigência da Certidão Negativa de Débito em alguns casos de recuperação judicial, ainda que seja a certidão positiva com efeitos de negativa, além de apontar algumas jurisprudências que corroboram com o entendimento de que tal exigência seria desnecessária e até um impasse para a consolidação da recuperação judicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Recuperação Judicial; Função Social da Empresa; Exigência de Certidão Negativa de Débito; Lei de Falência.

**ABSTRACT:** This following work aims to present an amount of details about the Bankruptcy Law No. 11.101/2005, as well as its update introduced by Law No. 14.112/2020, which altered the relation between tax authorities and taxpayers. Initially, it is pointed out the concept of the judicial recovery institute, emphasizing the importance of this legal institute for the whole society. The article goes on into a brief analysis of the basics that guide the judicial recovery, interpreted as was taught by Robert Alexy. Also, this work approaches the social function of the companies and shows how fundamental it is for our society. Finally, an analysis is made about the impediment caused by the requirement of the Negative Debt Certificate in some cases of judicial recovery, also, some jurisprudence is pointed out to corroborate the understanding that such a requirement would be unnecessary for judicial recovery purposes.

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Faculdade Maringá.

<sup>2</sup> Mestre em Direito. Advogado.



**KEYWORDS:** Judicial Recovery Institute; Company Social Function; Requirement of the Negative Debt Certificate; Bankruptcy Law.

## 1. INTRODUÇÃO

A existência do setor empresarial tem na sociedade importância ímpar na manutenção do plano econômico e financeiro de qualquer país, para mais além, tem fundamental importância na geração de empregos e bens para toda a sociedade.

É fácil verificar a relevância deste setor, basta analisar os diversos ordenamentos jurídicos por todo o mundo e identificar a quantidade de controle estatal em cima destes setores. A engenharia elaborada para a regularização, manutenção e principalmente conservação do setor empresarial já denota a força que representa para a nossa sociedade.

Também se faz necessário observar a realidade das empresas. É certo que vivemos em um sistema capitalista e de relativa liberdade econômica, como consequência, as empresas também sofrem com variações do mercado, gosto dos consumidores, uma infinidade de riscos que toda e qualquer empresa pode sofrer, podendo levá-las a uma situação de crise. Com isso, se fez também necessárias normas que tratassem da conservação e até mesmo da falência dessas empresas em crise.

No que tange a conservação, se procura conservar não só a empresa, mas também tudo aquilo que orbita em volta dela, isto é, a mão de obra assalariada das empresas, os credores, o giro de capital proveniente de fornecedores e consumidores, tudo isso faz com que pensemos a empresa como uma função social, uma vez que a empresa em si não basta.

Atualmente os estudos e ordenamentos que tratam da conservação e falência da empresa em crise já estão bem desenvolvidos e sempre que uma empresa em crise vem à tona deve sempre ser priorizado a sua recuperação, e é sobre a recuperação que o presente artigo se propõe a tratar.

A seguir será tratado melhor do instituto da recuperação das empresas, que no Brasil é regulamentado pela Lei 11.101/2005, a qual sofreu substancial alteração pela Lei 14.112/2020. Será apresentado do que se trata uma recuperação, quais são seus princípios norteadores, será possível entender melhor do que se trata a referida função social das empresas e, por último, identificar que o progresso é contínuo e que nada é tão bom que não possa ser melhorado, uma vez que ainda existem pontos que são um empecilho para a concretização da recuperação das empresas, que apesar de já ser verificado um posicionamento dos tribunais divergente do que se encontra na lei, não houve até o momento ação por parte do poder legislativo competente para enquadrar a lei com a nossa realidade, em verdade, a última alteração ocorreu no sentido de reforçar a exigência de regularização fiscal para a consolidação da recuperação judicial.

No início desta pesquisa, ocorrida em meados de 2019, o posicionamento jurisprudencial era no sentido de relativizar o disposto no art. 57 da Lei de Recuperação Judicial, *in verbis*:

*Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor*



*apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional) (LEI 11.101/2005)*

Enquanto não havia sido publicada a Lei 14.112/2020, que incluiu formas de parcelamento e readequação do débito tributário para fins de forçar a aplicação do art. 57 de forma mais sistêmica, já que seu teor vinha sendo relativizado pela jurisprudência pátria, fato que por mais que parece ser uma ajuda para a empresa em crise, se mostra somente uma forma de impor o empecilho da exigência de Certidão Negativa de Débito que antes era relativizado.

## 2. CONCEITO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A recuperação judicial é um dos institutos das empresas em crises, uma ferramenta que visa solucionar crises financeiras com o auxílio do poder judiciário. A existência da atividade legislativa na criação da Lei 11101/2005 tem como objetivo auxiliar as empresas no processo de superação e finda na importância da atividade empresarial e nos malefícios que podem decorrer de eventuais crises que atingem não só os empresários, mas também os empregados e os credores e a própria atividade empresarial em si.

Basicamente, aquilo que a Lei 11.101/2005 se propõe a fazer é o que prescreve o artigo 47, *in verbis*:

*A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (BRASIL. Constituição, 1988)*

A manutenção da fonte produtora foi a forma que o legislador intitulou a atividade empresarial. Ora, decorre da fonte produtora toda a movimentação econômica da sociedade na forma que conhecemos hoje, portanto, cabe ao Estado auxiliar na prospecção e perpetuação desta atividade, uma vez que é do interesse de uma nação ter sua atividade empresarial forte e consolidada, que gere cada vez mais riquezas, empregos e desenvolvimento social e tecnológico.

Os demais objetivos presentes no artigo 47 supracitado, são consequências do sucesso da manutenção da fonte produtora. Marlon Tomazette é preciso ao afirmar que:

*"Uma vez obtida a manutenção da atividade, ainda que com outro sujeito, devem-se buscar os demais objetivos. Vale dizer, o primeiro objetivo específico prevalece sobre os demais, é ele que deve pautar todas as medidas da recuperação judicial. A manutenção da fonte produtora é essencial, os demais objetivos específicos são secundários. A prevalência da manutenção da atividade sobre os demais interesses pode ser vislumbrada nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, que*





*impedem a continuação das execuções trabalhistas contra o devedor em recuperação" (TOMAZETTE, 2022, p.134)*

É claro que dificilmente uma empresa voltará, após a recuperação, a ser aquilo que era antes. Por vezes, para ter sucesso na recuperação, o limite de atuação de uma empresa deve ser reduzido, e isso implica na demissão de muitos empregados. A preservação dos interesses dos credores pode vir a ter mais impacto até mesmo do que a preservação de empregos, uma vez que é por meio deles que será aprovado o plano de recuperação ou será declarada a falência da empresa.

Lembrando que independente do interesse dos credores, as dívidas advindas das relações empregatícias não podem ser desconsideradas no momento da aprovação do plano, caso contrário, iria ao encontro de todos os preceitos principiológicos e constitucionais aqui mencionados.

Para poder dar início ao processo de recuperação judicial, é necessária uma série de atos como a concessão da recuperação e o consentimento dos credores, para que assim haja a manutenção da empresa viável em crise, e só então a superação da crise pelo empresário ou sociedade empresária.

É essencial que a recuperação da empresa seja viável. Mas o que seria uma empresa viável? Para Marlon Tomazette, viável é a empresa que consegue demonstrar que é capaz de retomar seu eixo, ser hábil a gerar riquezas novamente e suficiente para saldar seus credores. Para chegar às seguintes conclusões é necessário visualizar os seguintes fatores:

*Fábio Ulhoa Coelho aponta uma série de vetores para apurar a viabilidade econômica da empresa, a saber: (a) a importância social; (b) mão de obra e tecnologia empregada; (c) volume do ativo e passivo; (d) idade da empresa; e (e) porte econômico. Nenhum desses vetores é suficiente, por si só, para aferir a viabilidade da empresa, servindo apenas de referência para a apuração. (TOMAZETTE, 2022, p.131)*

Resumidamente, observar os fatores acima transcritos é indagar a importância que a empresa tem nos locais onde atua, se ela é útil para seus clientes ou usuários, quantos deles existem, quantos lugares esta empresa alcança e se existe interesse de outras pessoas ou empresas nesta empresa ou modelo de negócio. Ainda é preciso pensar na tecnologia investida, se não é algo obsoleto, se vai gerar novos resultados por um bom período de tempo, se há possibilidade de ser substituída por outra empresa ou modelo de negócio mais novo, o quanto a empresa domina o mercado, o ativo e o passivo da empresa, suas dívidas e seus patrimônios. Enfim, quanto mais aspectos forem possíveis analisar, melhor será a visualização de uma possível recuperação ou uma eventual falência. (TOMAZETTE, 2017).

Como é comum no direito moderno, todo sistema jurídico é composto por princípios, e com a Lei 11.101/2005 não poderia ser diferente, seja quando tratamos da recuperação judicial, extrajudicial ou no caso de falência. O âmbito que esta lei se insere é composto de princípios gerais, fundamentais e constitucionais que serviram de baliza para o caminho que o presente artigo pretende traçar.



### 3. PRINCÍPIOS

Princípios são máximas que norteiam regras e decisões concretas com alto grau de abstração. A fim de entender as nuances e justificativas que baseiam a lei de recuperação e falência, se faz necessário o estudo dos princípios norteadores que dão base ao processo de recuperação, bem como para decisões judiciais que por diversas vezes são proferidas em um sentido diverso do legal.

Dito isso, o presente artigo considera a visão desenvolvida por Robert Alexy, no que tange a interpretação de que os princípios são como normas gerais de grande abrangência, que devem englobar o maior número possível de situações, tudo dentro das possibilidades jurídicas (ALEXY, 2008).

Nesta esteira, é importantíssimo lembrar que para a concretização de um princípio, deve-se observar as regras jurídicas, que por sua vez são menos abrangentes e mais precisas ao tratar do seu conteúdo normativo, ao aplicar uma regra, deve-se aplicar exatamente aquilo que se exige (ALEXY, 2008). Seguindo a linha de raciocínio de Alexy, os princípios aqui tratados serão sempre anexados a regras devidamente positivadas, a fim de demonstrar os mandamentos de otimização que carregam estes princípios.

Como visto anteriormente, a recuperação faz jus no restabelecimento da atividade empresarial, melhor dizendo, na manutenção da fonte produtora. Assim, é entendido que às empresas é designada uma função social que é carregada de ações que atingem a sociedade de forma direta, em diversos âmbitos e em graus diferentes. Marlon Tomazette usa das palavras de outros doutrinadores para elucidar a importância dos princípios no âmbito da recuperação:

*Especificamente para a recuperação judicial, Jorge Lobo afirma que se aplicam os princípios da conservação e função social da empresa, da dignidade da pessoa humana e valorização do trabalho e da segurança jurídica e da efetividade do direito. De outro lado, Paulo Sérgio Restiffe reconhece como princípios da recuperação a igualdade entre os credores, a lealdade, a impossibilidade de imposição de sacrifício maior aos credores, a preservação da empresa, o tratamento jurídico diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte e o próprio princípio da recuperação de empresas, além de outros princípios processuais. Carlos Eduardo Quadros Domingos, por sua vez, aponta os princípios da preservação da empresa, da função social, da participação ativa dos credores, da par conditio creditorum, da proteção ao trabalhador e da publicidade. Alexandre Alves Lazzarini menciona os princípios da preservação da empresa e da transparência." (TOMAZETTE, 2022, p.141)*

Na mesma esteira, o jurista Campinho aborda a razão de existir a Lei de Recuperação Judicial, que por sua vez coaduna com as interpretações colacionadas alhures, vejamos um trecho de seu livro que aborda os planos de recuperação judicial:

*O instituto da recuperação judicial, nos moldes da Lei n.º 11.101/2005 (LRF), vem concebido com o objetivo de promover a viabilização da superação desse estado de crise, motivado por um interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor. Enfatiza a empresa como centro de equilíbrio econômico-social, pois é fonte*



*produtora de bens, serviços, empregos e tributos. A sua manutenção consiste em conservar o “ativo social” por ela gerado. A empresa não interessa apenas a seu titular – o empresário –, mas a diversos outros atores do palco econômico, como aos trabalhadores, aos investidores, aos fornecedores, às instituições de crédito, ao Estado, e, em suma, aos agentes econômicos em geral que com ela interagem. Por isso é que a solução para a crise da empresa deve passar por um estágio de equilíbrio dos interesses públicos, coletivos e privados que nela convivem. (CAMPINHO, 2021, p.4)*

Como é possível observar, o universo da recuperação é recheado de princípios norteadores, dentre eles, é notória a importância da compreensão da função social e da preservação da empresa, tópicos que serão discutidos mais adiante.

### 3.1. Da função social da empresa

Como já mencionado, a função social da empresa, em termos de recuperação judicial, não é mera abstração mandamental, a função social é prevista expressamente no artigo 47 da Lei 11.101/2005. Mas antes mesmo de estar presente na lei, a função social é prevista na Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII e artigo 170, inciso III, que garante o direito à propriedade como fundamental e a função social como um objetivo a ser atingido, *in verbis*:

*Art. 5º ...*

*- é garantido o direito de propriedade;*

*- a propriedade atenderá a sua função social;” (Constituição Federal de 1988)*

*“Art. 170. 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:*

*...*

*III - função social da propriedade;” (Constituição Federal de 1988)*

A priori, estes referidos institutos se dirigem à propriedade e é por meio dessa reflexão que levamos o entendimento de propriedade para a atividade empresarial, nas palavras de Grau:

*No mais, quanto à inclusão do princípio da garantia da propriedade privada dos bens de produção entre os princípios da ordem econômica, tem o condão de não apenas afetá-los pela função social – conúbio entre os incisos II e III do art. 170 — mas, além disso, de subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna. (GRAU, 2010, p. 252)*



Como visto, a essência da função social reside no interesse coletivo e não de um indivíduo em si. Todos têm muito a perder com o descumprimento da função social. Os primeiros a serem atingidos por eventuais crises são os trabalhadores, nas palavras de Vitola e Weisheimer em seu artigo para a Revista Destaques Acadêmicos: “O atingimento dos interesses sociais pela atividade empresarial começa pela oferta de trabalho – direta ou indiretamente –, uma vez que emprega considerável parcela da população ativa” (VITOLA e WEISHEIMER, 2014, p. 24). Há ainda o entendimento que o dispositivo da busca do pleno emprego, positivado na Constituição Federal no seu artigo 170, inciso VIII, coaduna pela preservação da empresa (SANTANA, 2020) e por consequência com a função social.

Para além das consequências advindas das relações trabalhistas, os efeitos de uma crise alcançam também os usuários que fazem uso dos bens, produtos ou serviços que as empresas fornecem, diminui as demandas dos fornecedores e atinge ainda o estado que deixará de receber tributos de menos uma fonte produtora (VITOLA e WEISHEIMER, 2014). Como podemos ver a manutenção de uma empresa em crise é fundamental para a coletividade, nas palavras de Tomazette:

*A expressão função social traz a ideia de um dever de agir no interesse de outrem. A partir dessa condicionante, o direito à propriedade passa a ser um poder-dever de exercer a propriedade vinculada a uma finalidade. Esta é coletiva e não individual, conforme se depreende da expressão função social usada pelo texto constitucional. Assim sendo, não há uma liberdade absoluta no direito de propriedade e, por conseguinte, no exercício das atividades empresariais. Há sempre uma função social a ser cumprida, a qual ganha especial relevo na recuperação judicial, sendo expressamente mencionada no art. 47 da Lei n.º 11.101/2005. (TOMAZETTE, 2022, p.143)*

Diante das consequências já mencionadas decorrentes da crise, faz jus o peso que exerce o princípio da função social e sua respectiva integração com o ordenamento jurídico, presente desde a gênese constituinte e servindo de justificativa para a atuação legislativa e hermenêutica jurídica. Tendo em mente esta grande responsabilidade, chegamos à conclusão de que as empresas precisam ser preservadas a fim de consagrar a manutenção da ordem econômica vigente.

### **3.2. Princípio da preservação VS art. 57 da lei 11.101/2005**

A preservação da empresa, diferentemente da função social, não está positivada no nosso ordenamento jurídico. Mas isso não impede que seja identificada em diferentes institutos uma representação daquilo que daria ensejo à preservação da atividade empresarial, tal como o direito ao trabalho pleno (art. 170, VIII da CF).

Muitos doutrinadores sustentam que o princípio da preservação da empresa precede até mesmo a sua função social, visto que somente por meio da preservação a função social da empresa pode ser conferida, “[...] jamais será alcançada a função social



da empresa se afastarmos a aplicabilidade do princípio retro estudado da preservação da empresa” (DOMINGOS, 2009 apud ABREU, 2014 p. 23).

Há ainda quem remeta a preservação da empresa como necessária para garantir a dignidade da pessoa humana, seguindo a lógica do fato da Constituição Federal garantir direitos sociais e fundamentais, assim como econômicos, de sorte que tais preceitos – até mesmo pelo fato de serem abstratos – façam parte de todo o conjunto da obra que é o funcionamento do Estado. Tal posicionamento é apresentado em um artigo para a Revista Destaques Acadêmicos volume 6, n.º 2 de 2014, nas palavras dos autores:

*[...] no Brasil os direitos humanos foram positivados como forma de garantir as necessidades mínimas, conhecidas como “mínimos sociais”. Assim, entendendo essas necessidades mínimas como fundamentais, a serem satisfeitas por políticas sociais, a preservação da empresa não deve ser vista apenas sob o aspecto da economia, mas também pela sua dimensão social. Parte dessa mesma premissa e explica que os direitos humanos surgiram para limitar – ou compelir, por vezes – a atuação do Estado em respeito à liberdade dos indivíduos e dos direitos sociais. (VITOLA e WEISHEIMER, 2014, p. 27)*

Independentemente da posição que toma o doutrinador, é fato que a preservação da empresa é algo necessário. Seguindo os ensinamentos de Alexy, podemos atribuir ao princípio da preservação como mandamento de otimização para vários dispositivos constitucionais, a saber: "Tal princípio tem sua origem no princípio da garantia do desenvolvimento nacional, previsto nos arts. 3º, II, 23, X, 170, VII e VIII, 174, caput e § 1º, e 192 da Constituição Federal" (TOMAZETTE, 2022, p.143).

Como podemos ver, Tomazette suscita diversos dispositivos constitucionais que servem de alicerce para assentar a pretensão desenvolvida neste artigo, os quais merecem ser comentados pois através destes dispositivos podemos vislumbrar a verdadeira intenção do constituinte para todo o aparato estatal. No que pese o pagamento de tributos, apesar de ser fundamental para o bom funcionamento do Estado, passou longe da vontade dos constituintes.

Tendo em vista a dimensão da atividade empresarial, faz jus a preservação das empresas. De tal modo, convém ao Estado legislar sobre o regime falimentar. Segundo Abreu (2014), é certo que procedimentos como este já existiram, a intervenção estatal no Brasil é presente desde períodos monárquicos, mas o que nos importa é a Lei

11.101/2005, que atualmente regula o processo de recuperação e falência. Ao tratar da lei, Queren Santana aduz que:

*A lei criou o instituto da Recuperação Judicial, que tem como objetivo preservar a empresa, mediante procedimento que visa à superação da sua crise econômico-financeira. Os interesses individuais (principalmente dos credores) não serão privilegiados quando acarretar a impossibilidade da continuidade da empresa que exerce a sua função social. (SANTANA, 2020, p. 42)*

Como pode ser visto, o instituto da recuperação é recheado de princípios norteadores, mas na contramão do interesse comum de recuperar a empresa em crise, o



legislador peca no artigo 57 da Lei 11.101/2005 ao exigir a apresentação de certidões negativas de débito, onde acaba criando um empecilho à concretização da recuperação, como veremos a seguir.

Outrossim, não podemos perder de vista que a legislação brasileira permite que a União, estados e municípios instituem e regulamentem seus tributos, não podendo uma entidade sobrepor suas vontades a outra. A consequência desta forma organizacional somada à exigência da apresentação de Certidão de Dívida Negativa cria cenários em que uma empresa possa ter que apresentar centenas ou até milhares de certidões para só então ter acesso ao instituto da recuperação.

Agora, com a nova Lei de RJ 14.112/2020, foram criadas várias hipóteses de parcelamento para o devedor. Assim, este pode se valer do programa de parcelamento e aderir a ele. Com o parcelamento, o devedor em recuperação consegue atender à exigência da lei e apresentar suas Certidões Negativas de Débitos Tributários (CND), que será positiva com efeito negativo, uma vez que o parcelamento do débito suspende a exigibilidade. Isto posto, com a nova lei houve um reforço na positividade da exigência em apresentar as Certidões Negativas de Débitos Tributários (que vinham sendo flexibilizada pelos tribunais).

De modo que a criação de opções de parcelamento dos débitos tributários pela nova lei traz a ideia de que agora o devedor não tem mais como alegar que não tem dinheiro para quitar o débito e por isso não teria como obter as Certidões Negativas de Débitos Tributários. A nova lei oferece opções de parcelamento e a partir disso o devedor tem a oportunidade de aderir ao programa de parcelamento e obter a CND.

Apesar de existirem avanços com o advento da Lei 14.112/2020 que fornece possibilidades de adequação dos débitos tributários, não podemos esquecer que tal adequação, advinda de parcelamento de transação, só é aplicável aos tributos federais em razão da referida lei ser federal.

Ademais, o benefício do parcelamento com prazo estendido não admite a possibilidade de desconto e ainda condiciona sua adesão à renúncia do direito de discutir o débito fiscal.

Antes a lei exigia a apresentação das Certidões Negativas de Débitos Tributários quando o plano de RJ era aprovado pelos credores. Nesse caso, o devedor necessitava apresentar as Certidões Negativas de Débitos Tributários sob pena de convocar a RJ em falência. Os tribunais vinham relativizando essa exigência e autorizando a recuperação mesmo sem a apresentação das Certidões Negativas de Débitos Tributários.

### **3.3. Não exigência das Certidões Negativas de Débito.**

Em regra, empresários que não possuem Certidões Negativas de Débitos Tributários são aqueles que se encontram em situação de crise. Exigir certidão negativa de quem se encontra nesta situação é um contrassenso legislativo na medida em que é notório que em estado de crise a empresa ou empresário não possui recursos suficientes para manter em dia as obrigações decorrentes da massiva carga tributária, que onera de sobremaneira o empresário no Brasil.

Não há dúvida de que o empresário em crise vai concentrar seus esforços imediatos não ao pagamento de tributos – que inclusive poderão ser parcelados



ordinariamente –, mas sim às despesas necessárias para a manutenção da fonte produtora. Portanto, a exigência da apresentação das Certidões Negativas de Débitos Tributários como requisito para conceder a recuperação é uma medida exagerada e desproporcional.

O constitucionalismo moderno no pós-guerra exige mais princípios do que regras, a ponto de otimizar os preceitos mandamentais de uma forma que não exclua as regras objetivas, mas que sejam lidas buscando a maior realização possível do espírito legal.

A forma de ver o direito pelos princípios tem sido verificada na jurisprudência contemporânea, como pode se extrair do julgado TJ-SP – AI: 22348455020178260000 em que se exclui a aplicação da letra fria da lei por meio da aplicação de princípios:

*Até a edição da Lei n.º 13.043/2014, que agora dispensa tratamento específico de parcelamento dos débitos fiscais às sociedades em recuperação judicial, as Câmaras Reservadas de Direito Empresarial desta Corte, fortemente inspiradas nos princípios que norteiam o instituto da recuperação judicial e que estão insculpidos no art. 47 da Lei 11.101/05, dispensavam, para a concessão do benefício, a apresentação das certidões negativas a que alude o art. 57 do mesmo diploma legal. Como o fisco não está impedido de executar o devedor e é de toda conveniência que se mantenha viva e produtiva a empresa, não se justifica o emperramento do processo quando o interesse público, encarnado no recolhimento de tributos, pode ser alcançado por outras vias. (BRASIL, TJSP, 2019)*

No gozo do julgado fica evidente que, na prática, o tribunal tende a julgar por meio dos princípios e não pela letra da lei. Tal argumentação se repete ao analisar demais julgados sobre o assunto, a saber:

- I. TJSP, Embargos de Declaração Cível 2222246 - 16.2016.8.26.0000; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Rio Claro – 4ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 24/04/2017; Data de Registro: 24/04/2017;
- II. TJSP, AI n.º 2088711-88.2016.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Hamid Bdine, j. 21/09/2016;
- III. TJSP, AI n.º 2083072-89.2016.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, j. 24/08/2016;
- IV. TJSP, AI n.º 2250585-19.2015.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Des. Teixeira Leite, j. 15/06/2016.

A partir do julgamento do Recurso Especial 1.187.404/MT, o relator Luis Felipe Salomão fundamentou seu voto pelo princípio da superação da empresa em crise, a preservação da empresa e a manutenção da fonte produtora, tudo com base na literalidade da redação do art. 47 da Lei de Recuperação Judicial, vejamos um trecho da ementa:



*O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é 'viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.*

No mesmo sentido, por meio do Recurso Especial n.º 1.864.825/SP, na relatoria da ministra Nancy Andrichi, podemos observar que:

*Assim de se concluir que os motivos que fundamentam a exigência da comprovação da regularidade fiscal do devedor (assentados no privilégio do crédito tributário), não tem peso suficiente - sobretudo em função da relevância da função social da empresa e do princípio que objetiva sua preservação - para preponderar sobre o direito do devedor de buscar no processo de soerguimento a superação da crise econômico-financeira que o acomete.*

Comum a todos estes julgados é o fato de que a ausência de apresentação das certidões negativas de débito não deve ser um empecilho para a recuperação, uma vez que caso não apresentada incide a regra do art. 6º, § 7º-B, da Lei 11.101/2005, podendo o órgão público executar o devedor, como bem salienta a relatora ministra Nancy Andrichi no Recurso Especial n.º 1.719.894 – RS (2017/0322633-1).

Lembrando que o §7-B, referido acima, foi uma alteração incluída pela Lei 14.112/2020 e diferente do que previa o §7 do art. 6º, dispositivo agora revogado, é de competência do juízo da recuperação judicial determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional.

Nessa esteira, podemos verificar que avanços mais concisos só foram aferidos por meio de decisões judiciais, principalmente no que concerne a exigência de CND. A ponderação de valores e princípios foi e ainda é fundamental nesse processo, como pode ser visto nas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça ao longo dos 17 anos de vigência da Lei de Recuperação Judicial.

Entretanto, a exigência da CND ainda gera grande discussão, uma vez que com a alteração advinda da Lei 14.112/2020 foram criadas várias hipóteses de parcelamento para o devedor. Assim, decisões estão sendo proferidas no sentido que o devedor pode se valer do programa de parcelamento e aderir a ele. Com o parcelamento o devedor em recuperação conseguiria atender à exigência da lei e apresentar a CND, que seria positiva com efeito negativo, uma vez que o parcelamento do débito suspende a exigibilidade.

Tanto é que, recentemente, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino deferiu pedido de tutela de urgência (TP 4113/SP), acolhendo o recurso da União, para anular a sentença concessiva da recuperação judicial e determinar a apresentação de um novo plano.

Anteriormente, a jurisprudência do STJ interpretava o art. 57 da Lei n.º 11.101/2005 em harmonia com a norma do art. 47 da mesma lei e com outros princípios





que norteiam o direito da recuperação judicial, levando em conta inclusive, que o interesse maior é o da empresa em detrimento, até mesmo do próprio empresário, como apontam os meios de recuperação previstos no art. 50 da Lei n.º 11.101/2005.

Nessa esteira, com o advento da nova lei, por não estarem os créditos tributários sujeitos à recuperação judicial, e considerando que a Fazenda Pública tem a prerrogativa de constituir o próprio título executivo e de ajuizar a execução fiscal, sendo que os atos de constrição sobre o patrimônio do devedor devem obedecer ao disposto no § 7º-B do art. 6º da lei 11.101/2005, podemos concluir que a interpretação literal do art. 57 da lei 11.101/2005 se mostra desproporcional e não contribui para o objetivo maior da lei de viabilizar a superação da crise pelo devedor em recuperação judicial.

#### 4. CONCLUSÃO

É nítida a necessidade de existência do setor empresarial para a sociedade capitalista, de forma que atinge praticamente todos os âmbitos das nossas vidas, já que é um setor que gera empregos, gira a economia, fornece bens e serviços. É tão importante que se teve a necessidade de afirmar sua função na sociedade. Função esta que norteia os mais diferentes diplomas jurídicos, mas especialmente o diploma trabalhado neste artigo, o da recuperação judicial.

Por meio da análise da Lei nº 11.101/05, reforçada por normas constitucionais, foi possível identificar um certo desvio da função social da empresa no art. 57 da referida lei, melhor dizendo, um empecilho que afasta a garantia da função social e a preservação da empresa. Como apresentado, a exigência de Certidões Negativas de Débitos Tributários que trata o dispositivo é vista neste trabalho como um impedimento para garantir a recuperação judicial de empresas, como um impedimento da preservação da empresa, tão cara para a nossa sociedade.

Não obstante, com o advento da nova lei, os créditos tributários, por não estarem sujeitos à recuperação judicial, considerando que a Fazenda Pública tem a prerrogativa de constituir o próprio título executivo e de ajuizar a execução fiscal, sendo que os atos de constrição sobre o patrimônio do devedor devem obedecer ao disposto no § 7º-B do art. 6º da Lei 11.101/2005, podemos concluir que a interpretação literal do art. 57 da Lei 11.101/2005 se mostra desproporcional e não contribui para o objetivo maior da lei de viabilizar a superação da crise pelo devedor em recuperação judicial.

#### REFERÊNCIAS

ABREU, Leonardo Pinto Andrade de. **A Recuperação Judicial Na Lei Brasileira E Na Lei Federal Americana**. 2014. 82 f. Monografia (graduação em direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Curitiba – PR. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/37774>. Acesso em: 07 out. 2020.

ALEXY Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 07 out. 2020.



BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: . Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acesso em: 07 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo – **Agravo de Instrumento: 2234845-50.2017.8.26.0000**, Relator: Araldo Telles, Data de Julgamento: 08/04/2019, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 11/04/2019.

CAMPINHO, S. **Plano de recuperação judicial: formação, aprovação e revisão**. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica Na Constituição De 1988 (Interpretação E Crítica)**. 14ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2010.

SANTOS, Paulo Penalva. **Certidão negativa de débito fiscal e a lei 14.112/20**. Migalhas. Publicado em 2022. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/373251/certidao-negativa-de-debito-fiscal-e-a-lei-14-112-20>.

MEDEIROS, Sueny Almeida de. **A Exigência de CND na Nova Lei de Recuperação Judicial**. Veloso de Melo Advogados. Publicado em 2022. Disponível em <https://velosodemelo.com.br/a-exigencia-de-cnd-na-nova-lei-de-recuperacao-judicial/>. Acesso em: 07 out. 2020.

SANTANA, Queren Formiga. **Recuperação Judicial: análise dos aspectos estruturais à luz da preservação da empresa**. 2020. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Nove de Julho, São Paulo. Disponível em: <http://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/2206>. Acesso em: 07 out. 2020.

TOMAZETTE, M. **Curso de direito empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

VITOLA Cássio Rozales, WEISHEIMER Evandro. **A Aplicação Do Princípio Da Preservação Da Empresa À Luz Do Instituto Da Recuperação Judicial**. Disponível em: <http://univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/396>. Acesso em: 07 out. 2020.



## V. AS SOFT LAWS E AS COALIZÕES INTERNACIONAIS DO BRASIL

Andressa Silva Michelucci<sup>1</sup>  
Cláudia Regina Voroniuk<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. *SOFT LAWS* E *HARD LAWS*: DEFINIÇÕES. 2.1 As vantagens e desvantagens do uso da *soft law*. 2.2 Exemplos de *soft law* e seus reflexos no contexto internacional. 3. *SOFT LAW* E *HARD LAW*: COMPLEMENTARES OU ANTAGÔNICAS? 4. AS COLIZÕES INTERNACIONAIS DO BRASIL FORMADAS POR *SOFT LAWS*. 4.1 Contexto Histórico das Coalizões Internacionais. 4.2 As coalizões internacionais brasileiras. 4.2.1 Fórum IBAS. 4.2.2 G-20 Comercial. 4.2.3 BRIC. 4.2.4 FOCALAL. 4.2.5 Cúpula Aspa. 4.2.6 G-4. 5. O CONTEXTO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO, AS *SOFT LAWS* E AS COALIZÕES. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** O objetivo é estudar e analisar como a *soft law* se encontra em primeiro lugar na evolução das fontes do Direito Internacional e como é sua relação com o fenômeno das coalizações internacionais. Para melhor percepção, será destacado o papel do Brasil nessas articulações internacionais através da descrição das principais coalizões internacionais formadas pelo Brasil. Seguindo o método bibliográfico se pretende constatar o papel das *soft laws* no ordenamento jurídico brasileiro e internacional, suas vantagens de uso em uma sociedade de constantes mudanças e incertezas jurídicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Direito Internacional. 2. Relações internacionais. 3. Soft law. 4. Coalizões.

**ABSTRACT:** The objective is to study and analyze how Soft Law is in the first place in the evolution of the sources of International Law and how is its relationship with the phenomenon of international coalitions. For a better understanding, the role of Brazil in these international articulations will be highlighted through the description of the main international coalitions formed by Brazil. Following the bibliographic method, it will be verified the role of soft laws, their advantages of use in a society of constant changes and legal uncertainties.

**KEY-WORDS:** 1. International Law. 2. International relations. 3. Soft right. 4. Coalitions.

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Faculdade Maringá. Licenciada em Letras – Português/Inglês e Pós-Graduada em Tradução de textos – Português/Inglês. E-mail: andressa.michelucci@gmail.com

<sup>2</sup> Advogada. Professora Universitária. Mestre em Direito. Doutoranda em Direito Empresarial e Cidadania pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). E-mail: crvoriuk@vpoadvocacia.com.br.



## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo do artigo é estudar a relação entre as *soft laws* e o Direito Internacional Contemporâneo, verificando especialmente os benefícios dessa interação, uma vez que são ferramentas que podem evitar questões burocráticas que compõem acordos *hard law*.

Neste sentido é válido mencionar que com a aplicação da ferramenta das *soft laws* os acordos passam a ser firmados com agilidade e eficiência, sem a necessidade de burocracias como o estabelecimento de atividades solenes.

Dessa forma o objetivo principal deste estudo será embasado em verificar ao leitor os fatores benéficos que constituem a investigação a respeito das coalizões com o auxílio das *soft laws*, a fim de promover contribuições para os interesses das relações internacionais.

Assim para que se ocorra uma maior apreciação do objetivo mencionada, o presente artigo será estruturado da seguinte forma: definições e conceitos a partir das ferramentas de *soft law* e *hard law*, demonstração das diferenças que constituem ambas ferramentas, contextualização sobre as principais coalizões desenvolvidas no Brasil a partir da utilização da metodologia do *soft law* e por fim para finalizar o referencial teórico deste estudo será realizado uma breve contextualização sobre o contexto internacional contemporâneo relacionando respectivamente as coalizões e o *soft law*.

## 2. SOFT LAWS E HARD LAWS: DEFINIÇÕES

As *soft laws* são instrumentos normativos internacionais com influência no ordenamento jurídico interno. São definidas como criações normativas que não têm força coercitiva de lei – assim sendo, não geram sanções, contudo geram efeitos. Nas palavras de Neves (2006, p.251) “um processo de produção de standards normativos, que têm como vocação a regulação de comportamentos sociais, sem caráter vinculativo e cujo incumprimento não estão associados a sanções jurídicas”.

Para Shelton (2010), considera-se *soft law* qualquer instrumento internacional que possua princípios, normas, padrões ou outras declarações de comportamento a serem acordados. Desta forma, elenca-se como características das *soft laws*: não ser juridicamente vinculativa; ter normas ou princípios e não regras; norma de aplicação não imediata, utilizando para isso mecanismos de resolução de conflitos; não obrigatoriedade.

Toda a descrição feita acima pode ser resumida a seguir:

*A formação do soft law ocorre por meio de negociações entre os sujeitos de Direito Internacional ou dentro de órgãos técnicos das organizações internacionais. A elaboração de suas regras caracteriza-se por ser mais rápida, sem as dificuldades inerentes a esforços de articulação prolongados e perpassados por inúmeras questões políticas. Além disso, os preceitos de soft law, em regra, incorporam melhor as peculiaridades técnicas referentes às questões reguladas, o que nem sempre é possível nos tratados,*



*pelas dificuldades normais encontradas nas negociações internacionais. (PORTELA, 2018, p.205)*

Neste sentido conforme a menção realizada pode-se compreender a definição de *soft law* e posteriormente sua forma de utilização no direito internacional como possibilidade de acordos sem burocracias.

As *hard laws*, por outro lado, são definidas como normas de direito externo de caráter vinculativo no direito interno – a exemplo de tratados e acordos. Sua aplicabilidade se dá por seu poder coercitivo, pois o não cumprimento impõe sanções jurídicas, feitas pelos tribunais internacionais ou mesmo os órgãos judiciais nacionais dos países signatários (FARIAS, 2017).

As *hard laws* estão regulamentadas pelo artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (o Brasil é signatário do mesmo). Assim sendo, ambos os institutos – *soft* e *hard law* - distinguem-se por seus efeitos jurídicos (TRINDADE, 2002, p. 69).

Não há um consenso acerca da utilização das *soft laws*, Ribeiro (2020), por exemplo, menciona que a eficácia da lei em fase de implementação está em sobreposição à natureza vinculante da norma em promulgação, e conclui que as diferenças entre *hard laws* e *soft laws* não passam de ilusões.

Mesmo sofrendo controversas críticas pela doutrina como acima demonstrado, atualmente o entendimento majoritário afirma que os ordenamentos internos sofrem influência de diplomas não vinculativos, em outras palavras, das *soft laws* (NASSER, 2006).

Logo, *soft law* e *hard law* são classificadas como instrumentos de sobredireito, fato que não se confunde as fontes materiais ou formais do direito internacional, como a jurisprudência, a doutrina e os costumes (TAQUARY, 2004).

### **2.1. As Vantagens e Desvantagens do uso da *Soft Law***

Como toda inovação, as *soft laws* têm vantagens e desvantagens. Quanto às vantagens, as *soft laws* oferecem regras menos obrigatórias, são mais céleres e desprovidas de sanções (OLIVEIRA, 2010).

De modo geral, a tendência dos Estados está em preferir as *soft laws* em suas negociações internacionais por se tratar de instrumentos não obrigatórios, que dispensam publicações ou registros, e que também evitam solenidades e exigências legais. Para melhor compreensão “Em linhas gerais, a entrada em vigor de um tratado demora, pois depende da sua tramitação e aprovação junto às esferas Legislativas e Executivas nacionais, já um instrumento informal não necessita da aprovação das instituições nacionais competentes.” (OLIVEIRA, 2010, p. 6278-6279).

Assim sendo, ao descumprir um tratado, o Estado transgressor será responsabilizado e penalizado a pagar o dano; fato inexistente quando do uso das *soft laws*. Fica nítido, portanto, que há maior elasticidade das *soft laws* em relação às fontes tradicionais do direito, pois diante de uma sociedade líquida na qual vivemos (BAUMAN, 2001).



Este se revela como uma ferramenta mais adaptável às dinâmicas das relações internacionais do século XXI, a utilização dos instrumentos *soft law* revela a crescente complexidade da sociedade internacional e a incapacidade das fontes tradicionais de regulamentarem certos domínios nos quais os instrumentos mais flexíveis predominam.” (KOLB, 2003).

As *soft laws* auxiliam especialmente na adoção de regras e acordos em discussões polêmicas e/ou delicadas. Um clássico exemplo foi a negociação para se chegar à Declaração de Princípios com Autoridade e Não-Juridicamente Obrigatória para um Consenso Mundial sobre Manejo, Conservação e Desenvolvimento Sustentável de todos os Tipos de Florestas, que ocorreu durante a conferência das Nações Unidas para o meio ambiente no Rio de Janeiro, em 1992 (NASSER, 2006).

*Os países participantes da CNUMAD adotaram esta declaração de princípios visando um consenso global sobre o manejo, conservação e desenvolvimento sustentável de todos os tipos de florestas. A aprovação de uma declaração de princípios e não de uma convenção reflete, de um lado, as dificuldades que surgiram no período de negociação de um texto obrigatório e, de outro, a tentativa de regular, mesmo que de modo soft a proteção das florestas. Apesar de controvertido, este foi o primeiro instrumento jurídico a tratar da questão florestal de maneira universal. (OLIVEIRA, 2012, p. 6255).*

De acordo com Oliveira (2012), as *soft laws* contribuem para a evolução do direito internacional, pois ele desempenha um papel importante na transformação do Direito Internacional, à medida em que pauta os comportamentos dos Estados com base nos princípios e objetivos positivados nos instrumentos não obrigatórios acordados entre eles. Consequentemente, tais instrumentos de *soft law* podem influir na criação e no estabelecimento da *opinio juris*, juntamente com seus conteúdos que fortaleceriam ainda mais os argumentos de que tal *opinius juris* existe. E uma afirmação constantemente repetida, pode influenciar os Estados a considerarem determinados princípios e condutas como obrigatórios. Ou seja, normas muitas vezes repetidas acabam por refletir uma conduta ético-política na qual espera-se que todos os Estados envolvidos a cumpra – algo que José Juste Ruiz classifica como “efeito contágio”.

Mas nem toda inovação é positivamente aceita pela comunidade jurista e doutrinária. Quanto às críticas tecidas a seu uso corrente, cita-se o posicionamento de Eismean (1979), que afirma que a disseminação das *soft laws* é um risco à integridade da ordem jurídica. Há argumentos de que o conteúdo flexível e não obrigatório das *soft laws* também induzem a mais problemas de interpretação quando comparados às *hard laws*.

Também afirma Chatzistavrou (2005) que o fraco efeito cogente das *soft laws* suscitam protestos para reivindicar que tais recomendações presentes nas *soft laws* tomem tamanha força normativa que sejam transformadas em *hard law*.



## 2.2. Exemplos de *soft law* e seus reflexos no contexto internacional

O Direito Ambiental e os Direitos Humanos são férteis searas para se reproduzirem exemplos de *soft laws* e seus reflexos no Direito Internacional. O enfoque será dado aos instrumentos produzidos pelos Estados, Organismos Internacionais e entes não estatais.

Começando pelos Estados, temos os *gentlemen's agreements*, que significam acordo de cavalheiros. Trata-se de uma regra de cortesia de boa política, bom comportamento, que estabelece que negociações já acordadas não podem ser reabertas, garantindo o avanço de processos já negociados, conforme afirma Nasser (2005). Em outras palavras, obrigações não jurídicas, mas estabelecidas como código de conduta entre homens e mulheres representantes de Estados, devem ser mantidas enquanto as pessoas que o acordaram ainda estiverem em suas respectivas responsabilidades.

Em seguida, temos os memorandos de entendimento, que conforme maioria doutrinária, são acordos internacionais sem data precisa para vigorar. De acordo com Nasser (2005), o caráter jurídico desse tipo de *soft law* consegue influenciar tomadas de decisões dos Estados no futuro. Entre múltiplos exemplos estão o Memorando de Entendimento sobre Medidas de Conservação do Maçarico-de-bico-fino; Memorando de Entendimento sobre Medidas de Conservação do Guindaste Siberiano; Memorando de Entendimento sobre Medidas de Conservação das Tartarugas Marinhas da Costa Atlântica da África – todos associados à Convenção sobre a Preservação das Espécies Migratórias de Animais Selvagens (SHELTON, 1979).

As declarações são a ação de Estados declararem acordos de determinado posicionamento após uma reunião diplomática. Antes, era admissível sua forma oral, porém desde a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, só são válidos atualmente as declarações em formato escrito. As declarações de Estocolmo de 1972, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, são

Os Estados também podem determinar programas de ação, como a Agenda 21 Global, adotada ao final da Conferência da Rio 92. Carvalho (2006), afirma tratar-se de um conjunto de ações e programas discutidos por representantes de mais de 170 países participantes, que viabiliza atitudes voltadas à sustentabilidade e uso racional dos recursos naturais do planeta Terra.

Na seara das resoluções e recomendações, a depender do órgão específico que as criam, é possível associá-las à aceção de *soft law*. Sob esta ótica, são “práticas recomendadas aos Estados, que podem ser membros ou não da organização, e até mesmo outros entes, não estatais, em outros campos” (NASSER, 2005, p.134). Exemplos práticos podem ser identificados nas mais diversas áreas das relações internacionais, mas cita-se aqui principalmente as Resoluções e Recomendações da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

Os códigos de conduta são exemplos finais. Tanto Estados quanto organizações internacionais podem produzi-los. De acordo com Carvalho (2006),



referem-se a diretrizes de comportamentos a determinado grupo de pessoas conforme seus princípios. Exemplos de códigos de conduta são o Código de Conduta sobre Pescarias Responsáveis de 1995 e o Código de Ética sobre o Comércio de Produtos Químicos.

Por último, restam os instrumentos produzidos por entes não estatais, que se dirigem a indivíduos e entidades não governamentais. Exemplo ilustrativo feito por Shelton (2010) é a Declaração Universal dos Direitos dos Povos, que se direciona aos direitos econômicos dos povos, questões relativas à soberania sobre recursos naturais, e autodeterminação dos povos. Também é considerável o conteúdo das matérias dada pelo trabalho da ICANN (Corporação da Internet para Números e Nomes Atribuídos, em Inglês) – responsável pela atribuição de nomes de domínios na internet (rede mundial de computadores).

### 3. *SOFT LAW* E *HARD LAW*: COMPLEMENTARES OU ANTAGÔNICAS?

Por natureza, as *soft laws* têm o caráter de uma recomendação, o que não diminui sua importância, porém significa dizer que a força coercitiva não está presente em sua essência. Maia (2016) afirma que é a consciência de uma nação que a adere, e não sua força coercitiva que estimula o indivíduo a seguir tal determinação.

Alguns doutrinadores afirmam que a *hard law* é a versão final e evoluída das normas jurídicas (pois além de apontar diretrizes, também tem força coercitiva para ser obedecida pelos indivíduos), enquanto a *soft law* é o conceito inicial de uma norma jurídica (NEVES, 2006).

A *hard law* por sua vez seria a evolução, o término e a conclusão da norma jurídica, enquanto a *soft law* é o princípio, é a ideia inicial da norma final, tal qual preceitua Maia (2016, p. 31):

*A hard law constituiria um produto acabado após uma evolução geracional ao longo do tempo, portanto, a norma terminada na sua integridade; e a soft seria um movimento, um ato em potência, um ato de vontade dos Estados, que aspira torna-se uma norma.*

De acordo com o contexto apresentado Diniz (2017), afirma que a relação entre *soft* e *hard laws* são paradoxalmente complementares. As duas espécies presentes no Direito Internacional são bem distinguíveis devido ao fator obrigacional. Entretanto, deve-se observar que as sanções aplicadas ao descumprimento de *hard laws* estão dispostas em tratados, que podem ter sido convencionadas pelo costume também e são aplicados por vias tanto administrativas de uma comunidade internacional, quanto judicialmente, através de um tribunal internacional.

Sendo assim, no contexto atual das novas temáticas da ordem internacional, ligadas à flexibilidade que a regulação de interesses e demandas faz, as *soft laws* conseguem manter sua significância no Direito Internacional. Porém, como pontua Mazzuoli (2011) ainda são um produto jurídico inacabado no tempo, por se voltarem à assunção de compromissos no futuro (compromissos programáticos) e estarem coordenadas por um estilo de sanções diferentes dos aplicáveis às normas *hard laws*,





sendo o seu cumprimento revestido de teor recomendatório e não exatamente obrigatório.

Contudo, com o passar do tempo, a sua internalização poderá influenciar o sistema jurídico das nações adotantes de tais orientações, que poderão considerar tais orientações como obrigatórias. O efeito final, como já explicado em capítulos acima, se dá numa conduta ético-política cuja expectativa é que todos os Estados envolvidos a obedecer, consoante às palavras de Oliveira (2012). Com efeito, é a internalização das *soft laws* como *hard laws*. Paradoxal, porém fato possível.

#### 4. AS COLIZÕES INTERNACIONAIS DO BRASIL FORMADAS POR *SOFT LAWS*

Cunha (2010, *online*) afirma que muitos analistas consideram as *soft laws* importantes facilitadores nas inter-relações entre nações, por acentuar a autonomia dos chefes de Estado.

Nesse cenário, as coalizões internacionais se afirmam independentemente da análise e aprovação dos congressos e parlamentos internos de cada país. Cunha (2010, *online*) explica ser assim pois as *soft laws* são fontes normativas que não se submetem às aprovações parlamentares, podendo ser consideradas como normas autoaplicáveis.

Havendo o descumprimento dos termos estabelecidos por *soft laws*, haverá sanções morais, como a desconfiança no cálculo de integrações e acordos políticos futuros; o que de fato prejudicaria iniciativas futuras entre nações (SOARES, 2004).

Na visão de Mello (2000), as *soft laws* facilitam as coalizões quando diluem os entraves da laboriosa aprovação de um texto juridicamente vinculante. As *hard laws* exigem maior tempo de negociação para serem aceitas e implementadas pelos Estados. As *soft laws* são acordadas de forma mais célere, não requerendo as exigências legais estabelecidas pela Convenção de Viena para a aprovação de um compromisso internacional.

##### 4.1. Contexto Histórico das Coalizões Internacionais

Lafer (2001) descreve que o intenso aumento de tratados multilaterais dos anos 1990 confirmam uma nova realidade global que se descortina após o final da bipolaridade com o término da Guerra Fria em 1991.

Assim de acordo com Cunha (2010, *on-line*), foi possível observar que o dinamismo das relações internacionais nas últimas décadas possibilitou a construção de alianças com intuito de modificar as estruturas políticas – dessa forma conseguiria se adequar de maneira equânime a um número maior de países.

Com isso, Cunha (2010, *on-line*) argumenta que tal realidade demonstra como é necessária a adoção de outros instrumentos jurídicos que não sejam os oriundos das tradicionais fontes do Direito Internacional mencionadas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Desta forma, grande parte das relações jurídicas interestatais que se desenvolvem na contemporaneidade são desprovidas de grandes formalidades. A flexibilidade e maleabilidade são suas características mais incisivas. Os memorandos



de entendimento, os acordos de cavalheiros e as declarações diversas, por exemplo, atestam os interesses dos Chefes de Estado. Cunha (2010, *online*) ressalta ainda que as declarações, de maneira geral, têm sido as mais utilizadas para celebrar as coalizões políticas internacionais.

#### 4.2. As coalizões internacionais brasileiras

Atualmente, os Estados utilizam desses atos unilaterais com a finalidade de ampliar o potencial político no âmbito internacional, a fim de constituir articulações políticas que potencializem diversos de seus interesses. Essa forma de reunião entre países é chamada de coalizão internacional (CUNHA, 2012).

No atual século XXI, o Brasil é um dos protagonistas na utilização de coalizões internacionais, com posição destaque na história contemporânea entre os países que promovem articulações de grande importância estratégica para a conjuntura internacional.

Cunha (2010, *online*) cita como exemplos o G-77, o BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China), o G-20 comercial e o G-20 financeiro. Logo adiante veremos com maior detalhamento as principais coalizões que tem o Brasil feito utilizando-se das *soft laws* para o êxito de sua agenda diplomática.

##### 4.2.1. Fórum IBAS

Tal fórum é formado por Índia, Brasil e África do Sul, também recebendo a denominação de G-3, o Grupo dos 3. O objetivo do fórum é o melhor desempenho estratégico internacional e articulações de ações voltadas ao desenvolvimento das referidas nações, segundo Cunha (2010, *online*).

A parceria foi formada por se trataram de três países igualmente emergentes, democracias multiétnicas e multiculturais. Portanto, sociedades identicamente complexas e que enfrentam desigualdades. Foi estabelecido em 2003, através da Declaração de Brasília. A incorporação da temática social está fundamentada na ausência de atenção dos países ricos, e na dinâmica da economia vivenciada pelos países membros (ASSUNÇÃO, 2013).

##### 4.2.2. G-20 Comercial

O Grupo dos 20 (G20), também chamado de G20 Financeiro, foi criado em 1999 como atitude responsiva às sucessivas crises financeiras que diversos países haviam enfrentado no final da década de 90. O principal objetivo é fortalecer as negociações entre os membros para assegurar uma estabilidade econômica global (VISENTINI, 2009).

*O G-20 possui aspectos pluralistas de desenvolvimentistas. A coesão de países de continentes diversos conferiu matiz mais incisivo às demandas oriundas dessa senda. Africanos e asiáticos intervieram, conjuntamente, com outros países. Isso foi postura cujo ineditismo legitimou o pleito desses povos. Digno de destaque é que o Brasil foi o idealizador e articulador do projeto. (CUNHA, 2010, *online*).*



A formação do grupo é dada pelas 19 maiores economias do mundo, cujos representantes são ministros de finanças e chefes dos bancos centrais de seus respectivos países, mais, a União Europeia, representada pelo Banco Central Europeu e pela presidência rotativa do Conselho Europeu (VISENTINI, 2009).

São integrantes do G20 os oito países mais ricos e influentes do mundo, o G8 e 11 países emergentes. Vale lembrar que integram os países do Grupo dos 8 Alemanha, Canadá, Estados Unidos, França, Itália, Japão, Reino Unido e Rússia. Os países emergentes do G-20 são África do Sul, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Brasil, China, Coreia do Sul, Índia, Indonésia, México e Turquia (SANTOS, 2011).

*Os países-membros do G20 representam 80% da economia global, abrigam 64% da população mundial e respondem por mais de 90% dos gastos com pesquisa e desenvolvimento no mundo. Além disso, a reunião dos 19 países representa 85% do Produto Interno Bruto (PIB) mundial. (LESME, 2022, online).*

Atualmente, o que os analistas econômicos mais têm questionado é a eficiência das reuniões feitas pelo G20. “Segundo pesquisa publicada pelo Banco Central Europeu, em 2014, os efeitos das reuniões do G20 são pequenos, de vida curta, não sistemáticos e não robustos.” (Cunha, 2010, *online*).

Ainda conforme Cunha, (2010, *online*), estudos apontam que reuniões entre líderes dos países do G8, do Banco Central dos Estados Unidos e da União Europeia têm um impacto bem maior nas bolsas de valores. No mesmo momento, países influentes aproveitam o encontro desses líderes para fazerem acordos internacionais. Outro desafio do G-20 é promover uma integração e cooperação entre os países-membros, justapondo-se aos interesses individuais. Atualmente, há uma tendência de “desglobalização”, evidenciada pelo Brexit, por exemplo.

#### **4.2.3. BRIC**

BRIC foi um acrônimo criado pelo economista Jim O’Neil, do Banco Goldman Sachs em 2001. Juntos, formam as iniciais das quatro economias que para esse estudioso estariam entre as sete maiores economias do mundo em 2050: Brasil, Rússia, Índia e China. Os mesmos serviriam como os pilares, os sustentáculos do cenário global, que é justamente o significado da palavra *brick* em língua inglesa: tijolo (VAZ, 2018).

Em 2011, a África do Sul foi também inserida ao BRIC, que então passou a ser denominado BRICS: Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul – S representa o nome South África, em Inglês (FERNANDES, 2015).

*Atualmente, os BRICS são detentores de mais de 21% do PIB mundial, formando o grupo de países que mais crescem no planeta. Além disso, representam 42% da população mundial, 45% da força de trabalho e o maior poder de consumo do mundo. Destacam-se também pela abundância de suas riquezas nacionais e as condições favoráveis que atualmente apresentam para explorá-las.” (PENA, 2022, online).*

Em 2013, os países do grupo decidiram pela criação de um contingente de reserva monetária no valor de 100 bilhões de dólares, com o objetivo de garantir a



estabilidade econômica dos mesmos. Evidentemente, tal medida desagradou os Estados Unidos e o Reino Unido, pois ambos são detentores do FMI e do Banco Mundial, que financiam as nações emergentes do planeta. Esse desagrado revela a importância e influência econômica e política desse grupo no contexto global atual (PEREIRA, 2017).

#### **4.2.4. FOCALAL**

Assim conforme Ramanzini Júnior (2009), Fórum De Cooperação América Latina-Ásia Do Leste (FOCALAL) reúne trinta e quatro países, de ambas as regiões mencionadas em seu próprio nome, com o objetivo de intensificar o diálogo político e a cooperação entre essas nações, para que diversas áreas entre os países sejam beneficiadas (ciência, educação, tecnologia, economia, entre outros).

Em uma dissertação desenvolvida por Pacheco (2010), o mesmo menciona que o mecanismo de agrupamento multilateral é permanente entre dois continentes. Este fator apresenta uma significativa importância, já que concentra:

Fato importante é que se trata do único mecanismo de agrupamento multilateral permanente entre os dois continentes. Esse é de extrema importância, pois concentra:

*40% da população mundial;*

*29% da renda;*

*25% do território;*

*26% das exportações e 22% das importações;*

*20% da produção de petróleo;*

*13% das reservas de petróleo;*

*32% da produção de eletricidade do mundo. (PACHECO, 2010, online)*

Seus coordenadores regionais são a Argentina e a Indonésia, e as Copresidências estão assim configuradas: A Colômbia e a Coreia do Sul para assuntos sobre Política, Cultura, Educação e Desporto; Equador e as Filipinas para liderarem assuntos sobre a economia e a sociedade; Brasil e a Nova Zelândia para a ciência e a tecnologia. O FOCALAL é um fórum inter-civilizatório, pois trata de acordos entre a Civilização Cristã-Occidental a islâmica e a Sínica budista. Com esse eixo de coalizão, o Brasil visa intensificar os fluxos de áreas já supra mencionadas com países do leste asiático (JÚNIOR, 2009).

#### **4.2.5. Cúpula Aspa**

A Cúpula ASPA significa América do Sul e Países Árabes. Essa cúpula é formada por 12 países membros da América do Sul e os 22 membros da Liga de Estados Árabes. Sua fundação foi dada em 2006, com intuito de integrar os países de ambas as regiões em cinco áreas: ciência e tecnologia, meio ambiente, cultura e educação, economia e comércio, além de temas sociais e tratados entre seus membros (NETO, 2014).



*A Cúpula foi recebida como feito de êxito. As propostas, que objetivavam autoconhecimento e desenvolvimento de interesses compartilhados, foram acolhidas de maneira geral, o que pode ser comprovado pela gama de reuniões realizadas, (...) em temáticas variadas. (CUNHA, 2010, online)*

Até o momento, já foram realizadas quatro cúpulas: a primeira em Brasília, em 2005, a segunda em Doha, em 2009, a terceira em Lima, em 2012, e quarta em Riad, em 2015 (NETO, 2014).

#### **4.2.6. G-4**

O G4 é uma aliança entre Alemanha, Brasil, Índia e Japão com o objetivo de apoiar as propostas uns dos outros para ingressar em lugares permanentes no Conselho de Segurança das Nações Unidas. Diferentemente de outras alianças similares como o G7, onde o denominador comum é a economia ou motivos políticos a longo termo, o objetivo é apenas buscar um lugar permanente no Conselho (MONTEIRO, 2010).

Segundo Zeni (2013), a ONU possui atualmente cinco membros permanentes com poder de veto no Conselho de Segurança: China, Estados Unidos, França, Reino Unido e Rússia. Além disso, ainda há dez membros não permanentes (mas sem o poder de vetar as pautas).

Enquanto quase todas as nações concordam com o princípio que a ONU precisa de uma reforma que inclui expansão, poucos países desejam negociar quando a reorganização deve acontecer. Também há descontentamento entre os membros permanentes atuais quanto à inclusão de nações controversas ou países não apoiados por eles. Por exemplo, a República Popular da China é contra a entrada do Japão e a Alemanha não recebe apoio dos EUA (MONTEIRO, 2010).

## **5. O CONTEXTO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO, AS SOFT LAWS E AS COALIZÕES**

Conforme dissertado no capítulo anterior é necessário mencionar que os exemplos citados podem ser considerados como as atuais coalizões pertencentes ao contexto internacional contemporâneo. Além disso é possível identificar que o processo de embasamento jurídico é desenvolvido de forma ágil sem burocracias, em que respectivamente ocorre a importação das normativas de características obrigatórias demonstrando a partir disso uma significativa diferença em relação as tradicionais fontes de Direito Internacional Público (CUNHA, 2010, *on-line*).

Portanto em 1945, com o advento do desenvolvimento de uma nova dinâmica presente no documento da ordem internacional, conseqüentemente foi o estabelecido na humanidade diversas modificações que mais tarde se tornaram as principais responsáveis por promover ao direito resultados positivos. Sendo assim deve-se mencionar que os ideais implantados pelo presente americano Woodrow Wilson foram considerados como os precursores para a edificação das Nações Unidas (OLIVEIRA, 2010).



Já em relação às questões jurídicas que contemplam as coalizões internacionais pode-se afirmar que um dos principais aspectos que abrangem este sistema é o conceito da segurança coletiva, assim a partir da demonstração desta definição se tornam compreensível os fatores atrelados a existência das coalizões, fatores os quais são responsáveis por definir o contexto político dos últimos anos (SHELTON, 2010).

Neste sentido, de acordo com uma dissertação elaborada por Litrento (1975, p. 155), é possível afirmar em concordância com os registros que na evolução histórica da política o sistema da política das alianças sempre se fez presente, porém os princípios apresentados pelos políticos das antigas civilizações eram embasados em alianças repletas de conveniência e ambição. Sendo assim a possibilidade de segurança coletiva se tornou viável somente após ao advento da existência da ONU.

*Ao fundamentar-se nessa lógica, a assertiva permite que se conclua acerca do verdadeiro turning point das ações políticas conjuntas, sem o intuito imperialista. Poder-se afirmar, portanto, que, o somatório de esforços conjuntos para se lograr coesão política dissuasória, sem a finalidade de potencializar poder de império, foi dado, genuinamente, na consagração da Liga das Nações, que serviria de modelo para a ONU, que é o maior centro de composição política da história. As coalizões que se desenvolverão no decurso do tempo terão como palco principal o púlpito das Nações Unidas, lugar apropriado para definir as relações interestatais (CUNHA, 2010, p.47).*

Assim de acordo com a citação mencionada anteriormente pode-se mencionar que a promoção de estudos a respeito dos acontecimentos políticos internacionais da sociedade atual é estritamente necessária, já que mesmo que tal evento ocorra em uma nação distinta poderá conseqüentemente impactar na realidade atual dos cidadãos brasileiros.

## 6. CONCLUSÃO

Com a realização deste estudo, pode-se concluir que o sistema jurídico internacional está pré-disposto a sofrer modificações e melhorias de forma constante, em que as *soft-laws* podem ser caracterizadas como as principais viabilizadoras de uma metodologia facilitadora, oferecendo assim aos cidadãos um sistema de acordo composto por agilidade e livre de possíveis questões burocráticas.

Além disso a existência das coalizões pode ser considerada como o estabelecimento de associações estratégicas, sendo assim as atuações coletivas desempenham um papel fundamental desde os primórdios do direito, desenvolvendo ações que impactaram diretamente de forma positiva o contexto das relações internacionais contemporâneas.

Portanto a metodologia de *soft law* é capaz de ampliar o sistema jurídico internacional, já que com a utilização coerente deste método é capaz de oportunizar aos envolvidos contribuições para seus interesses individuais e políticos.



## REFERÊNCIAS

- ASSUNÇÃO, Iuri. **O fórum ibas: uma experiência de parceria estratégica na perspectiva da cooperação sul-sul**. 2013. Disponível em: <https://rari.ufsc.br/files/2013/10/RARI-N%C2%B04-Vol.-II-Artigo-3.pdf>. Acesso em: 02 out. 2022.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. 1ª edição. Editora Zahar, São Paulo. 2001.
- CARVALHO, DANIEL FERREIRA DE SOUZA . **O Fenômeno Soft Law bate à porta do Direito Internacional Contemporâneo**. Monografia de Relações Internacionais. Brasília, 2006. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/9609/1/20277941.pdf>. Acesso em: 30 set. 2022.
- CUNHA, Guilherme Lopes da & LANNES, Suellen Borges de. **Soft law, coalizões e a rosa dos ventos na farda de Fausto**, IN Anais do I Encontro Sul-americano de Defesa e VI Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa (ABED) - ENABED VI - 6 a 9 de agosto de 2012, São Paulo–SP, Brasil, 2012b.
- CHATZISTAVROU, Filippa. **L´usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit**. Le Portique, n. 15, 2005.
- DINIZ, Ana Clara. **OS DIREITOS DAS CRIANÇAS NO ÂMBITO INTERNACIONAL: Uma perspectiva Soft Law e Hard Law**. Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior. V.8 N.2 Juiz de Fora. Jul/Dez de 2017. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/247>. Acesso em: 28 mai. 2022.
- EISEMANN, Pierre Michel. **The gentleman´s agreement comme source du droit international**. *Journal du Droit International*. 1979.
- FARIAS, Denise Fátima & FARIAS, James Magno Araújo. **Soft Law, Hard Law e os mecanismos de combate ao trabalho infantil e escravo no Brasil**. 2017. Disponível em: <https://portalfecomerciarior.org.br/arquivos/0.116460001559581456.pdf#page=90>. Acesso em: 01 out. 2022.
- FERNANDES, Ivan Filipe Almeida Lopes & CARDOSO, Luiz Fernando Paiva Baracho. **A política externa brasileiro o grupo dos Brics**. 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/leviathan/article/view/135212/131020>. Acesso em: 29 set. 2022.
- JÚNIOR, Haroldo Ramanzini. **Processo decisório de política externa e a coalizões internacionais: as posições do Brasil na OMC**. 2009. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-02032010-174055/publico/HAROLDO\\_RAMANZINI\\_JUNIOR.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-02032010-174055/publico/HAROLDO_RAMANZINI_JUNIOR.pdf). Acesso em: 30 set. 2022.
- KOLB, Robert. **Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : Théorie et philosophie du droit international**. Bruxelles, : Bruylant, 2003. pp. 58-59.



MAIA, Anderson Menezes. A *Soft Law* e as normas internacionais de proteção ao meio ambiente, in **Novas dimensões do Direito: uma perspectiva Soft Law**. 1ª Edição. Lisboa: Editora Chiado, 2016.

MONTEIRO, João Henrique Catraio. **O Brasil nas coalizões de geometria variável e os desafios da nova ordem global**. 2010. Disponível em: <https://revistahegemonia.emnuvens.com.br/hegemonia/article/view/57/37>. Acesso em: 28 set. 2022.

NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law**. São Paulo: Atlas, 2005.

NASSER, S. H. **Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

NETO, Walter Antonio Desiderá. **O lugar do mercosul na estratégia de cooperação sul-sul do governo lula (2003- 2010)**. 2014

NEVES, M. S. Soft Law. In: NASSER, S. H. **Fontes e Normas do Direito Internacional: Um Estudo sobre a Soft Law**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 251. ISBN 8522445265.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. **A importância do soft law na construção do direito internacional ambiental** In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Florianópolis. Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010.

PACHECO, Silvestre Eustáquio Rossi. **O fórum de diálogo ibas no marco das relações internacionais entre Brasil, Índia e África do Sul**. 2010. Disponível em: [http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_PachecoSER\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_PachecoSER_1.pdf). Acesso em: 30 set. 2022.

PEREIRA, Cleiton Luis Dornelas. **Brics 2006- 2016, emergência, convergência e assimetrias: os avanços e os desafios do Brasil após uma década de cooperação**.

2017. Disponível em: <https://repositorio.uninter.com/bitstream/handle/1/284/1193395%20-%20CLEITON%20LUIS%20DORNELAS%20PEREIRA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 out. 2022.

PORTELA, P. H. G. **Direito Internacional Público e Privado**. 10ª ed. rev. São Paulo: Ed. JusPodium. 2018. p. 205.

RIBEIRO, Ianna Caroline Brito Muniz. **Soft Law e Hard Law como caminho para afirmação do direito à proteção de dados**. Centro Universitário de Brasília, 2020, Disponível em: <https://ayresbritto.adv.br/soft-law-e-hard-law-como-caminho-para-afirmacao-do-direito-a-protecao-de-dados/>. Acesso em: 17 jun. 2022.

SANTOS, Bruna Silva. **As coalizões sul-sul e a política externa do governo Lula: o caso do Brasil no G-20 comercial**. 2011. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/40277/000826831.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 set. 2022.





SHELTON, D. *International Law and Relative Normativity*. In: EVANS, M. *International Law*. Oxford University Press, 2010. p. 160.

TAQUARY, Eneida Orbage Britto. **Fontes não codificadas do direito internacional**. 2004. Disponível em:  
<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/brazintl1&div=6&id=&page=>. Acesso em: 01 out. 2022.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Renovar. Rio de Janeiro. 2002.

LESME, Adriano. **G20 Financeiro; Brasil Escola**. Disponível em:  
<https://brasilecola.uol.com.br/geografia/g-20-financeiro.htm>. Acesso em 25 de setembro de 2022.

VAZ, Alcides Costa. **Parcerias estratégicas e as coalizões internacionais como referentes para o engajamento militar brasileiro**. 2018. Disponível em:  
<http://www.ebrevistas.eb.mil.br/CEEEArE/article/view/1597/1348>. Acesso em: 01 out. 2022.

VISENTINI, Paulo Fagundes. **O G-3 e o G-20: o Brasil e as novas coalizões internacionais**. 2009. Disponível em:  
<https://www.ufrgs.br/nerint/folder/artigos/artigo0644.pdf>. Acesso em: 02 out. 2022.

ZENI, Kaline. **A concertação política do ibas para a reforma do conselho de segurança da ONU**. 2013. Disponível em:  
[http://www.encontronacional2013.abri.org.br/resources/anais/20/1367850357\\_ARQUIVO\\_artigo-Abrilbas-final.pdf](http://www.encontronacional2013.abri.org.br/resources/anais/20/1367850357_ARQUIVO_artigo-Abrilbas-final.pdf). Acesso em: 02 out. 2022.



## VI. ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA: VERIFICAÇÃO DE FATOS NA REDE DE COMUNICAÇÃO INTERNET

Angélica Sabrina Amaro Leme<sup>1</sup>  
Taís Zanini de Sá<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 ATA NOTARIAL. 2.1 Origem Histórica. 3 A ATA NOTARIAL COMO INSTRUMENTO PROBATÓRIO. 4 A VERIFICAÇÃO DE FATOS NA INTERNET POR MEIO DA ATA NOTARIAL. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS. AGRADECIMENTOS.

**RESUMO:** Este artigo tem o objetivo de analisar as perspectivas da Ata Notarial, a partir da admissão pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, que a transformou em meio de prova judicial típica, corroborando com o papel desenvolvido por Cartórios e Tabelionatos de Notas, bem como de Tabeliães e Escreventes no cumprimento das garantias constitucionais, e da ação judicial. A admissão no atual Código, visa dar celeridade na preservação da prova, sob o risco de perda no tempo, e assim, proteger possíveis direitos ao recorrer ao Juízo. Também procura verificar as limitações à ata notarial, no que se refere à sua elaboração e utilização, perante os meios de provas tradicionais, já previstos. Portanto, a pertinente análise sobre o desenvolvimento histórico e as origens da atividade notarial, torna-se útil, para todas as pessoas interessadas nesse meio probatório, sejam Tabelionatos e Cartórios, membros da justiça, de modo a popularizar a Ata Notarial sob as prerrogativas na Constituição Federal de 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ata Notarial; Tabelionato, instrumento probatório, Internet, meio de prova.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the perspectives of the Notarial Minutes, from the admission by the New Code of Civil Procedure of 2015, which transformed it into a means of typical judicial evidence, corroborating the role played by Notaries and Notaries, as well as Notaries and Clerks in the fulfillment of the constitutional guarantees, and the judicial action. Admission to the current Code aims to speed up the preservation of evidence, at the risk of loss in time, and thus protect possible rights when appealing to the Court. It also seeks to verify the limitations of the notarial act, with regard to its formation and use, in view of the traditional means of evidence, already foreseen. Therefore, the pertinent analysis of the historical development and origins of the notarial activity, becomes useful, for all the people interested in this evidentiary means, whether Notaries and Notaries, members of justice, in order to popularize the Notarial Act under the prerogatives in the Federal Constitution of 1988.

**KEY-WORDS:** Notarial Minutes; Notary, evidentiary instrument, Internet, evidence.

<sup>1</sup> Graduanda do Curso de Direito da FAC, cursando o 5º Ano - e-mail: angelicasabrinaamaro@gmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Direitos da Personalidade pela Unicesumar, Maringá/PR. Especialista em Direito do Estado e Relações Sociais pela PUC - Campo Grande/MS. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera. Especialista em Direito Constitucional pela UNIFIA. Especialista em Docência do Ensino Superior pela UDC. Graduanda em Teologia Interconfessional pela Uninter. Professora Universitária. Advogada. Mediadora extrajudicial e judicial.



## 1. INTRODUÇÃO

O intuito deste trabalho é apresentar o instrumento público da Ata Notarial como espécie típica de prova judicial, a luz do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2005). Esta ferramenta foi promovida pelo direito brasileiro, que assegura as partes a busca de qualquer meio de prova, para fundamentar seus processos. Mas apesar disto, o exercício do direito constitucional de produção de provas ainda não tem a difusão necessária na sociedade de modo geral.

Muitas pessoas desconhecem a vantagem da utilização o método da ata notarial, para registrar determinadas situações e fatos que ocorrem em eventos que possivelmente acarretam *cases* jurídicos.

Há situações que a descrição narrativa realizada pelo interessado, de forma isenta e precisa, pode comprovar para o magistrado, que os elementos presentes são convictos de veracidade. Com a expansão das tecnologias relacionadas a imagens e sons (como câmeras de filmagens, fotográficas e celulares), houve-se vasta contribuição para referendar fatos em juízo. Ademais, estes arquivos podem ser anexados e constar no documento da Ata Notarial. Neste interim, a Ata Notarial usada como meio de prova, torna-se fundamental para o cumprimento dos direitos constitucionais, isto é, sendo bem construída a narrativa presente no documento, desde que minuciosa e imparcial, apresenta os benefícios das provas pessoais, ao ser formulado pela pessoa com a plena amplitude interpretativa, e possui um potencial extremamente sólido no processo em que se refere.

Diante disto e em busca de agilizar e dar celeridade aos processos, pretendeu o novo Código de Processo Civil empregar a credibilidade e a fé pública dos notários, e assim estabelecer a economia processual em novos processos. Portanto, o presente artigo busca apresentar os elementos inerentes da ata notarial, desde sua conceituação, origens e formação histórica, e os motivos que conduzem a tornar-se uma prova típica, prevista no novo Código de Processo Civil.

O procedimento a ser realizado para atingir os objetivos deste trabalho, ocorrerá através de pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa, tendo como principal foco abranger e ajudar a melhorar a compreensão e o conhecimento a respeito do tema.

## 2. ATA NOTARIAL

A Ata notarial é um instrumento público no qual o tabelião, a partir do requerimento da pessoa interessada, lavra um documento formal com base no relato fiel da parte sem emitir opinião ou juízo de valor, podendo ser usada como prova pré-constituída para ser usadas no âmbito judicial, extrajudicial e administrativo, exprimindo fé pública, em tudo que foi relatado, e retransmitindo para os livros de notas (IPIENS, p. 176 *apud* CARRARO, 2005).

Ressalta-se a afirmação de Alberto Bittencourt Cotrim Neto, ao citar a lição do ilustre notário peruano Oscar Vallejo Yañez, que descreve a natureza do poder notarial, como:

*O poder certificante do notário é uma faculdade que a lei lhe dá para, com sua intervenção, evitar o desaparecimento de um fato antes que as partes o possam utilizar em proveito de suas expectativas. A fé pública é, em todo o momento do negócio jurídico, o caminho mais efetivo para a evidência (...). Tudo se reduz à intervenção notarial que, com sua presença ou sua*



*atuação, soleniza, formaliza e dá eficácia jurídica ao que ele manifesta ou exterioriza no instrumento público, seja este escriturado ou não. Isto se relaciona, também, com o poder certificante do notário, o que permite às partes em forma voluntária, escolher a forma e o modo de resolver seus negócios (...); neste caso, como afirma Gatán, a função notarial pode considerar-se como jurisdicional. O notário, dentro de sua ampla gama de faculdades, logrará, com sua intervenção, estabelecer a prova pré-constituída, que há de servir de pauta legal, no momento em que seja necessário solicitá-la (YAÑEZ, apud NETO, Alberto B.C., 1974, p.149).*

O eminente doutrinador peruano, reafirma a defesa da Ata Notarial por sua natureza, já que o notário "constata, verifica, escuta, vê, observa" (YAÑEZ, apud NETO, Alberto B.C., 1974, p.149), e assim preserva o que foi dito, e constata a verdade do momento, e procura traduzir com fidelidade para o papel, e assim, expressar os desejos do interlocutor envolvido. *In verbis:*

*Quero dar a maior importância às atas notariais, como instrumento público em sua mais alta validade; têm mais simplicidade que o instrumento formal, vale como a escritura propriamente dita, e há de servir em juízo, na oportunidade de se estabelecerem os direitos, de se abreviarem procedimentos de partagem, e de outros trâmites relacionados com as pretensões de quem tem o justo direito, muitas vezes, aliás, turvado no seu aspecto de verdade. As atas notariais, conforme o direito espanhol tem por objeto a comprovação e fixação de fatos notórios, sobre os quais poderão ser fundados e declarados direitos e qualidades com transcendência jurídica (YAÑEZ, apud NETO, Alberto B.C., 1974, p.149).*

Isto posto, cabe destacar o entendimento que o tabelião ao cumprir a função de registrar os fatos narrados em um instrumento público, torna-se também autor elaborador e autor intelectual do documento, e usando de seus sentidos para isto. Ou seja, a parte interessada no documento (autor mediato), e o tabelião responsável (autor imediato) coincidem para um objetivo, que é a correta transcrição dos fatos (CARNELUTI, 1947 apud BLOCK, 2014). Portanto, essencialmente, a Ata Notarial é um instrumento público conhecido, que parte da provocação de uma pessoa interessada, perante um tabelião, ao narrar um fato jurídico ocorrido, em que o notário responsável documenta o episódio, procurando descrever a totalidade do acontecimento a partir do caso narrado, da perspectiva de seus sentidos, na sua memória e competência de relatar do agente notarial, mas em colaboração entre as partes, seja do autor interessado ou do tabelião responsável.

## 2.1. Origem Histórica

Há documentos relatando sobre o surgimento da ata notarial, sendo elaborada por um profissional sobre isto nas civilizações suméria e egípcia, assim como, em passagens na Bíblia sobre o papel dos Escribas do povo judeu. Com o tempo, foi sendo formatado um profissional mais próximo da atualidade, quando as civilizações vão se expandindo e evoluindo culturalmente. Neste caso, os Direitos Gregos e Romanos fundamentam as bases atuais do direito latino que doutrinam o direito brasileiro. (LINS, 2009, p.15).



Posteriormente em Roma, com a expansão do império e conquista de novos povos e territórios, os imperadores e burocratas viram a necessidade instituir funcionários públicos, e assim preservar e garantir as leis romanas na capital do império, ou em lugares distantes. Surgiu assim a figura do “*notarius*”, “*argentarius*”, “*tabularius*” e o “*tabellio*”. Os “*notarius*”, o equivalente ao atual taquígrafo, responsável por escrever sinais e notas de maneira gráfica rapidamente, bem como, atas em assembleias e reuniões políticas. Já no caso dos “*argentarius*”, eram indivíduos que exerciam a função parecida com a dos banqueiros, realizando empréstimos em dinheiro para particulares entre outros contratos particulares (BRANDELLI, 2009, p.7).

No caso do “*tabularius*” tinham o encargo similar ao de um contador público, pertencendo-lhe a direção dos censos, escriturações, e se identificam também, com os registradores civis de pessoas naturais e imóveis atuais, já que, estavam encarregados da preservação dos registros hipotecários, nascimento, contadoria pública, inventários públicos e particulares (LINS, 2009, p.15). Por sua vez, o “*tabellio*” era oficial público desassociado do Estado e especialista em direito, atuando no setor privado em áreas de negociação, auxiliando clientes na manifestação em documentos, sejam contratos ou testamentos. Apesar de possuir o poder de autenticação baseado em sua fé pública e, por conseguinte, é a origem presumível dos atuais notários (BRANDELLI, 2009, p.9).

A partir do Império Bizantino, o Imperador Justiniano I criou o *Corpus Juris Civilis* (Corpo de Direito Civil) em 529 A.C., e assim preservar a herança do direito romano, e desta forma reestruturar a legislação que foi mantido após a dissolução do antigo império. No Código de Justiniano existem as primeiras instruções notariais, sejam eles, prestar um serviço profissional, o auxílio de tabeliães para com os escreventes, o lugar de exercício do trabalho, a característica dos papéis nos quais devem ser lançados os atos, a necessidade de solicitação da parte ao tabelião quanto ao serviço a ser realizado, anotações prévias que captam a vontade, redação documental, subscrição e autorização, o número de testemunhas e declarações indispensáveis ao ato válido (FERREIRA, 2018, p. 24).

A partir da fundação do Estado Português no século XIII, o monarca Dom Diniz editou o primeiro estatuto com as atribuições do tabelião português, baseadas na Lei das Sete Partidas, feita em 1263 pelo monarca espanhol Dom Afonso X, que eram similares as disposições de Justiniano. Após o Estatuto de Dom Diniz, se seguiram as Ordenações Afonsinas de 1446, manuelinas de 1521, Filipinas de 1603 (FERREIRA, 2018, p. 26).

O Brasil, oficialmente, não possui um Estatuto Notarial, como existem na Espanha e França, por exemplo, o que acarreta no uso de outras fontes legais do direito Brasileiro, e assim fundamentar os preceitos legais que se aplicam aos notários (FERREIRA, 2018, p.31). Cite-se, a primeira lei que trata das escrituras públicas, Lei nº 7.433/1985 e o Decreto regulador nº 93.240/1986. O embrião para o estabelecimento legal veio da Constituição Federal de 1988, mais especificamente no art. 236º, § 1º:

*Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. § 1º: Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário (BRASIL, 1988, s/n).*



Na atualidade, a primeira jurisprudência no direito brasileiro sobre as Atas em questões judiciais, ocorreu a partir de provimentos da Corregedoria Geral de Justiça, no Estado do Rio Grande do Sul, em 1990. Após tornar-se um modelo aplicável em um estado da Federação, em 1994, foi integrado a Lei 8.935/1994, ou Lei dos Cartórios.

Na lei dos cartórios afirmou-se a responsabilidade e autoridade pública atribuída pela legislação aos serviços notariais, como afirma o art. 1º “Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos” (BRASIL, 1994, s/n). Pode-se salientar também que, o cumprimento da função notarial efetiva o caput do art. 37º da Constituição Federal de 1988, a saber, “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]” (BRASIL, 1988, s/n).

Quanto a legalidade – trata sobre os parâmetros formais e lícitos presentes no documento; da impessoalidade – o tabelião obedece ao princípio de ser isento e equânime; de moralidade – do respeito a função, e posturas honestas; de publicidade – em que todos os atos são públicos e transparentes; de eficiência – quanto a celeridade dos atos, e eficácia.

Com esta normatização, foi atribuído aos notários a exclusividade de lavratura das Atas, como descreve o art. 6º da Lei 8.935/1994, *in verbis*:

*Art. 6º. Aos notários compete: I – formalizar juridicamente a vontade das partes; II – intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; III – autenticar fatos (BRASIL, 1994, s/n).*

E aos tabeliões, além das atas, no art. 7º da Lei 8.935/1994, a exclusividade de lavratura de escrituras, procurações, entre outros:

*Art. 7º. Aos tabeliões de notas compete com exclusividade: I – lavrar escrituras e procurações, públicas; II – lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados; III - lavrar atas notariais; IV – reconhecer firmas; V – autenticar cópias. **Parágrafo único.** É facultado aos tabeliões de notas realizar todas as gestões e diligências necessárias ou convenientes ao preparo dos atos notariais, requerendo o que couber, sem ônus maiores que os emolumentos devidos pelo ato (BRASIL, 1994, s/n).*

Destaca-se, que, desde o Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/1973), a Ata Notarial já era admitida como meio de prova, mas atípica, isto é, não estava expresso na norma, mas foi sujeitado ao regime de documentos públicos do art. 364º que “O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença” (BRASIL, 1973, s/n).

Após a lei dos Cartórios, foi incorporado em 2015 ao novo Código de Processo Civil esta responsabilidade a Ata Notarial, por ter credibilidade, graças a fé pública do notário, além de contribuir com a celeridade da resolução judicial, e também, da economia processual inerente a todo ato jurídico. Antes, por ser algo subjetivo, o art. 364º do CPC de 1973, acabava por impedir a promoção e divulgação deste método probatório para uso da população em geral.



Com a revisão e promulgação de uma nova lei processual civil de 2015, foi publicado um artigo em específico sobre a ata notarial, o art. 384º, *in verbis*:

**Art. 384.** *A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. **Parágrafo único.** Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial (BRASIL, 2015, s/n). Cabe enfatizar a importância do parágrafo único, presente no art. 384º, que destaca os dados por imagens e sons, que são arquivados eletronicamente que são anexados, e assim corroborar com a veracidade da ata notarial. Deste modo, o fato atual trazido pelo CPC de 2015, eleva a importância da Ata Notarial, atingindo sua maior distinção no direito brasileiro, e deixando de ser um elemento puramente burocrático.*

### 3. ATA NOTARIAL COMO INSTRUMENTO PROBATÓRIO

O direito brasileiro, mais especificamente, o sistema processual, opera mediante ao definido constitucionalmente, na preservação de garantias e princípios do Estado Democrático de Direito, assegura as partes o direito à prova, podendo ser usado em atos jurídicos sejam eles quais forem. Esses princípios estão detalhados no Código de Processo Civil, mais precisamente no art. 369º, onde se estabelece que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos” (BRASIL, 2015, s/n).

Já na Constituição Federal, o direito à prova integra o conjunto de garantias do justo processo fixado por meio dos princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo que a observância destes princípios é resumida pela garantia do devido processo legal, como descreve o art. 5.º, incisos LIV e LV:

*LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; 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, s/n)*

Portanto, e sob o ponto de vista do modelo processual constitucional, o direito à prova é a possibilidade de acesso às fontes e de utilização dos meios de prova, desde que tal atividade não resulte na descaracterização do justo processo. Cabe destacar que a recepção do judiciário brasileiro, principalmente de Advogados e Notários, era baseada no profundo desconhecimento, de como funcionam ou se aplicam as atas notariais, o que é facilmente comprovável pela insipiente jurisprudência sobre o tema em Tribunais de Justiça brasileiros.

Desde o funcionamento do Código de Processo Civil de 1973, a presença das atas notariais nunca foi limitada, visto que, mesmo sendo prova atípica a legislação brasileira aceitava desde que obtidos lícitamente. Ou seja, a teoria dos frutos da árvore envenenada:

*Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação [...]. A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo*



*vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal (STF, 2007, on-line).*

O conceituado doutrinador Cassio Scarpinella Bueno, ao tratar sobre a diferenciação entre provas típicas ou não, afirma que:

*De resto, não há razão para sustentar a existência de qualquer hierarquia entre os diversos meios de prova expressamente admitidos (“provas típicas”) ou não rejeitadas pelo direito brasileiro (“provas atípicas”). O que ocorre, por vezes, é que a própria lei material exige, como prova da existência de um ato ou fato jurídico, um específico documento (um instrumento pré-concebido para fazer prova do ato ou fato no futuro) e, conseqüentemente, os demais meios de prova não têm o condão de comprová-lo (BUENO, 2000, p. 276 apud BLOCK, 2014).*

Ou seja, o que Bueno atesta é que, no momento do processo judicial, um fato jurídico cuja presença para a resolução do conflito só será finalizada, com a sustentação de um documento específico, independentemente, de ser uma prova típica ou atípica. Este cenário termina por deslegitimar a hierarquia de provas, demonstrando que um instrumento público como a ata notarial tornara-se uma fonte importante para o sistema judiciário brasileiro. Com o estabelecimento da Ata Notarial como prova típica, este quadro já está superado. Por outro lado, a utilização deste instrumento público em juízo é pouco usada, e não ofende o direito processual e o ganho nesta conjuntura é a admissão no direito processual brasileiro quanto a meios de prova pré-constituídos, como neste caso da prova documental.

Assim sendo, o notário tem a autoridade de autenticar os fatos jurídicos, naturais ou voluntários, seja para registrar um fato solicitado por uma parte, problemas locatários, assembleias de condomínios entre outros. No primeiro caso acarretará possivelmente em consequência jurídica, e no segundo um fato voluntário que pode servir de prova a um interessado nos problemas tratados. Diferentemente da sua quase irmã escritura pública, que registra atos jurídicos, a ata notarial registra fatos jurídicos, e esta gama imensa de fatos, sejam naturais ou voluntários, acarreta na tomada de consciência dos notários sobre a importância dessa competência para autenticação (NETO, Amaro M.S., 2004, s/n).

Apesar de não autorização de transferir sua função a outra pessoa, pode designar um substituto, e assim, representa-lo em situações de ausência. Esse destaque é importante, devido ao fator de agilidade e eficiência que a função notarial contribui para o processo judicial. A parte interessada em uma ata, por exemplo, terá sempre disponível um responsável com fé pública para atender, e desta forma, contribuir com a celeridade e cumprimento do objetivo proposto. Se a solicitação do interessado é legítimo ou não, cabe ao processo judicial, mediante sentença transitado em julgado, para avaliar a qualidade probatória admitida, cabendo ao notário não o julgar, salvo em situações de ilicitude.

O instrumento da Ata notarial, não possui nenhum impedimento formal para ser usado como prova judicial, além de possuir força probante, por ser dotado de fé pública. Apesar disso, este instrumento não possui aceitação unânime no Judiciário brasileiro, revelando um certo desdém de membros da área jurídica, com a função dos tabeliães. O que surpreende de desprezarem a atuação notarial já é exercida em diversos instrumentos públicos, já aceitos como provas pelo Poder Judiciário, como testamentos e escrituras, inclusive exigido legalmente, no que tange a presunção de verdade e virtude da fé pública. Isto posto, a fé





pública do tabelião será relativizada apenas em juízo, após intenso debate, admitindo o direito ao contraditório a parte oposta. Para o prestigiado doutrinador Walter Ceneviva, afirma que:

*[...] a fé pública não é um fato social de que um ato ou uma circunstância sejam aceitos por bons pela comunidade. Pública, nessa expressão clássica, não se refere a um conjunto expressivo de pessoas. Reporta-se ao direito público, cujos preceitos qualificam e justificam a fé, em documento, tendo-o por autêntico, seguro e apto a produzir efeitos de direito. Para que estes efeitos sejam acolhidos é imprescindível que a lei assim os reconheça: a união jurídica e exegética entre o substantivo (fé) e o adjetivo (pública) depende de que o Poder Público, através de processo legislativo apropriado, assim o declare. Desse modo, é possível afirmar que a fé pública, na consideração aqui dada, corresponde apenas à consequência jurídica da presunção da verdade que faz do documento a prova do fato ao qual se referia. A prova do fato oposto incumbe a quem o alegue (GENEVIVA, 2004, p. 110 apud BLOCH, 2014).*

Com o desenvolvimento das redes de tecnologia, internet, e de uma sociedade hiperconectada, uma gigantesca massa de documentos e contratos são realizados pela via digital diariamente. Apesar disto, a necessidade de atestar, comprovar a integridade, dar veracidade, ou atribuir autenticidade, os profissionais da área jurídica, além de pessoas físicas e jurídicas, podem ainda se valer da Ata Notarial para o cumprimento destas prerrogativas (RODRIGUES, 2003, p. 3).

Ademais, outros fatos costumeiros na sociedade, podem ser incluídos no uso das atas notarias, vide a validação de conteúdos on-line (e-mails), proteção de endereços eletrônicos (IPs de computadores e celulares), criptografia, debates e assembleias (condomínios, reuniões empresariais), registro de visitação regulamentada (casos de família, ação de alimentos), desrespeito à lei do silêncio (casas e apartamentos), registro dos atos de um contrato de locação, entre outros. Para William Santos Ferreira:

*[...] adoção da chamada 'ata notarial' em que, solicita-se a um Tabelião (Cartório de Notas) a lavratura de uma ata em que, pelo computador do notário, são acessados endereços eletrônicos indicados pelo requerente do serviço notarial, e há o relato do dia, horário, conteúdo, imagens e até filmes, tudo descrito pelo Tabelião, cujas declarações do que ocorreu diante dele, por terem fé pública, agregam fortíssima carga de convencimento à prova exibida em juízo, transferindo o ônus da prova à outra parte, o que particularmente em nossa atividade profissional (a advocacia), vem sendo muito útil, eis que admitido judicialmente e raras vezes questionado o fato pela parte contrária." (FERREIRA, 2014, p.84 apud ALVIM; MOREIRA, 2018).*

Apesar disto, a presunção de veracidade presente nas atas notariais, sempre será relativa diante do processo judicial, e também comporta o contraditório e todos os meios probatórios realizados pela parte oposta. Mas, espera-se que, com a adoção popular, como meio de prova típica, a comunidade jurídica possa aumentar a aplicação das atas notariais, e visar o cumprimento das exigências sociais adequadas, e alcançar uma ação jurisdicional mais precisa. Por fim, a ata notarial admitida em juízo, ao ser elaborado em conformidade com os aparatos legais adequados, que possibilitam a lavratura do instrumento, sob o aspecto jurídico



formal, não agride os princípios primordiais de uma relação jurisdicional, isto é, do contraditório, da ampla defesa, e o devido processo legal. Desta forma, a ata notarial, proporciona o registro e preservação do fato jurídico, com detalhes e de modo confiável. Em suma, trata-se de um instrumento precioso para a sua utilização no quadro fático-probatório em processos judiciais.

#### 4. A VERIFICAÇÃO DE FATOS NA INTERNET POR MEIO DA ATA NOTARIAL

A ata notarial é um excelente instrumento como meio de prova, pois contém a segurança inerente da fé pública notarial. Também opera como prevenção de litígios futuros – essa é a sua essência, a ata possui a finalidade de constituir prova.

Muitas pessoas procuram os Cartórios, para captura das imagens, desgravação de audíos entre outros, métodos para a verificação dos fatos, para que possam provar algo, se defenderem em processos, ou até mesmo processando requerendo produção antecipada de provas.

Essa espécie de ata Notarial, ainda não está formalmente prevista na doutrina tradicional, porém sua utilização tem adquirido grande relevância. Nesse sentido, Ângelo Volpi Neto (2015), destaca que, o objetivo primordial da ata de Internet, é transcrever uma informação que se encontra em meio digital, ou seja, na internet, para o papel, vez que o conteúdo publicado na rede mundial de computadores é transitório, caso essa publicação seja excluída o instrumento confeccionado poderá ser utilizado como prova.

As aplicabilidades deste tipo de Ata são as mais diversas possíveis, e desta forma a Ata de Internet constitui valoroso instrumento apto a comprovar lesões e até mesmo ilícitos penais, cometidos por meio da rede mundial de computadores, como aponta Volpi Neto (2015).

De acordo com Ângelo Volpi Neto e Epaminondas Rosa Jr., a ata notarial de documentos da internet objetiva demonstrar, além do conteúdo, a disponibilidade daquele documento em ambiente público online. (ROSA Jr.NETO, 2001). Trata-se, nesse caso, de Ata de Notoriedade, uma vez que, nas palavras do Notário do 7º Tabelionato de Notas de Curitiba:

*[...] Reclama uma investigação notarial acerca da publicidade do fato, ou seja, além do notário certificar a existência do fato, versa sobre o domínio público daqueles conteúdos abrangidos pela internet. Esse tipo de documento destaca-se também pelo fato de que 27 transpõe uma informação que se encontra em meio eletrônico para o meio papel. O tabelião, ao fazê-la, deve preferencialmente imprimir a página da internet por completo, inclusive com as imagens, e, se for o caso, repetir e comprovar as rotinas implementadas. Ou seja, se há desvios para outros endereços, espaços para interoperabilidade [...] (2001, p. 39).*

Nas atas lavradas para a verificação de conteúdos de sítios eletrônicos, o local da ata é o local do acesso à rede mundial. Um tabelião de notas do Paraná, por exemplo, pode fazer a verificação de uma página virtual da cidade de Fortaleza/CE, ou de qualquer lugar do Brasil ou do exterior, estando em Maringá/PR, por exemplo.

É importante ressaltar que a na elaboração da ata, a indicação do local de acesso ao meio eletrônico deve ser feita de forma bem objetiva e clara, quais sejam, a indicação do local da sede do tabelionato e o local da verificação dos fatos, a página de acesso de onde ela é. Este último merece mais atenção e sua indicação deve ser feita da forma muito detalhada, com



indicação de pontos de referência e até mesmo com cópia do arquivo ou prints de fotos do momento da captura para a verificação.

Sendo assim, é possível apontar como requisitos essenciais para a lavratura das atas notariais de internet: a) redação em língua nacional e clara, à técnica narrativa da ata notarial, deve ser observado o art. 215, IV, do Código Civil e, por analogia, o tabelião deve cuidar para que os fatos apareçam de forma clara e objetiva; b) requerimento ou solicitação de parte interessada; c) análise da capacidade para solicitar a lavratura da ata notarial, tanto da pessoa física quanto da pessoa jurídica, bem como sua correta identificação; d) data e local da lavratura da ata de forma bastante precisa e clara; e) uso de técnica narrativa objetiva, simples, e de fácil entendimento, a linguagem deve ser simples o suficiente para ser entendida por qualquer pessoa e conter os elementos jurídicos necessários para garantir a validade e eficácia do instrumento; e, e) como último requisito essencial da ata notarial, esta deve ser lida para todas as partes interessadas e testemunhas, se houver, pelo tabelião em voz alta, ou pelas próprias partes individualmente e, na sequência; f) a assinatura do tabelião ou preposto de notas autorizado.

É interessante destacar que é aceitável e possível realizar a lavratura de duas atas da mesma verificação para o mesmo interessado ou um solicitante diferente, e, também que a verificação do tabelião, é a de um homem de conhecimento comum, e não de um especialista e, por esta razão, quando necessário, é possível a participação de peritos ou técnicos às custas do solicitante ou interessado.

Seguindo ainda, interessa apontar que a ata notarial pode conter elementos gráficos como imagens (fotos, prints), e documentos em cores impressos diretamente em seu corpo. Ademais, o tabelião deve recusar a lavratura da ata se o solicitante atuar ou pedir-lhe que aja contra a moral, a ética, os costumes e a lei.

Portanto, na ata notarial de internet, o tabelião verifica o assunto de uma página da internet que ele próprio acessa a pedido da parte interessada, de preferência, no computador do tabelionato de notas, e descreve tudo aquilo que verifica no acesso, data, horário e o endereço eletrônico completo da página acessada.

O tabelião ou preposto responsável pela elaboração da ata, pode incluir ademais a imagem da página acessada na notarial ou as figuras presentes na página virtual, figuras essas que são indispensáveis para entendimento do conteúdo narrado na ata.

A ata da internet é utilizada constantemente para a averiguação de práticas como calúnia, injúria, difamação ou o uso de linguagens que possam demonstrar ofensa à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição.

Neste conjuntura, a justiça do Estado de São Paulo, já indicou o uso da lavratura de ata notarial no processo nº 0025682-65.2011.8.26.0003, conforme é possível observar no julgado abaixo:

*Procedimento Ordinário – Direito de Imagem – Manoela Homrich Klein – Icepex – Instituto de Certificação Para Excelência na Conformidade – Vistos. A autora afirma categoricamente que jamais autorizou a ré a usar sua imagem. Em se tratando de modelo profissional que participa de campanhas publicitárias da Anna Pegova (fls. 25/26), chega a ser intuitivo que Manoela pode sofrer prejuízos de vulto se for mantida a divulgação de sua imagem na Internet, vinculada a sessões de drenagem e outros serviços de beleza pelo preço de R\$ 39,90 (v. fls. 27 – página impressa*



*extraída do sítio que a ré mantém na Rede Mundial de Computadores). ANTECIPO EM PARTE A TUTELA para determinar à Icepex (“Cesta Cheia”) que suspenda a divulgação da imagem da autora no prazo de 24 horas, sob pena de responder por multa diária de dez mil reais. **Para demonstrar violação do decisum ora proferido, Manoela deverá providenciar a lavratura de ata notarial em que constem: a) data(s) e horário(s) de acesso à página eletrônica; b) endereço da página visitada; c) conteúdo da página.** Isto por certo evitará futuro dissenso sobre ter ou não a ré cumprido a tutela antecipada (e, portanto, dever ou não a multa cominatória fixada). Expeça-se ainda hoje mandado de citação/intimação da demandada. Rito comum ordinário. Resposta em 15 dias. Int. São Paulo, 04 de outubro de 2011.*

Outro exemplo de Ata, é a Ata de verificação de mensagem eletrônica, ou seja, email, neste modelo de ata, o tabelião é procurado pela pessoa interessada em que seja constatada a existência de uma mensagem eletrônica, conhecida como e-mail, e que tal constatação seja descrita em ata notarial.

Para isso, o prudente é que o interessado compareça ao tabelionato e acesse sua conta de e-mail no computador do tabelionato, digitando sua senha de acesso, que não deve ser mencionada ao tabelião, para que, a partir daí, seja verificado e capturado o conteúdo da mensagem de e-mail em questão, através de prints.

É muito fácil fraudar o conteúdo de mensagens eletrônicas, por isso é importante destacar que o fato de constar em ata não torna o conteúdo da mensagem verídico, mas torna autêntica a constatação de que em determinada data e horário e acesso ao endereço eletrônico existiu aquela mensagem com aquele assunto ou conteúdo específico. Por vez é interessante que um técnico em informática acompanhe a elaboração deste tipo de ata, para que sejam descritos também os elementos técnicos que viabilizem uma possível perícia futura, caso exista a suspeita de fraude nos caracteres da mensagem eletrônica. A presença desse técnico, entretanto, não é obrigatória e muito menos frequente na prática notarial. Por esta razão, é de suma importância que o tabelião ou o preposto autorizado tenham algum conhecimento sobre informática e saibam constatar ao menos o protocolo de internet, do emissor da mensagem para facilitar uma futura verificação de fraude.

## 5. CONCLUSÃO

Abordou-se a respeito da importância da ata notarial como instrumento público para o uso de profissionais da área do direito, e também da sociedade em geral, tornando-se essencial neste novo cenário do sistema jurídico brasileiro como força probatória para o resguardo de direitos futuros.

Com a inserção da ata notarial no CPC/2015, espera-se que um maior número de operadores do direito e pessoas interessadas passe a tomar conhecimento desse meio de prova e utilizá-lo a seu favor, tanto como meio de prova dentro dos processos quanto como um elemento de incentivo nas autocomposições extrajudiciais e pacificação social.

Podemos observar que o sistema trazido pela Constituição de 1988 é a melhor configuração da função notarial, atendendo a princípios democráticos que visam o alcance de outros de igual relevância como a eficiência do serviço público.



Sendo assim, este trabalho, procurou contribuir para a promoção e debate da intensificação do uso das atas notariais, e demonstrar para a sociedade a competência e aptidão dos Cartórios e Tabelionatos, como um benefício na resolução de conflitos que o instrumento notarial representa. A relevância e o conhecimento deste instrumento público, bem como, a sua divulgação para o público em geral, ainda decorre de uma campanha mais aplicável, reconhecendo que a ata notarial, apesar de ser uma prática recente no notariado brasileiro, tem seu mérito jurisdicional.

Outra questão relevante é a Lei nº 8.935 de 1994, ou mais conhecida como Lei dos Cartórios, responsável por estabelecer a lavratura de atas como dever privado dos Tabelionatos, o que era um instrumento pouco praticado dentro do meio notarial. O reconhecimento da sociedade em geral, e principalmente, do poder judiciário, sobre a atuação dos notários e tabeliães pode ser considerado muito positivo, e esta valorização tende a trazer benefícios em dezenas de áreas jurídicas. Com os entraves burocráticos inerentes ao judiciário, e eventualmente, incapaz de atender as demandas sociais, aflora a importância das atas notariais de desempenhar a função de auxiliar na produção de provas, e acudir a sociedade na busca do sonhado equilíbrio social.

Apesar de ser um importante meio de prova, a ata notarial não se sobrepõe aos outros meios típicos de prova previstos pelo Código de Processo Civil e mesmo acobertada pela presunção de veracidade, deve ser sempre valorada pelo juiz quando utilizada como meio de prova dentro de um processo. É substancial o ato de um profissional dotado de fé pública, visto que, possui competência formal para lavratura e credibilidade junto a sociedade para demonstrar em um fato jurídico narrado, que pode auxiliar os cidadãos, em caso corriqueiros e, eventualmente, processos judiciais. Portanto, averiguou-se que a ata notarial sendo usada juridicamente, pode tornar-se abrangente. E com os avanços para promover a celeridade na justiça, que estão presentes no novo Código de Processo Civil de 2015, este instrumento de produção antecipada de provas, se converte em um elemento eficaz, resultando em processos mais dinâmicos e menos onerosos para o jurisdicionado. Diante do apresentado, fica evidente que a ata notarial tem uma série de aplicações, sendo importante instrumento público na pré-produção de provas.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Rafael; MOREIRA, Felipe. **Ata Notarial como meio de prova típico no novo CPC**. 2018. Disponível em: <https://cpcnovo.com.br/blog/novo-cpc-ata-notarial-como-meio-de-provatipico/>. Acesso em: 14 mar. 2022.

BLOCH, Francisco dos Santos Dias. **Ata notarial como meio de prova judiciária**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, nº 4076, 29 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31377>. Acesso em: 14 mar. 2022.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988 / Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 mar. 2022.



\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869 de 11 jan. 1973. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado, 1973 / Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm). Acesso em: 14 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.935 de 18 nov. 1994. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei dos Cartórios**. Brasília, DF: Senado, 1994 / Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm). Acesso em: 14 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105 de 16 mar. 2015. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado, 2015 / Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 15 mar. 2022.

CARRARO, Suelene C. C. **A ata notarial como prova no processo civil**. Disponível em: [http://www.pesquisadireito.com/a\\_ata\\_not\\_c\\_prova.htm](http://www.pesquisadireito.com/a_ata_not_c_prova.htm). Acesso em: 15 mar. 2022;

FERREIRA, Paulo R.G. **Tabelionato de notas: Vol. 1 – Teoria geral do direito notarial e minutas** / Paulo Roberto Gaiger Ferreira e Felipe Leonardo Rodrigues 2.ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Coleção Cartórios / coordenador Christiano Cassettari).

LINS, Caio Mário de Albuquerque. **A Atividade Notarial e de Registro**. Companhia Mundial de Publicações, 2009.

NETO, Alberto B.C. **O aperfeiçoamento do notariado brasileiro: essencial para o aperfeiçoamento da justiça**. Revista de informação legislativa. Vol. 11, n. 44, p.143-152, out/dez 1974. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180858>. Acesso em: 22 abr. 2022.

NETO, Amaro M. e S. **Ata Notarial: Conceito e Generalidades** de 20 dez.2004. Disponível em: [https://anoreg.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3516:imported\\_3484&catid=54&Itemid=184](https://anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3516:imported_3484&catid=54&Itemid=184). Acesso em: 14 mar. 2022.

PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Curitiba, 2022. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br>. Acesso em: 1 ago. 2022.

ROSA JR., Epaminondas, **Comércio Eletrônico - Direito e Informática. VOLPI NETO**, Ângelo. Ed. Juruá. 2001.

RODRIGUES, Felipe L. **Ata Notarial possibilita a produção de provas com fé pública do Tabelião no Ambiente Eletrônico**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17479-17480-1-PB.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2022.

STF. RECURSO ESPECIAL: **RHC 90376 RJ**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 03/04/2007. Jus Brasil, 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729128/recurso-em-habeas-corpus-rhc-90376-rj>. Acesso em: 16 mai. 2022

VOLPI NETO, Ângelo. **A vida em Atas Notariais**. Disponível em: <http://www.volpi.com.br/conteudo>. Acesso em: 20 ago. 2022.



## VII. BRASIL E FRANÇA: JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

Raessa Alanes de Oliveira Vares<sup>1</sup>  
Caio Henrique Lopes Ramiro<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 O DIREITO ADMINISTRATIVO. 2.1 Principais Particularidades Sobre a Formação do Direito Administrativo. 2.2 Contribuição do Direito Francês para a Instituição do Direito Administrativo Brasileiro. 3 ASPECTOS GERAIS SOBRE A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA. 3.1 Conceito e Finalidades. 3.2 Distinção Entre Processo Administrativo e Contencioso Administrativo. 4 O DIREITO COMPARADO EM RELAÇÃO AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DA FRANÇA E A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA DO BRASIL. 4.1 A Organização do Contencioso Administrativo Francês. 4.2 O Sistema de Jurisdição Una Brasileiro. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** A presente pesquisa objetiva estudar o Direito Administrativo que surgiu a partir da instituição do Estado de Direito e se trata de um conjunto de normas e princípios que regulam as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividades, visando sempre ao interesse público, partindo da perspectiva da jurisdição administrativa. A metodologia a ser utilizada, será a pesquisa bibliográfica, que consiste na utilização de materiais existentes sobre o tema, isto é, doutrinas, monografias, dissertações, documentos eletrônicos, decisões jurisprudenciais, legislações, etc. O objetivo será abordar o direito comparado, analisando o contencioso administrativo da França e a jurisdição administrativa do Brasil, a partir das características de cada modelo. Nesse trabalho é possível observar, como funciona a organização do contencioso administrativo francês, bem como o sistema de jurisdição um brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Direito Administrativo. 2. Jurisdição Administrativa. 3. Brasil 4. França.

**ABSTRACT:** This research aims to study the Administrative Law that emerged from the institution the State of Law which is a set of rules and principles that regulate the legal relationships between people and State organs and between the state and the communities, always aiming at the public interest, from the perspective of administrative jurisdiction. The methodology to be used will be bibliographical research, which consists of the use of existing materials on the subject, such as doctrines, monographs, dissertations, electronic documents, scientific articles, jurisprudential decisions, legislation, etc. The objective will be to approach comparative law, analyzing the administrative litigation of France and the administrative jurisdiction of Brazil, based on the characteristics of each model. In this work, it is possible to observe how the organization of French administrative litigation works, as well as the system of Brazilian jurisdiction.

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Faculdade Maringá.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela UNB. Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Marília, mantida pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), Especialização em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR). Atualmente é professor no curso de Direito da Faculdade Maringá e cursa Doutorado em Direito (área de concentração: Direito, Estado e Constituição) na Universidade de Brasília (UnB).



**KEYWORDS:** 1. Administrative Law. 2. Administrative Jurisdiction. 3. Brazil 4. France.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade estudar a jurisdição administrativa, que se destina a apreciar os litígios suscitados pela atividade administrativa em comparação entre o Brasil e a França.

A metodologia que será utilizada no trabalho será a pesquisa bibliográfica, que consiste na utilização de materiais existentes sobre o tema, isto é, doutrinas, monografias, dissertações, documentos eletrônicos, decisões jurisprudenciais, legislações, etc.

Inicialmente, se verificará o Direito Administrativo, que se trata de um conjunto de princípios jurídicos que controlam os órgãos, os agentes e as atividades públicas, com o fim de realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado, apresentando as principais particularidades sobre a formação do direito administrativo e a contribuição do direito francês para a instituição do direito administrativo brasileiro.

Em seguida, será estudado os aspectos gerais sobre a Jurisdição Administrativa, definindo seu conceito e suas finalidades e expondo a distinção entre processo administrativo e contencioso administrativo.

Por fim, será abordado o direito comparado em relação ao contencioso administrativo da França e a jurisdição administrativa do Brasil, analisando a organização do contencioso administrativo francês e o sistema de jurisdição uma brasileiro.

## 2. O DIREITO ADMINISTRATIVO

### 2.1. Principais Particularidades Sobre a Formação do Direito Administrativo

Dizer o momento exato do surgimento do Direito Administrativo é tarefa impossível, pois a ciência do Direito estuda o objeto cultural, tomando como base a imputação e o subjetivismo humano. Em decorrência disso, o conceito de Direito Administrativo é construído a partir das relações em meio a sociedade e sua evolução CAPAGIO (2022, p. 6768).

Como sistema jurídico de normas e princípios, o Direito Administrativo, somente tomou expressão com a instituição do Estado de Direito, fenômeno esse que ocorreu no final do século XVIII com os movimentos constitucionalistas FILHO (2020, p. 77).

O Estado passou a dispor de órgãos específicos para o exercício da administração pública e como consequência, “foi necessário o desenvolvimento do quadro normativo disciplinador das relações internas da Administração e das relações entre esta e os administrados” (FILHO, 2020, p. 77-78).

O Estado de Direito, também conhecido na França como *État Légal* surge a partir da ideia de subordinação do Estado ao Direito, onde o Estado fica submetido e é controlado por normas, ou seja, seu agir está sempre condicionado a preceitos legais NÓBREGA (2018, p. 116).

Importante destacar que, anteriormente a tal período já existiam normas administrativas, entretanto, as mesmas se enquadravam no *jus civile*, sendo normas esparsas e ligadas ao funcionamento da Administração Pública e a competência de seus





órgãos, aos poderes designados ao Fisco, ao povo e a servidão pública DI PIETRO (2020, p. 56).

O ramo do Direito Administrativo não vislumbrou momento propício para o seu desenvolvimento, na época da Idade Média, isto porque o período era das monarquias absolutas, onde todo o poder se concentrava nas mãos do soberano DI PIETRO (2020, p. 56).

A esse respeito, discorre Di Pietro:

*Nesse período, do chamado Estado de Polícia, assinala Merkl (1980:93) que o direito público se esgota num único preceito jurídico, que estabelece um direito ilimitado para administrar, estruturado sobre princípios segundo os quais quod regi placuit lex est, the king can do no wrong, le roi ne peut mal faire.*

*O rei não podia ser submetido aos Tribunais, pois os seus atos se colocavam acima de qualquer ordenamento jurídico. Com base nessa ideia é que se formulou a teoria da irresponsabilidade do Estado, que, em alguns sistemas, continuou a ter aplicação mesmo após as conquistas do Estado Moderno em benefício dos direitos individuais (DI PIETRO, 2020, p. 56).*

Assim, com a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, junto Revoluções que acabaram com o velho regime absolutista, foi possível aos países que o adotaram, se formarem a partir de critérios diversificados como objetivo de seu conceito e objeto. Na França, por exemplo, permaneceu o ideal de que o direito se baseava nas leis reguladoras da Administração FILHO (2020, p. 78).

Outrossim, ao compasso que esse ramo jurídico crescia, observou-se que sua abrangência alcançava um âmbito maior, de forma a abarcar o Estado e a coletividade a que se destina FILHO (2020, p. 79).

Desse modo, diversos são os conceitos encontrados nos autores modernos de Direito Administrativo. O autor Celso Antônio Bandeira de Mello, enfatiza a ideia de função administrativa e define o Direito Administrativo como o ramo do Direito Público que disciplina a função administrativa, assim como, as pessoas e os órgãos que a exercem MELLO (2009, p. 37).

Já o jurista Hely Lopes Meirelles, define os órgãos, agentes e atividades administrativas como instrumentos para efetivação dos fins desejados pelo Estado, onde o

Direito Administrativo Brasileiro “sintetiza-se no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado” (MEIRELLES, 2002, p. 38).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, parte de um conceito descritivo e adota o critério da Administração Pública, nos seus sentidos objetivo e subjetivo e define o Direito

Administrativo como “o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens e meios de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública” (DI PIETRO, 2020, p. 177).

O conceito dado ao Direito Administrativo, por José dos Santos Carvalho, é apresentado como “o conjunto de normas e princípios que, visando sempre ao interesse



público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividades a que devem servir” (FILHO, 2020, p. 79).

Sendo assim, é possível observar que o Direito Administrativo já estava em meio a sociedade, com as normas administrativas, as quais se enquadravam no *jus civile* e posteriormente foi definido como um ramo autônomo, com as revoluções que findaram o antigo regime absolutista.

Podendo ser definido como um viés do Direito Público, que se dedica a estudar os princípios e regras que permeiam a função administrativa.

## **2.2. Contribuição do Direito Francês para a Instituição do Direito Administrativo Brasileiro.**

A Lei de pluvioso do ano VIII (1.800), que estabeleceu juridicamente a Administração Pública na França, junto a elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês, foram os marcos iniciais de contribuição do direito francês para a autonomia do Direito Administrativo DI PIETRO (2020, p. 70).

A França tornou-se o modelo de administração pública, pautada na racionalidade e na objetividade, difundindo por toda Europa esse paradigma. O século XVIII, junto as novas ideias, bem como com a queda do antigo regime, foram cruciais para o surgimento de um Estado de Direito CAVALCANTI (2012, p. 03).

Outros fatores também contribuíram para a formação do Direito Administrativo, como as concepções político-institucionais que emergiram na época, que propiciaram a criação de normas norteadoras do exercício dos poderes do Estado, assim como as ideias relativas à teoria de separação dos poderes, onde se atribuiria a função executiva a um setor estatal específico MEDAUAR (2018, p.30).

Na França, foi instituído o sistema de dualidade de jurisdição, formado pela jurisdição administrativa, também chamada de contencioso administrativo e pela jurisdição comum. Tal sistema foi fundado como forma de apego ao princípio da separação dos poderes atrelado a desconfiança em face dos juízes do antigo regime DI PIETRO (2020, p. 70).

Os constituintes franceses pós-revolucionários, pautados na teoria de separação de poderes, defendiam que o meio mais adequado para a solução de litígios envolvendo a Administração Pública, seria de que parte não deveria ser atribuída ao Poder Judiciário, pois isso geraria uma subordinação entre os poderes. A partir desse fundamento, se fundou o contencioso administrativo na França, com base no artigo 13 da Lei 16-24 de agosto de 1790, que assim dispõe: “as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas” (DI PIETRO, 2020, p. 70).

A Administração por conta própria decidia seus conflitos contra os particulares, período este denominado de administrador-juiz, pois o poder judiciário não era competente para o fazer. No ano VIII, foi criado o Conselho de Estado, começando assim, a desenvolver a jurisdição administrativa, possibilitando que tal órgão exercesse função jurisdicional a partir de 1872, sem a necessidade de submissão ao chefe de Estado DI PIETRO (2020, p. 71).

Posteriormente, no ano de 1819, a França foi o primeiro país a implementar, na Faculdade de Direito de Paris, o direito administrativo como matéria na grade de ensino universitário, sendo tal matéria ministrada pelo Barão de Gerando, o qual instituiu o



*Programme du Cours de Droit Public Positif Administratif à la Faculté de Droit de Paris*, com o objetivo de abordar os princípios gerais da Ciência da Administração DI PIETRO (2020, p. 74).

Com relação ao Direito Administrativo no Brasil, seu ponto de partida ocorreu com a criação da cátedra da matéria nas Faculdades de Direito nas cidades de São Paulo e Recife, no ano de 1851 e diversas obras sobre a matéria, publicadas na Europa, repercutiram no Brasil MEDAUAR (2018, p. 31-32).

Sendo a primeira obra de Direito Administrativo publicada em 1857, editada em Recife, com a autoria de Vicente Pereira do Rego, sob o título *Elementos de direito administrativo brasileiro comparado com o direito administrativo francês segundo o método de P. Pradier-Fodéré* MEDAUAR (2018, p. 32).

Em seguida, no ano de 1859, o autor Veiga Cabral publica seu livro *Direito Administrativo Brasileiro*, expondo, na introdução, os autores franceses em que se baseou, bem como “Visconde do Uruguai edita a obra *Ensaio sobre o direito administrativo*, em 1862. Em 1866, Ribas publica seu *Direito administrativo brasileiro*, citando, na bibliografia, autores da França, Bélgica, Itália, Alemanha e Espanha” (MEDAUAR, 2018, p. 32).

Desse modo, nota-se a predominante influência do Direito Francês para instituição do Direito Administrativo no Brasil, desde a Lei de pluvioso até a implementação da matéria na Faculdade de Direito de Paris e posteriormente com inserção da matéria nas Faculdades de Direito de São Paulo e Recife.

### 3. ASPECTOS GERAIS SOBRE A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

#### 3.1. Conceito e Finalidades

A independência das jurisdições se refere a um conceito de valor relativo, isto porque se funda em critérios de caráter técnico ou funcional, entretanto, todas as jurisdições decorrem da mesma fonte ou dos modos pelos quais o poder jurisdicional do Estado exerce seu poder CAMPOS (1958, p. 361).

A separação das jurisdições está intimamente ligada a um processo técnico de diversificação ou de repetição de competências, por meio do qual todas desempenham a mesma função aplicada a objetos diferentes, resultando assim, “a necessidade do reconhecimento recíproco por uma da atividade das outras, quando estas se mantêm nos limites da sua competência e adstritas ao objeto específico da sua função” (CAMPOS, 1958, p. 361).

Como já apresentado anteriormente, o Direito Administrativo é um ramo autônomo do Direito Público, composto por um conjunto de regras e princípios que disciplinam, por meio da atividade jurídica não contenciosa, as conexões entre os particulares e a Administração DI PIETRO (2020, p. 178).

A Administração por sua vez, é constituída por órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas, estando excluídas desse rol as pessoas jurídicas políticas, ou seja, a União, os Estados, Municípios e o Distrito Federal, os quais são objeto de estudo em âmbito constitucional. Já a atividade não contenciosa é o que limita a função administrativa do Estado DI PIETRO (2020, p. 178).



Na administração pública, a jurisdição quer dizer a emanação de atos de produção jurídica subsidiários aos atos principais, onde o órgão estatal permanece delimitando as relações as quais os próprios atos dizem respeito DI PIETRO (2020, p. 187).

A função administrativa, se relaciona as atividades desenvolvidas pelo Poder Público com o intuito de representar os interesses da coletividade. O administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, destaca que:

*Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade (...).*

*Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais.*

*Há a discricão a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar o interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada (MELLO, 1999 p. 5657).*

Assim, tal conceito exerce crucial importância para se determina o regime jurídico que permeia a Administração Pública. Isto porque, encontra suporte no conceito de república, que vem do latim *res pública* e quer dizer coisa pública. O Brasil como país que se definiu uma república, conforme artigo 1º da Constituição Federal, tem essa denominação pelo fato de representar o titular do poder, no caso, o povo. SPITZCOVSKY (2022, p.40)

Com relação ao regime jurídico administrativo, nas palavras de Marin Sylvia Zanella Di Pietro, *apud* Reinaldo Couto Álvaro Capagio (2022, p. 307), o mesmo representa o “conjunto de traços, de conotações, que tipificam do Direito Administrativo, colocando a

Administração Pública em posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa” (CAPAGIO, 2022, p. 307).

A relação jurídica é constituída por três elementos essenciais, sendo eles o sujeito, o objeto e o vínculo entre os sujeitos, e ademais, toda relação jurídica detêm uma pluralidade de sujeitos, visto que o Direito somente pode ser intentado frente as relações interpessoais CAPAGIO (2022, p. 308).

O regime jurídico pode ser resumido em duas palavras, quais sejam prerrogativas e sujeições, podendo também ser baseado em ideias opostas, onde de um lado temos a proteção aos direitos individuais em face do Estado e por outro, o objetivo de satisfação dos interesses coletivos, por meio do qual a Administração Pública possui prerrogativas e privilégios que servem para delinear o exercício dos direitos individuais em prol do bem-estar coletivo, assim como, para a prestação de serviços públicos. DI PIETRO (2020, p. 206-207).

Assim, há a liberdade do indivíduo atrelado a autoridade da administração:

*[...] Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei e do direito (incluindo princípios e valores previstos explícita ou implicitamente na Constituição); é a aplicação, ao direito público, do princípio da legalidade. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe*



*outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular.*

*Isto significa que a Administração Pública possui prerrogativas ou privilégios, desconhecidos na esfera do direito privado, tais como a autoexecutoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia. Goza, ainda, de determinados privilégios como a imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos (DI PIETRO, 2020, p. 207).*

Portanto, para que a Administração Pública execute as leis de forma adequada, o ordenamento jurídico adotou poderes em sua atuação, os quais representam também deveres para que resguarde o interesse público, sendo eles o poder vinculado, discricionário, hierárquico, disciplinar, regulamentar, o poder de polícia, o poder extroverso ou imperativo e os poderes implícitos. CAPAGIO (2022, p. 683-685).

Pelo poder vinculado, o administrador fica ligado ao que está no enunciado da lei, estabelecendo desse modo, um único comportamento frente a situações concretas, ou seja, não há margem para interpretação subjetiva ou juízo de valor por parte do administrador.

SPITZCOVSKY (2022, p.481).

O poder discricionário, ao contrário do vinculado, dá a possibilidade para que a Administração adote uma das medidas prescritas em lei, entretanto, não se pode afastar a lei, devendo sempre observar seus comandos. Nesse caso, a lei disponibiliza mais de uma solução ao agente público, porém na dinâmica dos fatos, encaminhará para a hipótese mais conveniente e adequada, a fim de se obter a satisfação do interesse público. CAPAGIO (2022, p. 687).

O autor Martine Lombard, *apud* Reinaldo Couto Álvaro Capagio (2022, p. 689), declara que “Uma autoridade administrativa dispõe de um poder discricionário quando ela tem a faculdade de escolher entre várias decisões que estão todas conforme a legalidade. [...], a legislação em vigor lhe permite uma margem de autonomia a esse respeito” (CAPAGIO, 2022, p. 689).

Com relação ao poder hierárquico, destaca Renato Alessi (1970, p.103) *apud* Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 271-272):

- a. *sob o primeiro aspecto, a hierarquia é um princípio, um critério de organização administrativa, em decorrência do qual um órgão se situa em plano de superioridade com respeito a outros que se situam na mesma posição em relação a outros que, por sua vez, se situam na mesma posição em relação a outros mais, e assim por diante, dando lugar a uma característica pirâmide; em seu ápice encontra-se o Chefe do Poder Executivo, de onde emanam as diretrizes para os órgãos inferiores; estes, por sua vez, fornecem os elementos e preparam as decisões dos órgãos superiores;*
- b. *sob o segundo aspecto (agora jurídico), a hierarquia corresponde a um ordenamento hierárquico definido por lei que implica diversidade de funções atribuídas a cada órgão; essa distribuição*



*de competências pode ser mais ou menos rígida, podendo ser concorrente ou exclusiva; dependendo da maior ou menor rigidez, os órgãos superiores terão maior ou menor possibilidade de controle sobre os subordinados;*

- c. *sob o terceiro aspecto (ainda jurídico), a hierarquia corresponde a uma relação pessoal, obrigatória, de natureza pública, que se estabelece entre os titulares de órgãos hierarquicamente ordenados; é uma relação de coordenação e de subordinação do inferior frente ao superior, implicando um poder de dar ordens e o correlato dever de obediência. Vale dizer que o ordenamento hierárquico é fixado pela lei e que desse ordenamento resulta uma relação de coordenação e subordinação, que implica os já referidos poderes para a Administração (DI PIETRO, 2020, p. 271-272).*

De acordo com Mário Mazagão (1968, p.55) *apud* Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020, p. 272), a relação hierárquica se caracteriza por uma relação estabelecida entre os órgãos, de forma precisa e estável, que os coordena, subordina e gradua a competência para cada entidade. DI PIETRO (2020, p. 272).

No que tange ao poder disciplinar, pode ser conceituado como o conferido ao administrador para a aplicação de sanções aos seus servidores, quando há a prática de infrações de caráter funcional. As penalidades possuem natureza administrativa, podendo ser uma advertência, suspensão, demissão, entre outras, contudo, não cabe sanções de natureza penal ou cível. SPITZCOVSKY (2022, p.491).

O poder regulamentar se refere aos atos em que a Administração atua com efeitos gerais e abstratos, e utiliza seu poder normativo para a expedição de decretos e regulamentos. Há duas espécies de decretos e regulamentos, os autônomos e os de execução. Os autônomos, são assim chamados, pois independem de existência de lei anterior que discipline a matéria abordada e são encontrados diretamente abaixo da Constituição. SPITZCOVSKY (2022, p.506-507).

Já os decretos ou regulamentos de execução, necessitam de lei anterior para que possam ser editados e dessa forma, estão em um nível inferior de hierarquia ao das leis gerais, são atos infralegais. SPITZCOVSKY (2022, p.506-507).

O poder de polícia é formal, se mostrando de maneira clara e textual, estando tal poder elencado no Código Tributário Nacional:

*Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos (BRASIL, 1966).*

Determinado poder representa o direito potestativo da Administração Pública de liberdade, limitação do direito ou interesse lícito em favor do interesse público, sendo assim, independe da vontade do administrado. O poder de polícia é o instrumento de equilíbrio entre



o interesse público e o privado, protegendo ambos e assegurando que nenhum acabe CAPAGIO (2022, p.723).

O poder extroverso autoriza a Administração a agir de forma unilateral, independentemente de concordância ou participação de particulares. SPITZCOVSKY (2022, p.546).

Renato Alessi *apud* Reinaldo Couto Álvaro Capagio (2022, p.762) expõe que o poder extroverso ou a imperatividade “é a possibilidade outorgada pela lei ao poder público de editar atos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as, unilateralmente, em deveres” (CAPAGIO, 2022, p.762).

A imperatividade decorre da prerrogativa de que possui Poder Público, poder impor a terceiros obrigações, através de atos unilaterais, contudo, esse poder só existe na esfera dos atos que impõe obrigações, não existindo nos direitos solicitados pelo administrador ou atos enunciativos. DI PIETRO (2020, p. 471).

Por fim, os poderes implícitos surgiram como forma alternativa ao Administrador, haja vista que as normas jurídicas não são capazes de prever todas as questões que serão enfrentadas, a fim de satisfazer o interesse público. CAPAGIO (2022, p.764).

Assim, a jurisdição administrativa é conceituada como “a esfera de tribunais especiais distinta da esfera de tribunais jurisdicionais e destinada a apreciar os litígios suscitados pela atividade administrativa” (SILVA, 1955, p. 483).

Sendo assim, observa-se que o regime jurídico administrativo possui uma dualidade, ou seja, o conjunto de prerrogativas e restrições que ampara a Administração, materializado na forma de princípios que guiam o Direito Público, bem como de poderes como os acima apresentados, que atuam executando as leis de forma adequada, visando sempre o resguardo do interesse público.

### 3.2. Distinção Entre Processo Administrativo e Contencioso Administrativo

O processo pode ser definido como a relação jurídica integrada por determinadas pessoas, as quais exercem várias atividades voltadas para um determinado fim, ele se dá em uma sequência cronológica de atos e comportamentos de seus integrantes, seguindo o objetivo a que se destina o processo. FILHO (2020, p. 1719).

Importante destacar que o processo se difere do procedimento, pois o processo se refere a “uma relação jurídica, razão pela qual processo administrativo” significa o vínculo jurídico entre a Administração e o usuário, estabelecido para a tomada de uma decisão. Ao passo que procedimento administrativo é a sequência ordenada de atos tendentes à tomada da decisão” (MAZZA, 2022, p.2576).

O princípio do devido processo legal, disposto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tal princípio se funda na obrigatoriedade de observância do rito para tomada de decisão, bem como de que a decisão final do processo seja razoável e proporcional.

Outrossim, a Constituição Federal também expõe em seu artigo 5º, LV que aos litigantes, são assegurados o princípio do contraditório e da ampla defesa, de acordo com os meios inerentes a ele.



Por meio do processo, os magistrados exercem seu poder jurisdicional, decidindo sobre os litígios. Por sua vez, o processo judicial, se refere a relação jurídica onde se sobressai o desempenho da função jurisdicional, sendo importante destacar que embora seja o mais notório, não é a única modalidade de processo, vez que há outras categorias de processo. FILHO (2020, p. 1719).

Com relação ao processo administrativo, este implica o desenvolvimento da atividade administrativa, o qual pode ser instaurado por iniciativa da própria Administração ou por provocação do interessado, estabelecendo assim, uma relação bilateral. DI PIETRO (2020, p. 1443).

Os processos administrativos, podem ser classificados em:

*Internos ou externos: processos internos são aqueles instaurados dentro do ambiente estatal. Exemplo: sindicância. Os externos são aqueles que envolvem particulares<sup>4</sup>. Exemplo: concurso público.*

*Restritivos ou ampliativos: processos restritivos ou ablatórios são aqueles que impõem limitações à esfera privada de interesse. Exemplo: interdição de estabelecimento. Os processos restritivos dividem-se em meramente restritivos, como as revogações, e sancionadores, como a sindicância. Já os processos ampliativos são voltados à expansão da esfera privada de interesses. Exemplo: outorga de permissão de uso. Os processos ampliativos podem ser divididos em: a) de iniciativa do próprio interessado, como no pedido de licença; b) de iniciativa da Administração, como a licitação; c) concorrenciais, como o concurso público; d) simples ou não concorrenciais, como o pedido de autorização de uso<sup>6</sup>." (MAZZA, 2022, p.2578)*

Cumpra registrar, a existência do Processo Administrativo Eletrônico, pois ainda que não seja considerado como espécie, tal dispositivo é reconhecido em âmbito federal através do Decreto nº 8.539/2015, onde foram editadas normas sobre sua utilização para órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. MAZZA (2022, p.2578).

No que tange ao objeto, todo processo é utilizado como um instrumento para se alcançar determinado fim e assim, podemos concluir que o objeto genérico do Processo Administrativo é a prática de um ato administrativo. FILHO (2020, p. 1726).

Já os objetos específicos do processo administrativo, estão ligados as providências especiais que a Administração procura adotar com base no ato administrativo final e em virtude de sua grande variedade, podem tais processos serem classificados com objeto de mera tramitação, de controle, punitivo, contratual, revisional e de outorga de direitos. FILHO (2020, p. 1726-1727).

A lei nº 9.784/99 denominada Lei do Processo Administrativo, foi criada com o objetivo de regulamentar a disciplina constitucional do processo administrativo, fixando regras sobre o processo administrativo na esfera da Administração Federal direta e indireta, em busca da proteção dos direitos administrativos. MAZZA (2022, p.2573).

Sendo assim, a União e as demais entidades federais ficam vinculadas ao processo administrativo, não podendo tomar decisões que afetam direitos, garantindo assim, o contraditório e a ampla defesa as partes interessadas. MAZZA (2022, p.2575).





A Lei estabelece uma sucessão de atos preparatórios até que se chegue ao ato final a saber, a instauração, instrução, defesa e decisão. A instauração pode ser realizada de ofício ou a pedido do interessado, devendo ser observados os requisitos previstos no artigo 6º da Lei, vedando a recua imotivada de documentos e prevendo a possibilidade de elaboração de modelos para assuntos que importem pretensões equivalentes, admitindo também, a possibilidade de formulação em um único requerimento de pedidos iguais de uma pluralidade de interessados, salvo preceito legal contrário. DI PIETRO (2020, p. 1446).

Quanto à instrução, a lei dispõe sobre o princípio da oficialidade, atribuindo ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, vedando as provas obtidas por meio ilícitos e estabelecendo o prazo de quinze dias para a elaboração de parecer, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo, dispondo sobre a possibilidade de ser adotada, fundamentadamente, medida acautelatória, sem a prévia manifestação do interessado, em caso de risco iminente. DI PIETRO (2020, p.1446).

Por fim, com relação à decisão, a lei impõe à Administração o dever de decidir, no prazo de até trinta dias, salvo caso de prorrogação por igual período expressamente motivada DI PIETRO (2020, p.1447).

Com relação ao contencioso administrativo, a expressão pode significar duas coisas, a primeira delas é a denominação dada ao sistema de dualidade de jurisdição e a segunda significa os diversos tipos de conflito que tramitam na via administrativa FILHO (2020, p. 1797).

Dessa forma, ainda que determinados países não adotem tal sistema, há o contencioso administrativo ligado ao segundo sentido, pois sempre é permitido que o indivíduo reclame da administração nos seus órgãos próprios FILHO (2020, p. 1797).

O contencioso administrativo se trata da separação da função jurisdicional entre o Poder Jurisdicional e os Tribunais Administrativos e nos países "que adotam tal sistema, o Poder Judiciário decide as causas comuns, enquanto as demandas que envolvam interesse da Administração Pública são julgadas por um conjunto de órgãos administrativos encabeçados pelo Conselho de Estado" (MAZZA, 2022, p.160).

Também chamado de sistema de jurisdição dupla:

*[...] caracteriza-se pela existência paralela de duas ordens de jurisdição: a jurisdição ordinária ou comum e a jurisdição administrativa, destinada a julgar litígios que envolvem a Administração Pública. A jurisdição administrativa ou contencioso administrativo forma um conjunto escalonado de juízes ou tribunais administrativos, encabeçados por um órgão supremo, de regra denominado Conselho de Estado, independente do tribunal supremo da jurisdição ordinária e cujas decisões representam a última instância. Adotam a jurisdição dupla, atualmente, a França, a Alemanha, a Suécia e Portugal. A Itália e a Bélgica instituíram a jurisdição dupla incompleta (MEDAUAR, 2018, p.390).*

Sendo assim, nos países em que admitem a dualidade de jurisdição, é possível destacar dois tipos de processo administrativo, a saber o gracioso e o contencioso. Quanto ao processo gracioso, os responsáveis para se fazer cumprir o que está definido na lei, são os próprios órgãos da Administração, objetivando a consecução dos fins estatais e em alguns casos não envolvem decisões sobre pretensões particulares. DI PIETRO (2020, p. 1448).



Já o processo administrativo contencioso, se desenvolve em meio a um órgão cercado de garantias, que visam a sua independência e imparcialidade e que possuem competência para proferir decisões com cunho de coisa julgada, frente as lides que se formar entre a Administração e o administrado. DI PIETRO (2020, p. 1448).

Logo, falar em processo administrativo, quer dizer a sequência de atividades da Administração que buscam alcançar determinado fim previsto em lei, dispondo sobre como a Administração Pública faz suas tomadas de decisões.

Sendo importante destacar, que há diferença entre o processo e o procedimento, visto que o primeiro é uma relação jurídica, ou seja, um vínculo jurídico entre a Administração e o administrado, estabelecido para a tomada de uma decisão e o procedimento administrativo se refere a sequência ordenada de atos até a tomada da decisão.

Por sua vez, o contencioso administrativo é o sistema que visa a solução de conflitos relacionados a ordem administrativa, onde há uma dualidade de jurisdições, quais sejam a comum e a administrativa, fazendo com que as decisões em âmbito administrativo promovam coisa julgada.

#### **4. O DIREITO COMPARADO EM RELAÇÃO AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DA FRANÇA E A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA DO BRASIL**

##### **4.1. A Organização do Contencioso Administrativo Francês**

O sistema do contencioso administrativo, também chamado de dualidade de jurisdição ou popularmente conhecido como sistema francês, é caracterizado por haver junto a Justiça do Poder Judiciário, uma Justiça Administrativa, onde os juízes e tribunais pertencem a poderes diferentes do Estado e em ambas justiças, as decisões ganham força de coisa julgada. FILHO (2020, p. 1797).

Tal instituto foi criado na França em virtude das particularidades históricas que o país passou, pois antes da Revolução, a França era uma monarquia absolutista e os poderes estatais se concentravam nas mãos do rei, o qual nomeava os órgãos judiciais que dificilmente proferiam sentenças contrárias ao interesse da Coroa. MAZZA (2022, p.160).

No ano de 1790, com a Revolução Francesa e queda do antigo regime, foi promulgada uma lei que proibia os juízes de decidirem lides relacionadas ao interesse da Administração Pública. "Criou-se, então, um conjunto apartado de órgãos decisórios formando uma justiça especial somente para decidir causas de interesse da Administração" (MAZZA, 2022, p.160).

O sistema de dualidade de jurisdição, assim denominado porque é dual, visto que a função jurisdicional é exercida pela Justiça Judiciária e pela Justiça Administrativa, sendo que a primeira tem jurisdição e competência sobre as demandas que objetivem "à invalidação e à interpretação de atos administrativos e aquelas em que o interessado requer a restauração da legalidade quando teve direito seu ofendido por conduta administrativa.

Julga, ainda, os recursos administrativos de excesso ou desvio de poder" (FILHO, 2020, p. 1797).



Esse modelo do contencioso administrativo, não guarda qualquer relação com os órgãos e estruturas que existem no Brasil nos dias de hoje. No sistema francês, as decisões emanadas dos tribunais administrativos, não são submetidas para apreciação do Poder Judiciário. Já no Brasil, as decisões proferidas pelos tribunais estão sempre submetidas ao controle judicial. MAZZA (2022, p.161-162).

Para a criação de um contencioso, seria necessário atribuir a um órgão estatal, que não fosse à estrutura do Poder Judiciário, a competência exclusiva sobre a solução de demandas ou recursos, proibindo que a decisão final de determinado órgão pudesse ser revisada judicialmente. MAZZA (2022, p.164).

A criação de um contencioso, retira do Poder Judiciário a competência para decidir sobre alguma matéria específica e no Brasil, a Constituição Federal proíbe a subtração de competências do Judiciário, pois "o mesmo art. 5º, XXXV, da CF/88 dispensa o esgotamento da via administrativa como requisito para recorrer ao Judiciário" (MAZZA, 2022, p.165).

A vantagem do contencioso administrativo, está na apreciação por uma Justiça composta de órgãos julgadores especializados, dos conflitos de natureza administrativa, motivo pelo qual o mesmo tem contribuído de maneira significativa para o Direito Administrativo. FILHO (2020, p. 1798).

O contencioso administrativo na França é composto pelos Tribunais

Administrativos, As Cortes Administrativas de Apelação e o Conselho de Estado. Os Tribunais administrativos, se referem aos órgãos competentes para julgar os litígios em que a administração atua como parte, exceto algumas exceções, sendo sua competência definida pela natureza territorial e ao todo são trinta e cinco Tribunais Administrativos e seus representantes são denominados conselheiros. MIRANDA (2007, p. 57).

As Cortes Administrativas de Apelação, são cinco Cortes, criadas com o intuito de concentrar a maior parte dos recursos e decisões oriundas dos Tribunais Administrativos e por fim, o Conselho de Estado possui a função de órgão máximo da Jurisdição Administrativa, com cerca de trezentos membros, divididos de acordo com a experiência ou indicações em três categorias, estabelecendo a função consultiva e possuindo seções administrativas e especializadas. MIRANDA (2007, p. 57-58).

Desse modo, o contencioso administrativo se caracteriza pelo sistema que alia a Justiça Administrativa ao Poder Judiciário, onde os juízes e tribunais são de poderes diferentes do Estado, contudo, em ambas, as decisões ganham força de coisa julgada.

Determinado modelo, criado na França em razão das suas particularidades históricas, não possui ligação com os órgãos e estruturas que existem no Brasil, pois no primeiro as decisões emitidas pelos tribunais administrativos, não são submetidas à apreciação do Poder Judiciário e no segundo, as decisões proferidas pelos tribunais estão sujeitas ao controle judicial.

#### **4.2. O Sistema de Jurisdição Una Brasileiro.**

O direito brasileiro adotou o sistema de jurisdição una, por meio do qual o Poder Judiciário possui a função jurisdicional, isto é, o poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão dos direitos individuais e coletivos. DI PIETRO (2020, p. 1688).



No sistema de Jurisdição Una Brasileiro, o julgamento dos litígios em que a Administração é parte, é de competência dos juízes e tribunais comuns, admitindo-se também varas especializadas que estão inseridas entre os órgãos de uma única ordem de jurisdição. Além do Brasil, é o sistema dos países anglo-saxônicos e de diversos países latino-americanos MEDAUAR (2018, p.390).

Em determinado sistema, também conhecido como modelo inglês, por ter como inspiração o sistema adotado na Inglaterra, todas as causas, até mesmo as que envolvam interesse da Administração Pública, são julgadas pelo Poder Judiciário" (MAZZA, 2022, p.158).

A unidade de jurisdição está disposta constitucionalmente no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, a qual apresenta que "a lei não excluirá da apreciação do Poder

Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Como a separação dos poderes tem natureza de cláusula pétrea, de acordo com o que propõe o artigo 60, §4º, inciso III da Constituição Federal, não será objeto de deliberação e proposta de emenda. MAZZA (2022, p.164).

Em virtude disso, não poderia ser adotado o sistema do contencioso administrativo no Brasil, nem por lei, tampouco por emenda constitucional, pois o mesmo diminuiria as competências do Poder Judiciário, tendendo a abolir a tripartição dos poderes. MAZZA (2022, p.164).

Na jurisdição una, o Poder Judiciário tem o poder para "examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade" (DI PIETRO, 2020, p. 1689).

O sistema em questão, apresenta como vantagem a imparcialidade dos julgamentos, haja vista que o Estado-Administração e o administrado estão, a todo momento, em plano jurídico de igualdade quando seus conflitos de interesse são discutidos nas ações judiciais FILHO (2020, p. 1799).

O mencionado modelo, tem como base a hierarquização dos tribunais para que seja possibilitada a revisão, por meio de recursos, de decisões passíveis de reforma e somente quando as causas administrativas forem decididas pelo Poder Judiciário é que serão revestidas pela coisa julgada. MIRANDA (2007, p. 65).

Sendo assim, no sistema de Jurisdição Um Brasileiro, as causas que envolvam interesse da Administração Pública, são julgadas pelo Poder Judiciário, com base no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

Portanto, o Poder Judiciário possui competência para examinar os atos da Administração Pública, desde que observados os aspectos da legalidade e da moralidade.

## 5. CONCLUSÃO

Conclui-se que o sistema do Contencioso Administrativo, implantado inicialmente na França, pautado na independência dos poderes, passou a prever o sistema de dualidade de jurisdições, onde os conflitos que envolvem a Administração Pública, são solucionados pelo Conselho de Estado, órgão responsável por tais questões.



Ademais, o contencioso administrativo é definido como o sistema que une a Justiça Administrativa ao Poder Judiciário, por meio do qual juízes e tribunais ainda que pertençam a poderes diversos do Estado, ambos detêm o poder de que suas decisões possuam natureza de coisa julgada.

Sendo que, para sua criação é necessário somente conceder a um órgão estatal, a competência exclusiva sobre a solução de demandas ou recursos, proibindo que a decisão final seja revisada judicialmente, entretanto, o mencionado órgão não pode estar na estrutura do Poder Judiciário.

No sistema de Jurisdição Una incube somente a um órgão dizer o direito no caso concreto, no caso o Poder Judiciário, pois com a divisão dos poderes do Estado, cada órgão ficou encarregado de determinada competência. No caso, do Poder Judiciário a atribuição foi para atuar no controle, quando ocorre por parte dos demais Poderes excessos em suas funções.

O Brasil, na sua estruturação dos poderes, optou pelo sistema de jurisdição judiciária única, sendo responsabilidade do Poder Judiciário dirimir os conflitos, dizendo o direito no caso concreto, inclusive nas demandas onde a Administração Pública é parte.

Portanto, o Poder Judiciário ao analisar as lides envolvendo a Administração Pública, deve analisar a legalidade e a moralidade do ato administrativo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05.set.2022.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm). Acesso em: 25.jun.2022.

CAMPOS, Francisco. **Direito administrativo**. Vol. II. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1958.

CAPAGIO, Reinaldo Couto Álvaro. **Curso de direito administrativo**. 5.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CAVALCANTI, Francisco. **Contexto histórico do direito administrativo brasileiro e os atos administrativos**. Revista acadêmica. Vol. 84, p. 03. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**. 33.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 34.ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 12.ed. São Paulo: SaraivaJus, 2022.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.



MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Daniel Augusto Teixeira De. **Contencioso administrativo x jurisdição una**. Revista dos estudantes de direito da UnB. Disponível em: [file:///C:/Users/raess/Downloads/35448%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/raess/Downloads/35448%20(1).pdf). Acesso em: 14.set.2022.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Teoria política e do estado**. Recife: UFPE, 2018.

SILVA, Maurício de Lima e. **Justiça administrativa**. Revista do serviço público. Disponível em: <file:///C:/Users/raess/Downloads/5323-Texto%20do%20Artigo-17292-1-1020201225.pdf>. Acesso em: 25.jun.2022.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo**. 5.ed. São Paulo: SaraivaJus, 2022.

## VIII. DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE PELA VALE S.A. NO CASO DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE BRUMADINHO

Thamylle Mariana de Moraes Lomes<sup>1</sup>  
Débora Goeldner Pereira Oliveira<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 CRIMES AMBIENTAIS. 2.1 Conceito de Meio Ambiente na Perspectiva do Direito Brasileiro. 2.2 O Bem Jurídico Ambiental Tutelado Pelo Direito Penal. 3 RESPONSABILIDADE PENAL. 3.1 Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 3.2 Desconsideração da Personalidade Jurídica. 4 DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE PELA VALE S.A. NO CASO DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM DE BRUMADINHO. 4.1 O Caso do Rompimento da Barragem e Os Danos Causados ao Meio Ambiente em Brumadinho. 4.2 Sanções Penais Imputadas a Vale S.A. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por finalidade a análise histórica da evolução de crimes contra o meio ambiente, mediante a análise legislativa desde a Constituição Federal, até os dias de hoje, bem como estudar os bens jurídicos tutelados pelo direito brasileiro no que tange à práticas lesivas ao meio ambiente. Ademais, também serão abordados temas pertinentes à criminalização da personalidade jurídica e ainda uma pesquisa sobre os tipos penais ambientais praticados pela mineradora Vale S.A., no caso de rompimento da barragem do município brasileiro de Brumadinho, no Estado de Minas Gerais, ocorrido em 25 de janeiro de 2019. A metodologia utilizada para a elaboração do presente trabalho foi a pesquisa bibliográfica e o estudo de caso, em que se pôde concluir que a barragem era instável e a Vale S.A. sabia disso, de modo que se fez necessário a responsabilização da mineradora por esta negligência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crimes ambientais. Direitos fundamentais. Brumadinho. Vale S.A. Barragens de rejeitos.

**ABSTRACT:** This work aims to historically analyse the development of the environmental crimes under the legislative analysis of the current Brazilian Federal Constitution up to nowadays, as well as study the legal interest protected by the Brazilian Law regarding the lesive conduct against the environment. Moreover, themes related to the criminalization of the legal personality will be approached, as well as research on the criminal environmental types practiced by the mining company Vale S.A., in regard of the dam disruption of the Brazilian city Brumadinho, in Minas Gerais state, occurred on January the 25th, 2019. The methodology herein is the bibliographical research and also a study of the aforementioned case, about which it was able to conclude the dam was unstable and Vale S.A. was aware of it, so, due to this knowledge, there were sufficient elements to attribute the accountability of the mining company for this negligence.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Faculdade Maringá.

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2001) e mestrado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2008). Atualmente é professora titular da Faculdade Maringá. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em metodologia da pesquisa jurídica, Direito de Família, Direito Administrativo e no Núcleo de Prática Jurídica.



**KEYWORDS:** Environmental Crimes. Fundamental Rights. Brumadinho. Vale S.A. Tailing Dams.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo o estudo a respeito do conceito de meio ambiente na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, como também as suas ramificações, como o meio ambiente artificial, o cultural e o do trabalho, pois possuem proteção jurídica constitucional e infraconstitucional.

O estudo buscará definir crimes ambientais, dispostos na Lei nº. 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais), e qual o bem jurídico ambiental tutelado por esta lei, para assim adentrar no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica e da desconsideração da personalidade jurídica, vez que a referida Lei trouxe em seu texto, a possibilidade de uma pessoa jurídica responder por crimes na esfera ambiental.

Outrossim, a identificação dos temas supramencionados encontra-se com o principal tema deste trabalho, qual seja, os danos causados ao meio ambiente por uma pessoa jurídica, a Vale S.A., no caso do rompimento da barragem de Brumadinho, no Estado de Minas Gerais, em 25 de janeiro de 2019.

Neste contexto, será abordado o caso do rompimento da Barragem 1 (B1), no Córrego do Feijão, em Brumadinho; como este colapso destruiu casas, prédios, carros e árvores, em apenas alguns segundos, com um tsunami de lama repleta de rejeitos de mineração, e evidenciar como este acontecimento causou danos irreversíveis ao meio ambiente.

Por fim, serão pontuadas as sanções penais imputadas à Vale S.A. devido ao rompimento da barragem, assim como sanções cíveis e administrativas, que visam à reparação aos atingidos e a inibição de comportamentos negligentes pela Mineradora, uma vez que ocorreram dois desastres semelhantes em um curto espaço de tempo, em locais que eram fiscalizados pela empresa.

## 2. CRIMES AMBIENTAIS

### 2.1. Conceito de Meio Ambiente na Perspectiva do Direito Brasileiro

Preliminarmente, é necessário o conhecimento prévio do que se entende por meio ambiente na ótica do Direito brasileiro assim como os parâmetros de criminalização utilizados por ele.

Nesta seara, o Art. 3º, I, da Lei nº. 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) define o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influência e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

Este conceito, definido pelo legislador infraconstitucional em 1981, foi recepcionado e ampliado pela Constituição Federal quando da sua promulgação, em 1988 (FIORILLO, 2020). Isso se deu porque além de haver a nítida intenção do constituinte na tutela do meio ambiente natural, estendeu a proteção para incluir o meio ambiente artificial, o cultural e o do trabalho como objetos de tutela do Direito brasileiro (FIORILLO, 2020).





O meio ambiente natural, também denominado de meio ambiente físico, diz respeito ao solo, à água, ao ar atmosférico, à flora e à fauna (FIORILLO, 2020) e é protegido constitucionalmente pelo Art. 225, §1º, I, III e VII, como pode ser observado na leitura a seguir:

*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

*§1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;*

*[...]*

*III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;*

*[...]*

*- proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (BRASIL, 1988).*

Por seu turno, o meio ambiente artificial está intrinsecamente relacionado ao conceito de cidade, vez que este é entendido como espaço urbano construído, composto por conjunto de edificações e por equipamentos públicos, que são, por sua vez, denominados também como espaço urbano fechado e espaço urbano aberto, respectivamente (FIORILLO, 2020).

O meio ambiente artificial está tutelado por diversos dispositivos constitucionais, quais sejam, o Art. 21, XX, responsável por determinar a competência material da União para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, o Art. 225 e o Art. 182, responsável pela regulamentação das políticas de desenvolvimento urbano (FIORILLO, 2020).

Além da tutela constitucional assegurada à proteção do meio ambiente, há no ordenamento jurídico uma série de legislações ordinárias responsáveis por regulamentar a atuação do poder público no âmbito infraconstitucional como na Lei nº. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), considerado por muitos doutrinadores do Direito Ambiental como o conjunto de normas mais relevantes no tratar de proteção e regulamentação do meio ambiente artificial (FIORILLO, 2020).

Já ao se tratar do meio ambiente cultural, este é conceituado pelo texto constitucional, especialmente no do Art. 216, que assim o entende:

*Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:*

- I. - as formas de expressão;*
- II. - os modos de criar, fazer e viver;*
- III. - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;*



- IV. - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V. - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (BRASIL, 1988).

Desta feita, o meio ambiente cultural entende-se como a expressão histórica de um povo, bem como sua formação e sua cultura (FIORILLO, 2020).

Por fim, o meio ambiente do trabalho diz respeito ao lugar onde as pessoas exercem suas atividades laborais, sendo estas remuneradas ou não, em que o equilíbrio está embasado pela salubridade do meio e pela ausência de agentes que possam comprometer a segurança física-psíquica dos trabalhadores (FIORILLO, 2020).

O meio ambiente do trabalho recebe também respaldo constitucional, no Art. 200, VIII, bem como no Art. 7º, XXIII, que dispõem, *in verbis*:

*Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:*

[...]

*- colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.*

[...]

*Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:*

[...]

*XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (BRASIL, 1988).*

Como se observa, a proteção imediata do meio ambiente do trabalho está presente nos dispositivos legais vinculados ao direito à saúde ambiental, quais sejam, os Arts. 196 a 200 da Constituição Federal; no entanto, a proteção mediata deste está disposta no Art. 225, caput, do referido diploma legal (FIORILLO, 2020).

Assim, pode-se concluir que o conceito jurídico de meio ambiente se encontra ramificado em várias partes; são estas ramificações o meio ambiente natural, o meio ambiente artificial, o meio ambiente cultural e o meio ambiente do trabalho. Todas estas partes possuem tutela constitucional, vez que, ao salvaguardar o direito a um meio ambiente saudável, garante-se também o direito à saúde daqueles que estão inseridos neste meio e das próximas gerações.

## 2.2. Crime Ambiental e o Bem Jurídico Ambiental Tutelado Pelo Direito Penal

Como visto anteriormente, o direito ao meio ambiente saudável está tutelado pela Constituição Federal de 1988, de modo que não há que se falar em maior lei que visa proteger o meio ambiente.

No entanto, devido a sua importância, o legislador infraconstitucional desenvolveu a Lei nº. 9.605/1998, comumente denominada Lei de Crimes Ambientais (FIORILLO, 2020).



Todavia, de acordo com Hammerschmidt (2021, *apud* PRADO, 2019, p. 117), muito embora a referida Lei seja conhecida por disciplinar e tratar sobre crimes ambientais, trata-se de uma lei híbrida, que versa a respeito de questões de Direito Administrativo e Direito Internacional, além, é claro, de Direito Penal.

Com isso, a tutela do meio ambiente está amparada pela forma mais severa que o ordenamento jurídico brasileiro faz, qual seja, a tutela penal (FIORILLO, 2020).

Outrossim, a Lei nº. 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) foi responsável por propiciar ao direito brasileiro grande inovação no que diz respeito à responsabilização criminal daquele que, nos ditames da lei, atua de forma prejudicial ao meio ambiente, uma vez que abre precedentes para a responsabilização criminal de pessoa jurídica, como pode ser interpretado nos termos dos Arts. 2º e 3º desta, bem como do Art. 225, §3º, da Constituição Federal, *ipsis litteris*:

*Lei nº. 9.605/1998:*

*Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la. (grifou-se)*

*Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade (BRASIL, 1998).*

*Constituição Federal de 1988:*

*Art. 225.*

*[...]*

*§3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (BRASIL, 1988). (grifou-se)*

Desta feita, a exemplo de países como França, Noruega, Venezuela e Portugal, o ordenamento jurídico brasileiro passou a penalizar a pessoa jurídica por crimes cometidos contra o meio ambiente, vez que restou confirmado que os grandes danos ambientais não resultavam de indivíduos sozinhos, de pessoas físicas, mas sim de grandes empresas, de forma corporativa (FIORILLO, 2020).

Apesar de demonstrar avanço, a mudança causou grande controvérsia. Isso ocorreu, pois, ao prever a possibilidade de penalização da pessoa jurídica em casos de crimes ambientais, o legislador infraconstitucional não considerou um aspecto do crime que muitos doutrinadores consideram essencial, qual seja, a vontade humana (FIORILLO, 2020).

No que tange a tutela penal do bem jurídico em questão, trata-se essencialmente do “meio ambiente, em especial, a fauna silvestre, ou seja, os animais que vivem naturalmente fora do cativeiro, nativos ou em rota migratória” (HAMMERSCHMIDT, 2021, p. 321).



Como é perceptível mediante análise legislativa brasileira, no que tange à proteção do meio ambiente, houve uma extensiva expansão de sua proteção, incluindo aspectos anteriormente sequer pensados na promulgação da Constituição de 1988. Tal fenômeno pode ser explicado por várias óticas: os processos de industrialização e expansão de cidades, assim como o aquecimento global tornaram o meio ambiente o centro de demandas públicas e, conseqüentemente, sujeito à tutela do direito. O reflexo da emergência em proteção do meio ambiente pode ser observado no aumento de títulos penais responsáveis por penalizar condutas abrasivas ao meio ambiente, como será, posteriormente, trabalhado no presente artigo.

### 3. RESPONSABILIDADE PENAL

#### 3.1. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

No que se refere à responsabilidade penal, a Lei nº. 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) descreve em seus Arts. 2º e 3º, o debate a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro (HAMMERSCHMIDT, 2021). O que se tornou o estopim para a discussão sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Para a constituição de um crime punível pelo Direito Penal, há a necessidade de este ser fato típico, ilícito e culpável (GRECO, 2019). Ainda neste conceito, para considerar-se crime, inserido dentro do estudo do fato típico a vontade humana, aspecto que, a princípio, não seria possível de ser encontrado em uma Pessoa Jurídica, seja de Direito Público ou Privado.

*Temos a conduta como primeiro elemento integrante do fato típico. Conduta é sinônimo de ação e de comportamento. Conduta quer dizer, ainda, ação ou comportamento humano. [...] Não se fala em conduta de pessoa jurídica no sentido de imputar a esta a prática de alguma ação penal. Embora seja o delito o resultado de uma ação humana, nosso legislador constituinte previu expressamente em nossa Constituição Federal a possibilidade de punir penalmente a pessoa jurídica por ter ela própria praticado uma atividade lesiva ao meio ambiente, conforme se deduz da redação de seu art. 225, §3º (GRECO, 2019, p. 249).*

Assim, como dito anteriormente, com a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, houve significativa crítica de doutrinadores brasileiros, em que este é o entendimento de Dotti (1995, p.184-186), que assim a considerou: “É o ovo da serpente de um processo de eliminação dos princípios e garantias penais e processuais defendidas em regimes políticos liberais do final do Século XVIII [...]”.

Não obstante a dura crítica doutrinária, o Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup> reconheceu, em outubro de 2014, a possibilidade de a pessoa jurídica ser responsabilizada penalmente, admitindo, ainda, a possibilidade de a empresa responder sozinha em casos de crimes ambientais, sem que haja a punição da pessoa física para tanto (HAMMERSCHMIDT, 2021), como estabelece a ementa a seguir:

<sup>3</sup> Trata-se do Recurso Extraordinário nº. 548.181. A decisão deste RE foi publicada em 30 de outubro de 2014 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 548.181**. Rel. Min. Rosa Weber. 1ª. Turma. Acórdão Eletrônico DJe-213. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur282384/false>. Acesso em: 14 set. 2022.



*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, §3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As Organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta.*

*3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. **Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido** (BRASIL, 2014). (grifou-se)*

Desta maneira, Prado (2019, p. 124) aponta que a decisão do Supremo possibilita “a responsabilidade penal da pessoa jurídica de modo direto, quando agrega critério de autorresponsabilidade”, ainda quando “presente um responsável legal (pessoa física)”.

Há que se pontuar, ainda que, muito embora o Supremo adote este entendimento a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica, renomados penalistas brasileiros a consideraram inconstitucional, pois desrespeita:

*[...] a) o princípio da personalidade da pena insculpido no art. 5º, XLV da Carta Magna, o qual dispõe que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”; b) o princípio da individualização e execução da pena, por serem direcionados ao ser humano e por vedarem a punição por delito alheio; c) o princípio da culpabilidade, que carece a pessoa jurídica porque não tem liberdade de responsabilidade, não tem vontade nem potencial consciência da ilicitude; d) **na seara penal, o sujeito ativo tem a imputação e a ação, falta a pessoa jurídica a capacidade de ação, somente tem imputação, visto que quem atua por ela é sempre uma***



pessoa física que a representa: e) e ainda, atinge o princípio da personalidade da pena, porque falta para a pessoa jurídica à capacidade de pena, visto que a pena não exerce nenhum efeito inibidor ou ressocializador na pessoa jurídica (HAMMERSCHMIDT apud ARMELIN, BUGALHO e

SILVA, 2020, p. 308-309). (grifou-se)

A crítica sustenta-se, portanto, na questão do sujeito do delito, como pode ser observado primeiramente no que tange ao sujeito ativo:

*Em relação ao sujeito ativo, trata-se de crime comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa, não havendo nenhuma exigência legal de qualidade específica para o autor. Trata-se de crime unissubjetivo, bastando a existência de um único agente, não sendo vedada, entretanto, o concurso de pessoas (crime de concurso eventual) (HAMMERSCHMIDT, 2021, p. 321).*

Por outro lado, a argumentação realizada pela doutrina majoritária quanto ao sujeito passivo dos delitos envolvendo o meio ambiente é que este se encontra na coletividade, vez que o bem jurídico tutelado possui natureza difusa (HAMMERSCHMIDT, 2021).

Ademais, vale evidenciar que, por se tratar de crime comum, os crimes cometidos contra o meio ambiente podem ser praticados por qualquer pessoa, de modo que não há exigência legal de qualidade específica para o autor (HAMMERSCHMIDT, 2021) e ainda tem como característica tratar-se de crime unissubjetivo, conseqüentemente, exige-se apenas um agente para o enquadramento típico, além da possibilidade de coexistência com concurso de pessoas (HAMMERSCHMIDT, 2021).

Conclui-se, portanto, que é perfeitamente possível que a pessoa jurídica seja responsabilizada por crime ambiental.

Desse modo, conclui-se que a pessoa jurídica deve ser responsabilizada por crime ambiental, pois, apesar da dura crítica doutrinária, o tipo penal possibilita que isso ocorra, ao apontar que se trata de crime comum. Outrossim, caso não haja a responsabilização por crimes graves, como aqueles cometidos contra o meio ambiente, isso abriria grande margem para a falta de ônus de grandes empresas para com o meio ambiente.

### 3.2. Desconsideração da Personalidade jurídica

Como já dito anteriormente, a questão acerca da pessoa jurídica é controversa, isso ocorre, principalmente, pela própria natureza desta:

*Uma ficção jurídica instituída pela lei para suprir a inquietação humana. Permite que os empresários enfrentem os desafios e a álea inerentes à prática comercial. Para abrir um comércio ou uma indústria os sócios se expõem a riscos de vários matizes, que podem redundar em dilapidação patrimonial (ANDRIGHI, 2004).*

Por conseguinte, a criação da pessoa jurídica é adquirida, inicialmente, para a realização da atividade empresarial, possibilitando ainda que possa ser realizada por mais de uma pessoa, uma vez que “por vezes é imprescindível a união de várias pessoas, as quais, todavia, não querem simplesmente entregar recursos para que outra pessoa os administre,



mas querem assumir responsabilidade e atuar diretamente na condução do empreendimento” (TOMAZETTE, 2020).

A personalidade da pessoa jurídica foi criada, portanto, com intuito de incentivar o desenvolvimento de atividades econômicas, dessa maneira, aumentando a arrecadação de tributos, bem como, a produção de empregos e o desenvolvimento econômico e social (TOMAZETTE, 2020).

Como consequência dessa demanda econômica, o ordenamento jurídico nacional “criou” dois tipos de pessoa: a pessoa natural do sócio e a pessoa jurídica, e dessa bipartição advém o princípio da separação patrimonial entre os bens do sócio e os bens da sociedade (ANDRIGHI, 2004).

Desta feita, institui-se um ente autônomo, que possui direitos e obrigações próprias, não se confundindo com a pessoa física que lhe integra, as quais investem parcela de seu patrimônio para tanto, assumindo riscos limitados (TOMAZETTE, 2020).

Ocorre, no entanto, que essa limitação só poderá ser utilizada com as sociedades de responsabilidade limitada – quais sejam, as sociedades anônimas e as sociedades limitadas – sendo estas, atualmente, as mais utilizadas no país (TOMAZETTE, 2009).

Em virtude dessa divisão patrimonial que beneficia a atividade empresarial, as sociedades personificadas são consideradas a chave do sucesso da atividade (TOMAZETTE *apud* ALVES, p. 245) e, com isso, crescem em quantidade cada vez mais, sendo utilizadas como meio mais comum da atividade empresarial (TOMAZETTE, 2020).

*Trata-se de um privilégio assegurado àquelas que se reúnem e desenvolvem conjuntamente determinada atividade econômica (TOMAZETTE *apud* SILVA, p. 73). [...] Infelizmente, o uso adequado da pessoa jurídica por todos que gozem de tal privilégio é uma utopia. (TOMAZETTE, 2020, p. 266).*

Dessa maneira, em se reconhecendo a personalidade jurídica, abre a possibilidade de sociedades regulares, o particular pode explorar a atividade econômica com limitação de prejuízos dos sócios, não atingindo, a princípio, o patrimônio particular do sócio, oriundo, essencialmente, do risco da atividade empresarial (TOMAZETTE, 2020).

Contudo, esta possibilidade abriu margem para uma série de fraudes e de abusos de direito (TOMAZETTE, 2020). Isso ocorre, porque as pessoas jurídicas adquirem, em seu nome, inúmeras obrigações as quais não poderiam cumprir, de modo que, ao tempo do cumprimento da obrigação, não possuem bens o suficiente em seu patrimônio para a satisfação destas (TOMAZETTE, 2020). Assim, os sócios desta pessoa jurídica mantêm os ganhos e o prejuízo da atividade empresarial fica a cargo dos credores e da própria pessoa jurídica (TOMAZETTE, 2020).

Com a finalidade principal de contenção do uso desvirtuoso da atividade empresarial e da pessoa, surgiu no ordenamento jurídico, a argumentação jurídica no que tange a possibilidade material de descon sideração da personalidade jurídica (ANDRIGHI, 2004).

Para fins de conceituação, a teoria da descon sideração da personalidade jurídica é conhecida como aquela que permite ao juiz descon siderar a autonomia jurídica da personalidade da empresa e da personalidade de seus sócios, toda vez que a sociedade tiver sido utilizada para fins ilegais ou que acarretem prejuízo a seus credores (ANDRIGHI, 2004).



*A desconsideração é, pois, a forma de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada, vale dizer, é a forma de limitar e coibir o uso indevido deste privilégio que é a pessoa jurídica (TOMAZZETE apud VERRUCOLI, p. 195), é uma forma de reconhecer a relatividade da personalidade jurídica das sociedades. Este privilégio só se justifica quando a pessoa jurídica é usada adequadamente, o desvio da função faz com que deixe de existir razão para a separação patrimonial (TOMAZETTE apud LATTIN, p. 7).*

Assim, quando a pessoa jurídica é desvirtuada de seu propósito, nada mais justo do que retirar desta os benefícios que a Lei assegura, de modo a descartar a autonomia patrimonial, retirando a separação entre sociedade e sócio, de modo que os efeitos das obrigações adquiridas em nome da pessoa jurídica serão estendidos à pessoa de seu sócio (TOMAZETTE, 2020).

*A teoria da desconsideração não visa destruir ou questionar o princípio da separação da personalidade jurídica da sociedade da dos sócios, mas, simplesmente, funciona como mais um reforço ao instituto da pessoa jurídica, adequando-o a novas realidades econômicas e sociais, evitando-se que seja utilizado pelos sócios como forma de encobrir distorções em seu uso (TOMAZETTE apud SILVA, 1999, p. 35).*

Trata-se, porém, de medida excepcional, pois a regra que prevalece é a autonomia patrimonial, sendo uma exceção à desconsideração, devendo ser o fator primordial para o início do processo de desconsideração a comprovação cabalmente o desvio no uso da pessoa jurídica, em que é ainda necessária a averiguação no âmbito jurisdicional, para assim a desconsideração da pessoa jurídica ser viável (TOMAZETTE, 2020).

Conclui-se que a desconsideração da personalidade jurídica possui a finalidade principal de conter fraudes, e de evitar que seu propósito seja desvirtuado e, como consequência, os benefícios da autonomia patrimonial desaparecem, isto é, são estendidos para a pessoa do sócio os efeitos das obrigações adquiridas em nome da pessoa jurídica.

#### **4. DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE PELA VALE S.A. NO CASO DO ROMPIMENTO DE BARRAGEM DE BRUMADINHO**

##### **4.1. O Caso do Rompimento da Barragem e os Danos Causados ao Meio Ambiente em Brumadinho**

Em 25 de janeiro de 2019, às 12h28min24s, a barragem B1, no Córrego do Feijão da Mineradora Vale S.A., rompeu-se, na cidade de Brumadinho, Estado de Minas Gerais (GOULART, 2019). O topo da barragem que, antes possuía uma grama verde clara, começou a descer, deslocando-se do resto da superfície (RAGAZZI e ROCHA, 2019). Era como se o chão estivesse desmoronando, abrindo um enorme buraco no topo da estrutura (RAGAZZI e ROCHA, 2019).

Com o colapso da barragem, apenas segundos mais tarde, às 12h28min40s, os rejeitos foram ejetados para fora em alta velocidade, de forma que o verde claro da grama deu lugar a uma intensa névoa cor de terra (RAGAZZI e ROCHA, 2019). Este tsunami de lama tinha o equivalente a 4.200 piscinas olímpicas, com 50m de comprimento e 2m de





profundidade, que avançava impiedosamente, engolindo tudo e todos em seu caminho, a cerca de 108km/h (cento e oito quilômetros por hora) (RAGAZZI e ROCHA, 2019).

A gigantesca onda repleta de rejeitos de mineração seguiu adiante em sua rota, implacável, arrancando árvores pela raiz por onde passava, levando-as junto de estruturas de prédios, carros, tratores e até mesmo caminhões de 100 toneladas (ARBEX, 2022). No momento em que a barragem rompeu, haviam 27 funcionários da Reframax Engenharia que estavam trabalhando em uma escavação da estrada, cujas vidas foram perdidas sem que houvesse qualquer chance de salvação (ARBEX, 2022).

Às 13h27min, uma hora após o rompimento da barragem B1, a Vale S.A. lançou uma nota para a Secretaria de Meio Ambiente do Estado de Minas Gerais, em que informou

“lamentar profundamente o acidente”, avisando, ainda, que os rejeitos haviam atingido não somente a área administrativa da companhia, como também haviam chegado ao refeitório da Mineradora, bem como a uma parte da comunidade vizinha, a Vila Ferteco (RAGAZZI e ROCHA, 2019).

Nesse momento, o Corpo de Bombeiros de Minas Gerais iniciou uma grande operação de resgate, a qual viria a ser, nos próximos meses, a maior da história da corporação e do país (RAGAZZI e ROCHA, 2019). De acordo com o coronel Erlon Dias, a equipe de resgate poderia ter pela frente “uma nova Mariana” (RAGAZZI e ROCHA, 2019).

O rompimento da barragem de Brumadinho ocorreu apenas três anos e doze semanas após o de Mariana, também em Minas Gerais, em novembro de 2015 (RODRIGUES, 2019). No entanto, o acidente de Brumadinho deixou muito mais vítimas humanas, com pelo menos 266 mortos e 4 pessoas ainda desaparecidas. A barragem de Brumadinho é do mesmo tipo da barragem de Mariana (RODRIGUES, 2019).

De acordo com Rodrigues (2019): “Chamado de “a montante”, é um tipo de barragem que permite a ampliação para cima do dique usando o próprio rejeito como fundação. É um dos modelos de construção de barragens mais usados na mineração, por causa do custo, mas também um dos mais instáveis”.

Às 15h50min, as toneladas de lama com rejeitos de minérios de ferro chegam ao Rio Paraopeba, contaminando um dos mais importantes afluentes do rio São Francisco, contaminando-o (RAGAZZI e ROCHA, 2019).

Com a possível contaminação do rio São Francisco após seu afluente ter sido contaminado, uma enorme quantidade de informações chega aos noticiários e redes sociais, onde os usuários da esfera digital usam hashtags como “#naofoiacidente”, “#valeassassina” e “#novamariana” (RAGAZZI e ROCHA, 2019).

Ademais, conforme supramencionado, o meio ambiente é patrimônio da humanidade e possui tutela especial (PRETEL, VASCONCELOS e OLIVEIRA, 2020), como se vê pela proteção oferecida a este pela Constituição Federal e por normas infraconstitucionais, como a Lei nº. 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) e a Lei nº. 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais).

O caso do rompimento de barragem de Brumadinho veio depois de uma série de erros, mau gerenciamento e negligência por parte da Mineradora Vale S.A., assim como ocorreu com a barragem de Mariana, poucos anos antes (CUNHA, 2020). Ainda assim, os responsáveis não foram responsabilizados pelos seus erros (CUNHA, 2020).



É importante pontuar que ambos os desastres ambientais ocorreram devido as atividades da mesma empresa, qual seja, a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), que alguns anos mais tarde, viria a adotar o nome de “Vale” (RAGAZZI e ROCHA, 2019).

*No caso de Brumadinho, estima-se que as multas se acumulem em R\$ 250 milhões pelo IBAMA, R\$ 99 milhões pelo governo de Minas Gerais, R\$ 100 milhões pela Prefeitura de Brumadinho e R\$ 50 milhões pela Prefeitura de Juatuba, devido contaminação do Rio Paraopeba (PRETEL, VASCONCELOS e OLIVEIRA, 2020, p. 74).*

Estes valores dizem respeito apenas a indenização inicial (CUNHA, 2020). No entanto, antes de pontuar especificamente sobre a responsabilização penal ambiental da Vale S.A. e dos responsáveis por trás desta, é necessário compreender a magnitude dos danos ambientais causados, senão veja-se (CUNHA, 2020):

*A lama liberada pelo rompimento da barragem percorreu cerca de 205km, tendo um volume de rejeitos 50 vezes menor que o de Mariana. Contudo, atingiu um dos afluentes do Rio São Francisco, o Rio Paraopeba, contaminando o reservatório da Usina Retiro Baixo. [...] Ademais, a lama liberada pelos rompimentos atingiu regiões próximas as barragens, formando uma espécie de cobertura no local, atingiu uma área de 3,6km<sup>2</sup>, o que equivaleria a área de 504 campos de futebol do tamanho do Maracanã (PRETEL, VASCONCELOS e OLIVEIRA, 2020, p. 74).*

A extensão do dano ambiental faz com que exista a possibilidade de o meio ambiente nunca mais se recuperar, uma vez que este tipo de resíduo é de difícil remoção (CUNHA, 2020). Ademais, existem ainda os danos humanos, econômicos e sociais, que realmente, jamais poderão ser remediados (CUNHA, 2020).

Além dos danos ambientais óbvios, há, ainda, que se avaliar estes por um olhar mais crítico, a fim de notar que as proporções são ainda maiores do que se pensa inicialmente:

*A cobertura feita pela lama acarreta no impedimento do desenvolvimento de espécies vegetais, em decorrência da ausência de matéria orgânica na lama deixando a região infértil. [...] De acordo com análises de dados, o nível de cobre presentes nas águas do Rio Paraopeba chega até 600 vezes acima do permitido a rios usados com a finalidade de abastecimento humano, irrigação de plantações, pesca e lazer. Além de minerais como ferro, manganês e cobre, o cromo foi encontrado com nível de até 42 vezes maior do que o aceitável na legislação. (PRETEL, VASCONCELOS e OLIVEIRA, 2020, p. 75).*

Desta forma, fica ainda mais evidente que os danos ambientais causados devido ao rompimento da barragem de Brumadinho possuem proporções gigantescas e irremediáveis. Consequentemente, pode-se pontuar que se trata de um crime ambiental em larga escala, tanto nacional quanto internacionalmente. Diante desta situação, busca-se a devida aplicação do ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que diz respeito a tutela penal do meio ambiente, em busca da responsabilização dos envolvidos, *in casu*, a pessoa jurídica Vale S.A.



## 4.2. Sanções Penais Imputadas à Vale S.A.

De acordo com o site do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, os principais procedimentos de investigação instaurados e ações ajuizadas ocorreram ainda no ano de 2019, quando da ocorrência do rompimento da barragem de Brumadinho. Estas medidas adotadas pelo Ministério Público visam investigar as causas, apurar responsabilidades e buscar a adoção de medidas de emergência e de reparação aos danos, tanto àqueles causados contra as pessoas como ao meio ambiente (MPMG, 2019). Como medidas, tem-se estas:

*Procedimentos de investigação abertos pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais:*

1) *Inquérito Civil 0090.19.000014-2*

*Objeto: levantamentos em relação aos danos ambientais verificados em decorrência do rompimento das barragens na Mina Córrego do Feijão, inclusive, para a tutela da vida animal, visando a colheita das provas necessárias à adoção de providências para a reparação dos danos. 2) Procedimento Investigatório Criminal MPMG-0090.19.000013-4 Objeto: apuração da responsabilidade pelo rompimento da barragem córrego do Feijão, em Brumadinho/MG*

*Inquérito Civil MPMG-0090.19.000012-6*

*Objeto: levantamento de vítimas da ruptura das barragens de rejeitos da Mina Córrego do Feijão e providências para salvaguarda de seus direitos.*

*Inquérito Civil MPMG-0090.19.000011-8*

*Objeto: apuração dos fatos que resultaram no rompimento da barragem de rejeitos minerários localizada na Mina Córrego do Feijão, bem como para identificação dos responsáveis pelo fato e providências cabíveis para salvaguarda dos recursos naturais e das vítimas, além da responsabilização do(s) administrador(es) do empreendimento. 5) Inquérito Civil MPMG-0024.19.001433-2*

*Objeto: investigação das repercussões, no âmbito dos direitos humanos, decorrentes do rompimento da barragem de rejeitos minerais pertencentes à mineradora Vale S. A., localizada em Córrego do Feijão, em Brumadinho.*

*Ações ajuizadas pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais:*

1. *Ação 0001827-69.2019.8.13.0090 Objetivo: garantir o abrigamento das famílias removidas pela Defesa Civil de suas moradias em imóveis, hotéis e pousadas, e bloqueio de \$ 5 bilhões da mineradora.*
2. *Ação 0001835-46.2019.8.13.0090 Objetivo: bloqueio de R\$ 5 bilhões da mineradora Vale visando garantir a adoção de medidas emergenciais e a reparação de danos ambientais.*



3. 2.1 Ação 5000056-68.2019.8.13.0090 (nova numeração). Objetivo: pedido principal de reparação dos danos ambientais ocasionados pelo rompimento da barragem em Brumadinho.
4. Ação 5013909-51.2019.8.13.0024 Ação contra a Vale para adoção de medidas em relação a barragens consideradas em zona de risco ou atenção (ALARP Zone).
5. Ação 5000053-16.2019.8.13.0090 Ação contra a Vale para reparação integral dos danos socioeconômicos causados pelo rompimento da barragem em Brumadinho (MPMG, 2019).

Pode-se observar, portanto, a aplicação do princípio da intervenção máxima no que tange a responsabilização penal dos crimes ambientais que ocorreram em Brumadinho (CUNHA, 2022). Ao realizar um pequeno comparativo com as sanções impostas em um caso semelhante – qual seja, o de Mariana, que ocorreu em 2015 – temos aqui penalidades aplicadas de maneira mais rigorosa, que talvez se dê por conta da proximidade dos dois acontecimentos (CUNHA, 2022).

De acordo com os procedimentos de investigação e as ações ajuizadas pelo Ministério Público, também se observa que foram aplicadas parcialmente as três esferas de responsabilização presentes na Lei nº. 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) – Administrativa, Civil e Penal – de modo que houve a aplicação da tríplice penalização (CUNHA, 2022). Assim, ainda que a natureza destas sanções varie entre os eixos socioambiental, socioeconômico e criminal, uma vez que a atuação do Ministério Público visou, desde o início, a reparação dos danos ambientais, às pessoas atingidas e a responsabilização criminal dos envolvidos (GOULART, 2019).

Em suma, embora a atuação do Ministério Público de Minas Gerais tenha se dado em sentido amplo, a fim de responsabilizar a Vale S.A., o que se espera é que, devido a dois desastres ambientais tão graves quanto o de Mariana e o de Brumadinho, futuramente, não somente as penalidades para tais situações sejam mais rigorosas, mas também que haja mais fiscalização, uma vez que estas tragédias irremediáveis poderiam ter sido evitadas.

## 5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, pode-se observar que desastres ambientais como o ocorrido em Brumadinho, decorrentes de falhas técnicas e negligência, representam um enorme risco à saúde coletiva, uma vez que atingem diretamente o meio ambiente, de forma que expõe espécies de animais e a própria população a grandes riscos.

Isso ocorre, pois desastres em barragens de mineração expõem o meio ambiente ao contato com agentes tóxicos presentes nos rejeitos de minérios, de modo a desequilibrá-lo, em especial, a fauna silvestre. Sendo assim, os problemas ocasionados devido a estes acontecimentos produzem efeitos imediatos, mas também efeitos a longo prazo, pois, com o decorrer do tempo, o dano causado pode levar animais a extinção e a perda de grandes rios.

No caso estudado, o rio Paraopeba, um dos principais afluentes do rio São Francisco, foi imediatamente afetado pelos rejeitos de mineração, após o rompimento da barragem em Brumadinho, o que levou, conseqüentemente, ao risco de contaminação do rio São Francisco.

Após o rompimento da barragem, esta foi uma das situações que fizeram a população brasileira se revoltar com a Vale S.A., mineradora responsável pela barragem em Brumadinho



e, anos antes, responsável pela barragem que também se rompeu em Mariana, no Estado de Minas Gerais – na época, sob a denominação de Companhia Vale do Rio Doce (CVRD).

Devido a dois acontecimentos catastróficos para a saúde do meio ambiente, que ocorreram em um curto espaço de tempo, faz-se indispensável uma reflexão a respeito da tutela penal do meio ambiente, principalmente no que diz respeito a pessoas jurídicas.

Inicialmente, houve discussão doutrinária, assim como nos Tribunais Superiores, a respeito deste assunto. No entanto, chegou-se à conclusão de que grandes danos ambientais não decorrem da conduta humana individualizada, mas sim de grandes empresas, como é o caso da Vale S.A.

Devido aos danos ambientais em larga escala, de proporções irremediáveis, no caso do rompimento da barragem de Brumadinho, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais aplicou sanções penais, cíveis e administrativas. Em um comparativo, as sanções impostas à Vale S.A. nos casos de Mariana e Brumadinho, há maior severidade naquelas aplicadas no segundo caso, muito provavelmente devido à proximidade dos eventos e a negligência por parte da empresa, que tinha conhecimento da instabilidade da barragem de Brumadinho.

Nesta seara, abre-se a possibilidade de discussão a respeito da Pessoa Jurídica e a desconsideração da personalidade jurídica desta. A desconsideração poderá ocorrer quando a Pessoa Jurídica se desvirtuar de seu objetivo, como no caso de cometimento de crimes, quando a finalidade principal da atividade empresarial for desvirtuada, de forma que os benefícios concedidos à Pessoa Jurídica lhe serão retirados. Assim, ao adotar essa medida excepcional, não há mais separação entre a sociedade e o sócio, de forma que este último poderá responder pelas responsabilidades que foram adquiridas em nome da empresa.

Deste modo, embora a aplicação de sanções ou até mesmo a penalização de condutas não seja sempre o caminho correto a ser tomado para coibir determinadas situações, em casos como o estudado, por vezes, este é o caminho a ser tomado, pois danos ambientais de tamanha extensão tem grande chance de que o meio ambiente nunca mais volte a se recuperar, mas o agente causador de tamanho desastre deve ser responsabilizado, para que se possa buscar ao máximo a recuperação dos estragos.

## REFERÊNCIAS

ANDRIGUI, Fatima Nancy. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.mprs.mp.br/media/areas/consumidor/arquivos/desconsideracao.pdf>. Acesso em: 16 set. 2022.

ARBEX, Daniela. **Arrastados**: os bastidores do rompimento da barragem de Brumadinho, o maior desastre humanitário do Brasil. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2022. 328 p.

BRASIL. **Vade mecum**. 33. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. 2565 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 548.181**. Rel. Min. Rosa Weber. 1ª. Turma. Acórdão Eletrônico DJe-213. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur282384/false>. Acesso em: 14 set. 2022.

CONTE, Christiany Pegorari; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Crimes ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2012. 216 p.



CUNHA, Gabriela de Moura. **Direito ambiental e a responsabilidade penal dos danos ambientais: caso Brumadinho** – MG. 2020. 40 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Evangélica de Rubiataba, Goiás, 2020.

DOTTI, René Ariel. **A incapacidade criminal da pessoa jurídica** in Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 3, n. 11, p. 184-207.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 952 p.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 21. ed. rev. atual. e aum. Niterói: Impetus, 2019. 972 p. v. 1.

HAMMERSCHMIDT, Denise (coord.). **Comentários às leis penais e processuais penais**. Curitiba: Juruá, 2021. 1.232 p.

Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Caso Brumadinho: procedimentos de investigação instaurados e ações ajuizadas**. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/portal/menu/comunicacao/noticias/caso-brumadinho-procedimentos-de-investigacao-instaurados-e-acoes-ajuzadas.shtml>. Acesso em: 20 set. 2022.  
PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente: crimes ambientais (Lei 9.605/1998)**. 7. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 456 p.

PRETEL, Ariel Fernandes; VASCONCELOS, Priscila Elise Alves; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Responsabilidade penal ambiental e aplicabilidade de princípios constitucionais** in Revista Brasileira Gestão Ambiental Sustentável, 2020. v. 2, n. 15, p. 69-81.

RAGAZZI, Lucas; ROCHA, Murilo. **Brumadinho: a engenharia de um crime**. Minas Gerais: Letramento, 2019. 256 p.

RODRIGUES, Sabrina. **Retrospectiva: rompimento da barragem de Brumadinho foi a primeira grande tragédia ambiental do ano**. Disponível em: <https://oeco.org.br/noticias/rompimento-da-barragem-de-brumadinho-e-a-primeira-grande-tragedia-ambiental-do-ano/>. Acesso em: 14 set. 2022.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 720 p. v. 1.



## IX. DAS MEDIDAS PROTETIVAS À CRIANÇA VÍTIMA DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR

Larissa Gabriela Leite<sup>1</sup>  
Jaqueline Odorico da Silva Tourinho<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS NO BRASIL. 2.1 Mudanças sócio-históricas na trajetória da criança. 2.1.1 *O Código de Menores*. 2.1.2 *A Constituição Federal*. 2.1.3 *O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA*. 3 VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A CRIANÇA. 3.1 O abuso sexual infantil. 3.1.1 *Categorias do abuso infantil: intrafamiliar e extrafamiliar*. 4 MEDIDAS PROTETIVAS À CRIANÇA VÍTIMA DE ABUSO SEXUAL. 4.1 Aplicabilidade das medidas protetivas do ECA. 4.2 Os instrumentos do ECA e a efetividade das Medidas Protetivas. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** Este trabalho tem por objetivo compreender as Medidas Protetivas do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA ofertadas à criança vítima de abuso sexual intrafamiliar. Sabe-se que o abuso sexual tem crescido exponencialmente no Brasil, restando clara a necessidade em versar acerca deste tema dentro do âmbito acadêmico, sobretudo o Direito e suas instâncias. Aliado a isso, a história sobre a criança e seus desdobramentos até chegar ao reconhecimento de “sujeito de direitos”, isto é, quando lhes são garantidos os princípios a partir da Constituição Federal de 1988, é permeada por transformações ocorridas tardiamente, de modo que a instrumentalização do Estatuto e seus órgãos competentes ocorreram na década de 1990, tendo completado seu 30º recentemente, o que leva à questão acerca da aplicabilidade das Medidas Protetivas do ECA e sua eficácia. Para tanto, um recuo à criação do Estatuto e seus desdobramentos, bem como às adoções de códigos e legislações que o antecedem, é retomada neste trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Medidas Protetivas. 2. Criança. 3. Abuso Sexual Intrafamiliar. 4. Violência.

**ABSTRACT:** This work aims to understand the Protective Measures of the Child and Adolescent Statute in Brazil, offered to the child victim of intrafamily sexual abuse. Sexual abuse grows exponentially in Brazil, and makes the need to discuss this topic within the academic environment, especially Law and its instances. In the same way, the history about the child and its developments until reaching the recognition of “subject of rights”, that is, when the principles are guaranteed from the Federal Constitution of 1988, is permeated by transformations that occurred late, so that the instrumentalization of the Statute and its competent apparatus took place in the 1990s, completing its 30th recently, which leads to the question about the applicability of the ECA's Protective Measures and their effectiveness. In this sense, a retreat to the creation of the Statute and its consequences, as well as the adoption of codes and legislation that precede it, is resumed in this work.

**KEYWORDS:** 1. Protective Measures. 2. Child. 3. Intrafamilial Sexual Abuse. 4. Violence.

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Faculdade Maringá.

<sup>2</sup> Mestre em Direito. Professora de Direito Penal no curso de Direito da Faculdade Maringá.



## 1. INTRODUÇÃO

A violência sexual intrafamiliar é um problema social reconhecido, que fere as garantias da Constituição Federal (CF/1988), bem como daquilo garantido e instrumentalizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a partir da Lei n. 8.069/1990.

Em seus primeiros estágios do desenvolvimento – haja vista a fragilidade da fase inicial da vida do ser humano – a criança precisa de proteção integral. Diante das inúmeras formas de violência (física, psicológica, etc.), a violência sexual é uma das mais graves, pois gera sequelas que perpassam todas as fases do desenvolvimento humano (FARIAS, 2017).

A respeito do abuso sexual infantil, este não tem uma fórmula que se repete, podendo se manifestar de diversas maneiras. Nos casos em que o abuso infantil ocorre em um ambiente intrafamiliar, é importante considerar o grande número de subnotificações, já que muitas das vezes o agressor é também aquele que provê a economia para a família, portanto, os casos acabam sendo silenciados.

O tema do abuso sexual infantil intrafamiliar é de grande debate, pois sabe-se que ocorrem com determinada frequência. Dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) (2020) corroboram esta hipótese, pois apontam que em 2019, 159 mil registros foram feitos pelo Disque Direitos Humanos ao longo do ano, em que 86,8 mil eram relacionados a violações de direitos da criança ou adolescente – quase 14% em relação ao ano anterior, em 2018.

Aliado a isso, tem-se o período atual, em que a pandemia da Covid-19 e seu principal mecanismo de enfrentamento, o isolamento social, deixou inúmeros familiares convivendo sob o mesmo teto diariamente. Este contexto torna ainda mais “vulnerável as crianças (...) com histórico de violências, ao passo que outras podem vivenciar abusos e violências pela primeira vez” (CUSTÓDIO; CABRAL, 2021, p. 2).

É importante que estudos se firmem cada vez mais, com vistas a analisar como os meios jurídicos – neste caso o Estatuto da Criança e do Adolescente e as medidas protetivas que dele derivam – coíbem a prática e quais as consequências quando do ato realizado. Também, importante perquirir o caminho que a proteção ofertada à criança vítima de abuso infantil se delimita no Brasil, é para este espaço que esta pesquisa se direciona.

Tendo isso em vista, este trabalho se propõe a trazer aspectos relacionados às medidas protetivas instrumentalizadas pelo ECA, que correspondem às Pastas Especiais, associadas às crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar. Para tanto, as seções se dividem da seguinte forma: na seção 2 são abordados os aspectos históricos e sociais ligados à criança no Brasil, como foi se estruturando o reconhecimento delas e como passaram a ser vistas enquanto sujeito de direitos; na seção 3, os eixos abordados se fundamentam na violência sexual contra a criança, compreendendo os seguintes termos: violência sexual e violência sexual intrafamiliar; a seção 4 será destinada às medidas protetivas segundo às proposições do ECA.

Por fim, a conclusão da pesquisa realizada.





## 2. CRIANÇA COMO SUJEITO DE DIREITOS NO BRASIL

### 2.1. Mudanças sócio-históricas na trajetória da criança

#### 2.1.1. O Código de Menores

O século XX na sociedade brasileira foi permeado por mudanças substanciais, principalmente em seu início, quando o país se reorganizava política e economicamente depois da conquista de sua independência. Após se delimitar enquanto República, diversos foram os questionamentos lançados sobre o papel atribuído ao Estado diante das questões sociais. Aliado a isso, o período contou com o surgimento de instituições para educação, repressão e assistência a crianças (ABREU, 1997).

Embora a preocupação com as crianças estivesse ganhando destaque aos olhos das autoridades, o cerne da questão girava ao redor da criminalidade. Como bem afirma Paes (2013), perpetuava-se uma perspectiva higienista de viés eugenista. Eis, portanto, o grande eixo com relação à criança e aos juvenis, como era mencionado na época: “o problema do menor” (PAES, 2013).

A prática higienista – a mesma que por muito tentou transformar a antiga capital do Brasil (hoje o Estado do Rio de Janeiro), em um modelo parisiense de vida cotidiana (sem lograr êxito) (MACHADO, 2011) – se vinculou ao discurso de conscientização da gravidade de existência sob condições precárias, sobretudo das crianças pobres, pois era crescente a taxa de mortalidade infantil, cujo índice sinalizava, em média, 70% (PAES, 2013).

Sob uma nova forma de pensar são inauguradas novas práticas voltadas à construção de uma noção de civilidade, práticas de modernização e projeto de construção de uma nação forte. Este contexto é o mesmo que abre espaço para uma maior preocupação em torno da infância, seus deveres e seus direitos (VERONESE, 1997).

Neste ínterim, é promulgado o primeiro Código de Menores do Brasil – a partir do decreto n. 17943-A, de 12 de outubro de 1927. Neste, ficou delimitado que era tutela do estado o “menor” que estivesse “em situação irregular”. Estudos que versam sobre esse contexto buscam explicá-lo como um divisor de águas em como a criança passa a ser vista, uma vez que criava duas perspectivas: o menor abandonado e o menor delinquente (SILVEIRA, 1984 apud PAES, 2013).

Segundo Veronese (1997), o Código de Menores foi um instrumento em que foi dado, pela primeira vez no Brasil, direitos e deveres aos infantes. Neste escopo, a assistência à infância teve uma mudança de paradigma: da esfera punitiva para a esfera educacional. Como a autora Paes (2013) apresenta em seu texto, esse momento é importante, uma vez que:

*O Poder Judiciário cria e regulamenta o Juizado de Menores e todas suas instituições auxiliares. O Estado assume o protagonismo como responsável legal pela tutela da criança órfã e abandonada. A criança desamparada, nesta fase, fica institucionalizada, e recebe orientação e oportunidade para trabalhar (PAES, 2013, online).*

Este contexto serviu de base para a construção do Serviço de Assistência a Menores (SAM), criado em novembro de 1941 para atender a todo o Brasil. O SAM foi o primeiro órgão federal que se tornou responsável pelo controle da assistência ofertada aos menores em escala nacional. Oferecia atendimento aos menores abandonados e desvalidados e depois os encaminhava para as instituições oficiais que existiam na época. Com relação aos



delinquentes, estes eram enviados aos reformatórios ou, como afirma Pedrosa (2015), às colônias correlacionais.

Cabe frisar que em 10 de outubro de 1979, um 2º Código de Menores foi instituído, onde foi adicionada a doutrina de proteção integral da criança – algo que a concepção do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA vai colher alguns anos depois, e que será melhor discutido neste trabalho (PEDROSA, 2015).

### **2.1.2. A Constituição Federal**

Depois do *Código de Menores* instrumentalizado na década de 1920 e todo o contexto internacional que deriva em espaço brasileiro, os avanços vinculados aos direitos sociais foram apresentados no texto constitucional de 1988. A promulgação da Constituição Federal (CF) em 1988 trouxe alterações substanciais que representam um marco jurídico.

De acordo com o artigo publicado pelo Supremo Tribunal Federal – STF (2018), dentre o rol de direitos e garantias fundamentais estabelecidos no texto da CF, encontra-se disposto em seu artigo 6º, a proteção à infância. Foi sobretudo a partir deste ponto que a Constituição passou a abarcar políticas sociais como instrumento de garantia a esses direitos.

Somado a isso, encontra-se a Defensoria Pública, o Conselho Tutelar e a fiscalização realizada pelo Ministério Público – garantindo a proteção à tutela da infância e também da adolescência no Brasil. Foi neste momento que crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidos como cidadãos de direitos e deveres (STF, 2018).

Em seu capítulo dedicado à família, crianças e adolescentes, no art. 227, a Constituição dispõe a Lei Maior, que estabelece ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, com prioridade absoluta, os direitos das crianças e dos adolescentes, à exemplo do direito à vida, à saúde, à alimentação e à educação” (STF, 2018, n.p).

Em 13 de julho 2010, a Emenda Constitucional (EC) 65 conferiu ao referido caput uma nova redação, em que foram dados às crianças e adolescentes os seguintes direitos:

*É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, CF/88, Art. 227).*

Para tal, a Constituição prevê, como expõe o STF (2018), a execução de programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e também do jovem, por meio da adoção de medidas específicas.

Na esteira do art. 228, em que foi definida a imputabilidade penal aos 18 anos e as normas da legislação especial aplicada à criança, são encontrados, ao todo, 267 artigos que regulamentam saúde, educação, violência e crimes contra a criança, bem como trabalho infantil, guarda, tutela, adoção, entre outros (STF, 2018).

Este cenário foi propício para o “nascimento” do Estatuto da Criança e do Adolescente, discutido a seguir.

### **2.1.3. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA**

Tendo surgido em 13 julho de 1990 a partir da Lei Federal n. 8069 após aprovação no Congresso Nacional, o ECA instrumentalizou-se e ficou reconhecido como um marco legal onde foram reunidas reivindicações fomentadas por movimentos sociais que se incumbiam de



defender as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, devendo ser garantidos o acesso à cidadania e, da mesma forma, a proteção.

Destarte, foram incorporadas no texto constitucional as bases que há muito estavam sendo discutidas em âmbito internacional, como o caso da *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*, em destaque na ONU desde a década de 1970 (MICELI, 2010).

Derivou-se disso não apenas a Lei Federal que instrumentalizou o ECA em 1990, como também o Decreto n. 99.710, do mesmo ano, que ratificou os direitos da criança a partir das tramitações internacionais.

Segundo Miceli (2011), os objetivos destas legislações, em especial a do ECA, tinham por finalidade alcançar qualquer criança, não somente aqueles que estivessem diante de uma situação dita irregular.

Após a implantação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), o abuso sexual contra a criança ganhou destaque e importância na sociedade brasileira.

Não somente, o ECA foi também o responsável por estabelecer limites tanto às autoridades parentais (ou responsáveis pela criança ou adolescente), quanto à “autoridade jurídica, institucional e policial” (FARIAS, 2017, p. 20).

Segundo Miceli (2011), não há de fato uma especificidade de garantia às crianças que se difere dos adolescentes, em geral, ambos gozam dos mesmos limites. Entretanto, não é escopo deste trabalho se esmiuçar acerca das práticas jurídicas que tangenciam os adolescentes, tampouco verificar se existe uma diferença simbólica e estrutural para o trato com ambos, mas versar acerca da criança para o ECA e como esse instrumento se vale, entre suas medidas protetivas, para ofertar o direito à criança vítima de abuso intrafamiliar.

Valendo-se do exposto no Art. 2, do ECA, fica estabelecido que:

*Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade (BRASIL, Lei n. 8090/1990, Art. 2).*

É desta criança que este trabalho trata, bem como das medidas protetivas fundamentadas e instrumentalizadas pelo ECA a respeito da criança vítima de abuso sexual intrafamiliar. Destarte, no próximo tópico, serão abordados os tipos de violência contra criança, de modo breve, até chegar à violência sexual.

### 3. VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A CRIANÇA

#### 3.1. O abuso sexual infantil

De acordo com Conceição et al. (2019), o abuso sexual ou a violência sexual infantil é um crime previsto na legislação brasileira, que engloba violação dos direitos humanos e fere a dignidade e cidadania das crianças e adolescentes. Quando ocorre, tem um forte impacto no bem-estar e afeta sobremaneira a qualidade de vida da vítima e dos familiares.

Em se tratando de números, em 2014, uma pesquisa guiada por Allroggen, Rau e



Fegert (2014 apud CONCEIÇÃO et al., 2018), indicou “que as taxas de prevalência do assédio sexual entre escolares variam de 10 a 80% e por ser tão comum, acaba sendo banalizado e pouco debatido na sociedade” (p. 5)

Cabe destacar que este é um tema de grande debate dentro da comunidade científica, uma vez que existe uma problemática acerca das vítimas menores de idade e, no caso deste trabalho, as crianças até seus 12 anos incompletos (BRASIL, Lei n. 8.069/1990, Art. 2). O desenvolvimento da criança está se pulverizando nesse momento da vida, não tendo ainda alcançado o discernimento necessário para agir em função integral de sua autodefesa (BALBINOTTI, 2009).

É indubitável que a violência se faz presente no cenário social, sendo um dos maiores problemas enfrentados pela sociedade. Suas diversas formas de manifestação podem ocorrer a partir de atos violentos ocasionados por força física, contra algo ou alguém, ou mesmo a partir de uma intimidação moral (BALBINOTTI, 2009).

De modo geral, a violência doméstica contra crianças se diz de todo ato ou omissão a ser praticado tanto por pais, responsáveis ou parentes, capaz de causar dano físico, sexual ou psicológico à vítima. Nas palavras de Balbinotti (2009):

*[...] implica, de um lado, uma transgressão do poder/dever de proteção do adulto e, de outro, uma coisificação da infância, isto é, uma negação do direito que crianças e adolescentes têm de serem tratados como sujeitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento (BALBINOTTI, 2009, p. 6.*

Neste escopo, a violência sexual ou exploração sexual se relaciona ao ato sexual – podendo ser uma relação hetero ou homo entre adulto e criança – em que esta última é utilizada como objeto de estímulo sexual pelo primeiro (BALBINOTTI, 2009).

Também pode ser um ato que se define a partir do envolvimento de crianças (e adolescentes) que sem condições de entender completamente os abusos, consentem a violação de seus corpos. Esses casos incluem a pedofilia, abusos violentos e frequentes, incestos, entre outros.

De forma similar, Schuengue (2021) afirma que a violência contra a criança pode ser praticada de diferentes formas: física, sexual, psicológica, pode derivar-se da negligência de outros ou ainda a partir de si próprio, com a autoagressão. Segundo a autora, a violência sexual se configura a partir da estimulação sexual da criança (ou utilização dela) como meio de satisfação também sexual de um adulto ou de um outro terceiro mais velho.

Segundo dados da Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência (ABRAPIA) (2002), a violência ou abuso pode ocorrer mediante a presença ou não de contato físico. Seu início conta com formas menos invasivas de contato, que se sobressai a partir de uma demonstração afetiva exacerbada, que aumenta em sua frequência e contato físico. É importante destacar que não se trata de um padrão, mas uma das formas mais comuns de iniciar esse ato de abuso contra a criança.

Muitas são as vezes em que a criança passa a se sentir culpada pela situação e, como consequência, se cala diante dos atos. Isso ocorre em casos que a vítima passa a entender cada vez mais sobre a violência sentida, e o agressor se utiliza de diversas ameaças para exigir dela o silêncio (CONCEIÇÃO et al., 2019).

A literatura médica se debruça sobre as consequências da violência sexual, afirmando que dentre elas, há o destaque para o grande fator de risco de desenvolvimento de



psicopatologias. Os quadros de adoecimentos psíquicos podem variar desde depressão e transtornos de ansiedade, como transtornos dissociativos, alimentares, déficit de atenção, transtorno de estresse pós-traumático, entre outros (CONCEIÇÃO *et al.*, 2019).

### 3.1.1. *Categorias do abuso infantil: intrafamiliar e extrafamiliar*

Um dos perigos do abuso infantil, segundo Sanderson (2005), é acreditar que ele só ocorre em grupos sociais determinados. Isso, a seu ver, colabora com o andamento do problema, uma vez que a realidade é ignorada. É importante lançar luz sobre o problema e atentar-se ao fato de que as histórias, por mais que se repitam de maneiras similares, apresentam aspectos históricos distintos.

Neste íterim, Balbinotti (2009) afirma que o abuso pode se dividir em duas facetas:

familiar e não familiar. Em dados disponibilizados em seu estudo, a autora afirma que aproximadamente 80% dos abusos são praticados por membros da própria família, ou, quando não, por alguma pessoa conhecida e confiável. Ainda, ela afirma que existem alguns tipos de relações incestuosas conhecidas, sendo elas: pai e filha; irmão e irmã; mãe e filho; pai e filho e mãe e filha.

Há também a diferença entre abuso sexual intrafamiliar e extrafamiliar. Este segundo se configura a partir do ato fora do lar, quando existe um abusador que não é conhecido e nem próximo à família da vítima. Já o primeiro, por sua vez, envolve um menor e um parente próximo – muitas vezes uma pessoa do convívio diário (BALBINOTTI, 2009).

Nas palavras de Cláudia Balbinotti (2009), o abuso sexual infantil é uma dentre tantas violências a que a criança está exposta no lar. Seu ato vem sendo praticado sem que as autoridades legais sejam comunicadas. São casos que acontecem e acabam sendo velados pelo silenciamento.

O silêncio que permeia esse tipo de violência ocorre a partir de alguns pontos já discutidos em estudos. Tilman Furniss tratou de denominar tal situação como “síndrome do segredo” (apud BALBINOTTI, 2009). O processo de identificar um agressor é bem menos penoso, como bem coloca Balbinotti, quando o abusador não é próximo da vítima. Em situações onde há o laço afetivo, a síndrome do segredo se faz comum.

Trata-se de uma ocultação da verdade dos fatos, algo que pode ocorrer tanto a partir da criança, quanto pelos próprios familiares. Não revelar o agressor do mesmo espaço pode ocorrer em razão de inúmeras motivações, tanto externas quanto internas. Segundo Furniss:

*[...] a falta de evidências médicas e de elementos para comprovar o abuso sexual infantil, a necessidade de acusação verbal por parte da criança, a falta de credibilidade ao menor, as consequências da revelação, ameaças físicas e psicológicas, distorção da realidade, medo de punição pela ação que participou, a culpa da criança, a negação e a dissociação (FURNISS apud BALBINOTTI, 2009, p. 8).*

Rangel (2001) parte do pressuposto de que o abuso sexual pode ser desencadeado a partir de uma dinâmica familiar assimétrica. Entretanto, valendo-se também de Furniss, ela afirma existir um fator protetivo que circunda o abuso, não apenas por parte da mãe, mas de toda uma rede de proteção para com o abusador. Assim, concordamos com Rangel (2001) quando afirma que:

*existe uma propagação de papéis, tanto no âmbito individual quanto no social (familiar), seja por meio da construção de sentido que o indivíduo*



*subjetiva [...] ou por meio de um aglomerado de crenças familiares que vão sendo transmitidas ao longo das gerações (p. 40).*

Sobre os agressores, pesquisas apontam que o ambiente intrafamiliar apresenta como figuras principais destes atos os padrastos e pais; quando não, tios, cunhados, primos, vizinhos próximos e amigos de confiança da família. São diversos os estudos (para citar alguns: Drezett *et al.* (2001); Batista *et al.* (2008); Martins e Jorge (2010), que constata a predominância da violência sexual infantil no contexto intrafamiliar. Desta forma, nas palavras de Conceição *et al.* (2019), é reforçado “o caráter doméstico da violência sexual (p. 5).”

#### 4. MEDIDAS PROTETIVAS À CRIANÇA VÍTIMA DE ABUSO SEXUAL

##### 4.1. Aplicabilidade das medidas protetivas do ECA

Antes, uma definição é necessária. Entende-se por medidas protetivas as ordens judiciais que são concedidas a um indivíduo com a finalidade de protegê-lo em situação de risco, perigo ou vulnerabilidade, sem que sua classe, raça, gênero, orientação sexual ou religião interfira.<sup>3</sup>

Acerca da violação de direitos e das providências a serem adotadas conforme o ECA, tem-se disposto no art. 98 do referido estatuto, que a situação de risco se faz presente em casos onde a criança ou o adolescente tem seus direitos fundamentais violados ou ameaçados. Tal situação pode ocorrer tanto por ação ou omissão da sociedade ou Estado, como também da omissão ou abuso dos pais e/ou responsáveis (BRASIL, Lei n. 8.069, 1990).

Para os casos em que há a notificação, a competência da sua aplicabilidade e destinação é destinada ao Juízo da Infância e da Juventude, que atua a partir das medidas protetivas aplicadas com a finalidade de romper a situação de risco a que a criança se encontra, protegendo-a e garantindo a ela o pleno gozo de seus direitos, sem que sejam ameaçados ou violados (BRASIL, Lei n. 8.069, 1990).

Essas medidas encontram-se dispostas no artigo 101, incisos I a IX, presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente, e dizem respeito a:

*I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente (BRASIL, Lei n. 8.069, 1990)<sup>4</sup>.*

Cabe ao Juízo da Infância e da Juventude, portanto, a aplicação das medidas protetivas previstas no Art. 101 e citadas acima.

Ademais, em seu art. 129, incisos I a X, dispõe de medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

<sup>3</sup> Para mais, ver em: <https://www.tjpr.jus.br/web/cevid/medidas-protetivas>. Acesso em 12 jun. 2022.

<sup>4</sup> Nova redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016.



~~I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; [Revogado] I - encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016) II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; VII - advertência; VIII - perda da guarda; IX - destituição da tutela; X - suspensão ou destituição do pátrio poder familiar.~~<sup>5</sup> **Parágrafo único.** Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 23 e 24 (BRASIL, Lei n.8.069, 1990).

De acordo com Tarcísio José Martins da Costa (2004), já no Capítulo Introdutório, denominado “Das Disposições Gerais”, encontra-se a afirmativa de que as medidas de proteção referidas no caput do artigo e especificadas no art. 101 – citado já neste trabalho –, são aplicáveis a toda e qualquer criança em situação de ameaça ou violação de direitos.

Diante desta perspectiva, o princípio primordial que sistematiza as medidas aplicáveis se encontra pautado, sobretudo, nas necessidades pedagógicas – em que pese o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários a partir de uma integração sociofamiliar. Nas palavras de Costa:

*Toda e qualquer medida, seja protetional ou socioeducativa (art. 113) deve visar, antes de tudo, a integração na própria família – lócus nascendi et vivendi da criança – bem como no contexto social e comunitário onde o núcleo familiar se acha inserido [...] (COSTA, 2004 apud D'OLIVEIRA, 2012, p. 3).*

Para D'Oliveira *et al.* (2012), o ECA, por se tratar de uma legislação voltada a crianças e adolescentes, entende que o cerne da questão envolve um indivíduo, como discutido anteriormente, em fase de desenvolvimento. Neste sentido, não deve ser apartada de seu princípio de proteção integral, dada a sua condição especial, o que leva tal situação a um patamar que exige, pois, uma maior atenção à problemática. É nesta esteira que este trabalho caminha.

## 4.2. Os instrumentos do ECA e a efetividade das Medidas Protetivas

No Art. 98 do ECA (Lei n. 8.069), como já mencionado neste trabalho, são estabelecidas as medidas de proteção, aplicadas em casos de violação dos direitos fundamentais no ECA quando há ação e omissão tanto da sociedade quanto do aparato estatal, ou falta, omissão e mesmo abuso dos pais ou responsáveis para com a criança.

Sua aplicabilidade não ocorre apenas de modo judicial, pois podem tramitar pelo Conselho Tutelar, como definem os incisos I a VII do Art. 101 do Estatuto da Criança e do

<sup>5</sup> Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10598719/artigo-129-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990>. Acesso em 12 jun. 2022.



Adolescente. Orientações, apoio e acompanhamento de caráter temporário podem ser realizados dentro do Conselho Tutelar ou mesmo a partir de serviços oferecidos pela assistência social ou serviços especializados pertencentes ao próprio Poder Judiciário. Estas situações ocorrem em casos “onde não há uma causa que possa ser incluída dentre as hipóteses de tratamento médico-psicológico” (MEZZOMO, 2004, p. 3), bem como “onde não exista omissão imputável aos pais ou responsável” (p. 3).

Este ponto é importante para pensar a respeito dos instrumentos que garantem, ou melhor, visam garantir a eficácia daquilo estabelecido pelo ECA, como exemplo, tem-se alguns dos incisos do Estatuto anteriormente elencados. Aliado a isso, a legislação do ECA tem como prerrogativa a proteção dos direitos fundamentais àquela pessoa em desenvolvimento, que ocorre a partir de órgãos e procedimentos protetivos, tal como afirmam Oliveira e Jesus (2021).

Em sua alçada, como já mencionado, entram também procedimentos de adoção, medidas socioeducativas do Conselho Tutelar e crimes cometidos contra crianças e adolescentes (incluindo as violências e abusos). Nesse sentido, o Conselho Tutelar funciona como entidade competente que, de acordo com Oliveira e Jesus (2021, p. 02), é responsável por “salvaguardar os direitos das crianças e dos adolescentes nas hipóteses em que haja desrespeito, inclusive com relação a seus pais e responsáveis”.

Estudos apontam que as “diretrizes progressistas” do Estatuto são difíceis de serem implementadas na prática. Basilio (2020) afirma que são inúmeros os impasses que dificultam as ações práticas, como violações de direito, falta de participação das crianças e adolescentes na fundamentação das políticas públicas voltadas e elas, falta de preparo de diversos Conselhos Tutelares, ineficácia de planos estaduais e outros. Com relação ao tema que se desdobra neste trabalho, quer seja o abuso infantil, somadas a tais dificuldades encontra-se o despreparo do poder judiciário ao lidar com casos desta alçada, colocando a criança, por vezes, em situações constrangedoras (OLIVEIRA; JESUS, 2021).

Segundo Dourado e Pacheco (2021), o sistema de proteção ofertado pelo ECA – e, como apontado, que tem como base o texto constitucional de 1988 – apresenta um “grande déficit no que tange à aplicação das medidas protetivas, seja por conta dos órgãos responsáveis, da sociedade ou da família” (p. 22). Nesta esfera, o fato de os problemas como maus-tratos e violência sexual serem tidos como complexos (e, por vezes, naturalizados), necessita de uma ampla ação fomentada por diversos órgãos que caminhem aliados, tornando as medidas efetivas – é o caso dos ambientes como escolas, Conselho Tutelar, Delegacia, Ministério Público, Vara da Infância, Secretarias de Saúde e educação e demais instituições (DOURADO; PACHECO, 2021).

De forma semelhante deve atuar os operadores do direito. Basilio (2020) afirma que embora o ECA tenha em seu escopo a prioridade absoluta em casos onde tramitam crianças e ou adolescentes em uma das partes, o trâmite processual ocorre de forma tardia, demorando para que a sentença seja posta. Um caminho longo que leva, por vezes, ao obstáculo de ressignificação da violência, como bem pontua a autora.

Sabe-se, no entanto, que os instrumentos do ECA, apesar de funcionarem de forma semelhante nos municípios e localidades onde se instalam (isto é, seguem o mesmo escopo de funcionamento), os resultados alcançados são diferentes, e podem ser melhores explicados a partir de estudos qualitativos aplicados regionalmente. Um dos exemplos é o funcionamento





das legislações do ECA no município de Itapuranga, em Goiás – objeto de pesquisa de Silva (2020).

Segundo Silva (2020), a partir da lei municipal n. 2007/2017, cujo objetivo foi fortalecer o acolhimento de crianças e adolescentes que estavam em situações de abusos e violências praticadas no âmbito doméstico, foi criado o Programa de Acolhimento Familiar Provisório de Crianças e Adolescentes, ou, de forma resumida, o Programa Família Acolhedora – servindo como abrigo de acolhimento no referido município. No período em que se encontram assistidas, as crianças e adolescentes recebem assistência psicológica e pedagógica, e são prioridade nos processos que tramitam no juizado da infância e da juventude.

De maneira mais abrangente, as medidas do ECA caminharam aliadas ao avanço da legislação, como no caso referido acima, onde há o Acolhimento Institucional, avanços estes que possibilitam à criança um atendimento digno e a proteção de que necessita, de modo com que seu desenvolvimento seja alcançado e ela entenda sua qualidade de sujeito de direitos, bem como a preservação de sua individualidade (LIMA; QUEIROZ, 2017).

Em relação ao abuso sexual infantil intrafamiliar, a condição de retorno à família onde os abusos foram cometidos é, em determinados casos, uma situação inviável, haja vista o pertencimento ao ambiente onde as agressões físicas e sexuais se solidificaram. A separação da vítima e do agressor é um dos pormenores necessários para o desenvolvimento da criança vítima de abuso, portanto, o fortalecimento do vínculo entre ambos não é uma das medidas a serem alcançadas. Para tanto, há casos onde o esgotamento das possibilidades do retorno à família são visíveis, e se faz necessário a adoção (LIMA; QUEIROZ, 2017).

No referido Estatuto, em seu art. 94, é expressa a obrigação de toda instituição de abrigo o fato de promover e preservar os vínculos familiares, ao mesmo tempo em que compete a ela informar aos órgãos e autoridades judiciais, de maneira periódica, os casos inviáveis ou impossíveis de restabelecimento deste vínculo, a fim de que as medidas necessárias sejam tomadas e cabíveis (LIMA; QUEIROZ, 2017).

Estas situações permitem, mais uma vez, compreender como se instrumentaliza a legislação do ECA, seus artigos propostos, suas medidas protetivas, seus instrumentos de ação e verticalização de demandas. Cada espaço de atuação caminha em direção àquilo que o Estatuto prevê e preconiza, mas em cada contexto há demandas específicas que vão desde um número crescente de denúncias e falta de membros que atuam nos órgãos para responderem aos chamados, como despreparo daqueles que ali estão lidando com o processo juridicamente.

Entende-se, com isso, que por mais que o ECA forneça uma base efetiva de medidas a serem tomadas, é imprescindível que os governos e instâncias estaduais, regionais e mais especificamente, municipais, tenham em seu escopo os materiais necessários para colocar em ação as propostas necessárias e urgentes que o Estatuto prevê.

## 5. CONCLUSÃO

Este trabalho teve por objetivo compreender como o Estatuto da Criança e do Adolescente lida – tanto a partir de suas legislações (aplicação de medidas) quanto sua prática (efetividade das medidas aplicadas) – com a questão do abuso sexual infantil intrafamiliar. Sobre isso, restou clara a assertiva de que a legislação, apesar de primorosa, não



consegue dar conta da situação em sua dimensão real, isto é, os números aumentam e a assistência que o Estado oferece não é capaz de suprir todas as demandas da sociedade.

Aliado a isso, a efetividade do ECA está em suas nuances, como o caso das pesquisas relatadas que trazem a separação vítima e agressor, situação esta que permite à criança vivenciar seus anos posteriores longe de seu abusador. Da mesma forma, as competências do Conselho Tutelar também caminham na direção das garantias às crianças vitimadas pelo abuso sexual, exercendo seu papel em tutelar a escolarização, abrigo, sociabilidade, entre outros.

Desde sua criação, o ECA passou por transformações e, em muitas delas, a dificuldade em se fazer concreto na prática tornou-se cada vez maior. As adequações de seu estatuto e também da legislação, como um todo, cuidaram de entender as mudanças da sociedade e a maneira de enxergar as crianças e os adolescentes, inclusive aqueles tidos como

“problemáticos” ou “menor infrator”.

As reedições do texto e incremento de novas legislações criaram um cenário importante em que a criança e o adolescente passaram a ser visto, ouvidos e tutelados pelo Estado. Ainda que as problemáticas sejam peso para estudos que comprovam a ineficácia do ECA, é importante que medidas sejam incorporadas no aparato estatal como um todo, a fim de que os instrumentos de garantias fundamentais tanto das crianças como da população de modo geral, possam ser colocados em prática.

A criação do ECA corrobora o contexto histórico em que as crianças passam a ser vista como sujeito de direitos. Tal perspectiva, desde o momento em que surgiu, continuou a perpetuar nas gerações, causando hoje um olhar diferente para com crianças que estão, por exemplo, sujeitas a trabalho não formalizado. Isso explica, também, o aumento das denúncias e diversas outras alterações no aparato judicial com relação às audiências e depoimentos das crianças vítimas de abuso.

Cabe aqui o adendo de que neste ano, em 2022, durante a realização e as pesquisas deste trabalho, foi decretada e sancionada a Lei n. 14.344, de 24 de maio<sup>6</sup>, responsável por criar os mecanismos voltados à prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e adolescente: “[...] prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente”

Isso, em grande medida, justifica o fato da relevância da temática e da necessidade de que estudos se firmem nesse sentido, para avaliar a efetividade do ECA e das legislações que estão sendo sancionadas. É importante verificar a aplicabilidade das mesmas.

Estes são assuntos para um outro trabalho, por ora, resta claro afirmar que embora ainda tenha muito a ser feito com relação à prática da aplicabilidade e efetividade das medidas do ECA, o que está vigorando agora na sociedade é, de fato, o reconhecimento do abuso sexual e também a vulnerabilidade da criança que se encontra nestes cenários. É preciso colocar os instrumentos em ação, mas, para que tal feito logre êxito, é necessária uma interdisciplinaridade no campo acadêmico e uma interação no plano social, político, jurídico e estatal, cujo objetivo seja único: a proteção da criança.



## REFERÊNCIAS

ABRAPIA - Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e Adolescência. **Abuso sexual contra crianças e adolescentes**. 3.<sup>a</sup> Ed. Petrópolis, RJ: Editora Autores & Agentes & Associados, 2002.<sup>6</sup> Nos termos do § 8º do art. 226 e do § 4º do art. 227 da Constituição Federal e das disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), e 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência; e dá outras providências (Redação dada pela Lei n. 14.344/2022).

ABREU, Marta. Olhares sobre a criança no Brasil: Perspectivas Históricas. In RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. (Orgs). **Olhares sobre a Criança no Brasil** - séc. XIX e XX. Rio de Janeiro: Ed. Santa Úrsula, 1997.

BALBINOTTI, Cláudia. A violência sexual infantil intrafamiliar: a revitimização da criança e do adolescente vítimas de abuso. **Direito & Justiça**, v. 35, n. 1, pp. 5-21, 2009.

BASILIO, Jessyka. A eficácia do ECA na proteção da dignidade sexual na infância e adolescência. In **Justificando** (online), 2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/07/14/a-eficacia-do-eca-na-protexao-da-dignidade-sexual-na-infancia-e-adolescencia/> . Acesso em 20 jul. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Diário Oficial da União, 1990.

BRASIL. **Lei n. 14.344, de 24 de maio de 2022**. Cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, nos termos do § 8º do art. 226 e do § 4º do art. 227 da Constituição Federal e das disposições específicas previstas em tratados (...). Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Diário Oficial da União, 2022.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Ministério divulga dados de violência sexual contra crianças e adolescentes. In: **Governo Federal** [online], 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-divulga-dados-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes>. Acesso em 9 fev. 2021.

COSTA, Tarcísio J. Martins. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CUSTÓDIO, André. V.; CABRAL, Johana. Impacto das medidas de isolamento social em tempos de pandemias: uma análise dos indicadores de abuso sexual contra crianças e adolescentes. **Revista Jurídica**, v. 25, n. 57, e9945, pp. 1-30, 2021.



D'OLIVEIRA, Marcele C. et al. As medidas de proteção como vetores fundamentais para salvaguardar os direitos das crianças e dos adolescentes. In: **Seminário Internacional de Educação Mercosul**, 2012.

DOURADO, Pedro C. de Castro; PACHECO, Joelma F. Silva P. **Desafios para aplicação das medidas protetivas nos casos de abuso sexual contra crianças e adolescentes.**

Trabalho de Conclusão de Curso, UCSAL – 2021. Disponível em:

<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/4477/1/TCCPEDRODOURADO.pdf>. Acesso em 10 jun. 2022.

FARIAS, Ingrid M. Bueno. A. de. **O sistema jurídico de proteção à criança em face do abuso sexual intrafamiliar.** 2017. Monografia/Trabalho de Conclusão de Curso, Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2017.

LIMA, Júlio K. Silva de.; QUEIROZ, Janaina Bezerra de. A importância do fortalecimento de vínculo na eficácia do art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. In **Congresso Internacional de Direitos Difusos** (online), 2017. Disponível em: [https://editorarealize.com.br/editora/anais/conidif/2017/TRABALHO\\_EV082\\_MD1\\_SA4\\_ID\\_163\\_14072017131125.pdf](https://editorarealize.com.br/editora/anais/conidif/2017/TRABALHO_EV082_MD1_SA4_ID_163_14072017131125.pdf). Acesso em 10 jul. 2022.

MACHADO, Gisele C. de A. M. A difusão do pensamento higienista na cidade do Rio de Janeiro e suas conseqüências espaciais. In **Anais do XXVI Simpósio Nacional de História**

ANPUH, São Paulo, julho 2011. Disponível em: [https://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1308340710\\_ARQUIVO\\_GiseleCardoso deAlmeidaMachado-ANPUH.pdf](https://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1308340710_ARQUIVO_GiseleCardoso deAlmeidaMachado-ANPUH.pdf). Acesso em 07 jun. 2022.

MEZZOMO, Marcelo C. Aspectos da aplicação das medidas protetivas e sócio-educativas do Estatuto da Criança e do Adolescente: teoria e prática. In **Jus** (online), 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5993/aspectos-da-aplicacao-das-medidas-protetivas-e-socio-educativas-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em 07 jul. 2022.

MICELI, Mariana Sant'anna. Por uma visão crítica do direito da criança e do adolescente. **Revista Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, A. 14 n.20, p. 01-348, 2010.

OLIVEIRA, Maria Clara; JESUS, Maria Júlia G. V. de. A efetividade do ECA no Brasil. In **Jus** (online), 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/94383/a-efetividade-do-eca-no-brasil>. Acesso em 26 jul. 2022.

PAES, Janiere P. Leite. O Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente: avanços e retrocessos. In **Conteúdo Jurídico** (Brasília, online), 20 mai. 2013. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/35183/o-codigo-de-menores-e-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-avancos-e-retrocessos>. Acesso em: 07 jun. 2022.

PEDROSA, Leyberson. ECA - Linha do tempo sobre os direitos de crianças e adolescentes. In **Ministério Público do Paraná** [online], 2015. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-2174.html#>. Acesso em 8 jun. 2022.

RANGEL, P. C. **Abuso sexual intrafamiliar recorrente.** Curitiba: Juruá, 2001.

SANCHES, Leide da Conceição. et al. Violência sexual infantil no Brasil: uma questão de saúde pública. **Revista Iberoamericana de Bioética**, n. 9, pp. 01-13, 2019.



SANDERSON, C. **Abuso sexual em crianças**: fortalecendo pais e professores para proteger crianças de abuso sexuais. São Paulo: M.Books, 2005.

SCHUENGUE, Natalia. Violência praticada contra crianças. In **Pebmed** [online], 2021. Disponível em: [https://pebmed.com.br/classificacao-e-identificacao-da-violencia-praticada-contra-criancas/?utm\\_source=artigoportal&utm\\_medium=copytext](https://pebmed.com.br/classificacao-e-identificacao-da-violencia-praticada-contra-criancas/?utm_source=artigoportal&utm_medium=copytext). Acesso em 10 jun. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL-STF. Constituição 30 anos: Direitos das crianças e dos adolescentes na Carta de 1988. In **Jus Brasil** (online), 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/637038631/constituicao-30-anos-direitos-das-criancas-e-dos-adolescentes-na-carta-de-1988>. Acesso em 9 jun. 2022.

VERONESE, Josiane. R. P. **Temas de Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1997.



## X. DESAFIOS NO EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA DECORRENTES DA PANDEMIA DO COVID-19

Ana Clara Maia Martins<sup>1</sup>  
Luciane Pussi<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 CONTEXTO E CONCEITOS SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA NA PANDEMIA. 2.1 Contexto Histórico Do Direito De Família. 2.2 Conceito De Guarda Em Geral. 2.3 Conceito Da Pandemia Do Covid- 19. 3 DIVERGENCIAS DA GUARDA COMPARTILHADA COM RELAÇÃO AO COVID-19. 3.1 Guarda Compartilhada E Suas Desavenças. 3.2 As Leis Temporárias Criadas Em Relação Ao Covid-19 Ao Lado Com A Guarda Compartilhada. 4 DESAFIOS NO EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA DECORRENTES DA PANDEMIA DO COVID-19. 4.1 O Agente Mediador Para Os Genitores Em Relação A Guarda Do Filho Em Relação Ao Covid-19. 4.2 O Papel Das Tecnologias Neste Cenário. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** O presente artigo científico tem como objetivo apresentar e discutir as problemáticas da guarda compartilhada em tempos de Covid-19. O direito de família está em constante modificação, ele não se estagna. Ele não deve ficar parado, pois com as mudanças que ocorrem no direito brasileiro ele também deve acompanhar. Com a pandemia muitas comarcas tiveram que fechar suas portas tendo em vista a não aglomeração de pessoas em lugares fechados. Nesse contexto, a tecnologia ajudou o judiciário. Em tese, as videoconferências tornaram muito mais segura a forma de se fazer as audiências. Com o passar do tempo, fazer audiências por computadores se tornou algo muito mais comum, e hoje muitas comarcas estão preferindo fazer de forma remota. A metodologia utilizada foi pesquisa bibliográfica nas principais doutrinas, jurisprudências e artigos científicos relacionados ao tema.

**Palavras-chaves:** Direito de Família. Guarda Compartilhada. Covid-19. Tecnologia.

**ABSTRACT:** This article intends to present and discuss the problems of shared custody in times of Covid-19. Family law is constantly changing. In addition, it should not remain the same, as it tends to follow changes in Brazilian legislation. With the pandemic, much of the courthouse was forced to close due to the lockdown policy. In this context, technology has helped the court. In general, videoconferencing has made the trial hearing process safer. Over time, scheduling hearings via computers has become so

<sup>1</sup> Graduada do Curso de Direito da Faculdade Maringá.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito em São Paulo-FADISP. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Maringá- UNICESUMAR. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Paranaense-UNIPAR. Bacharel em Direito pela Universidade Paranaense-UNIPAR. Licenciatura Plena em Português e Inglês pela Universidade Paranaense-UNIPAR. Especialista em Literatura Brasileira pela Faculdade Estadual de Ciências e Letras de Campo Mourão. Avaliadora do INEP/MEC. Professora da Faculdade Maringá.



common that some county courts prefer to do it this way. The research method was bibliographic, based on the main sources related to the theme.

**KEYWORDS:** Family Law. Shared Custody. Covid-19. Technology.

## 1. INTRODUÇÃO

A guarda compartilhada, disciplinada pelo artigo 1.586, parágrafo 1º do Código Civil e pela lei nº 11.698/2008, traz a possibilidade de ambos os pais serem os guardiões legais dos seus filhos sendo que para ambos os genitores a responsabilidade é igualitária, de modo que ela deva ocorrer de comum acordo entre os pais.

Com advento da pandemia do atual Covid-19, a guarda compartilhada se tornou uma maneira perigosa tanto para os pais quanto para os filhos, quando se trata do contato entre mais de uma pessoa. Algo que o isolamento social tornou completamente inimaginável com a pandemia. Tirando entre outros quesitos que a pandemia é ainda pior para pessoas que têm comorbidades, sendo essas pessoas àquelas que compõem o denominado grupo de risco.

Por conta da queda do poder aquisitivo dos pais, muitas das pensões alimentícias foram diminuídas, gerando um aumento gradativo nas demandas jurídicas. Nesse cenário, as audiências precisaram continuar ocorrendo, ainda que as restrições sanitárias se fizessem presentes. Em meio a esse panorama, a tecnologia despontou como uma ferramenta bastante útil ao exercício do direito. Ampliando ainda mais o quadro, é importante destacar que a maior crise sanitária do mundo ocorreu em março de 2020 com o ápice do Covid-19, ficando atrás apenas do surto de Gripe E no ano de 1918.

Este artigo abordará temas como a guarda compartilhada em tempos de pandemia referente aos casos de visita e ao cumprimento de obrigações alimentícias.

Neste ponto também tratará acerca dos papéis do Estado em relação ao poder/dever com a pandemia do Covid-19, conforme o que trata a guarda compartilhada.

## 2. CONTEXTO E CONCEITO SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA

### 5.1. Contexto Histórico Do Direito De Família

Pai, mãe, filhos, avós: a família sempre existiu; porém, o conceito de família sofreu mudanças nos últimos séculos, tendo uma diferença notável no modo de convivência entre sua função familiar.

A modernidade líquida, como o próprio Zygmunt Bauman<sup>3</sup> descreve o século

---

<sup>3</sup> Zygmunt Bauman (1927-2017) foi um sociólogo, pensador, professor e escritor polonês, uma das vozes mais críticas da sociedade contemporânea. Criou a expressão “Modernidade Líquida” para classificar a fluidez do mundo onde os indivíduos não possuem mais padrão de referência.



XIX, é "leve", "líquida", "fluida" e infinitamente mais dinâmica que a modernidade "sólida". A passagem de uma à outra acarretou profundas mudanças em todos os aspectos da vida humana.

Etimologicamente a palavra família decorre do latim *famulus*, que significa escravo doméstico, ou seja, a família seria um grupo de escravos pertencentes a um senhor, a um chefe, no caso, o homem mais velho da família (PRADO, 2013). A família não pode ser dada de uma forma linear, pois ao longo dos tempos a parentalidade sofreu rupturas e alterações consideráveis. Assim sendo, não se pode dizer que a família moderna é igual a contemporânea.

Levando-se por base que ao longo dos tempos a ideia de família foi mudando, a mesma não poderia ser encerrada em um conceito único e absoluto. O conceito de Direito de Família sofreu modificações ao longo de tempos, o que não deixa o Direito Familiar se estagnar e se tornar um Direito "morto" (GONCALVES, 2017). Como o doutrinador Caio Mário Da Silva Pereira afirma:

*Numa definição sociológica, pode-se dizer com Zannoni que a família compreende uma determinada categoria de 'relações sociais reconhecidas e portanto institucionais'. Dentro deste conceito, a família 'não deve necessariamente coincidir com uma definição estritamente jurídica (PEREIRA, 2012).*

Em tese, as famílias mudaram por conta do avanço que o Sistema brasileiro obteve com o passar dos séculos. A Carta Magna e o Sistema Único de Saúde (SUS) tiveram um papel importante nas relações familiares, uma vez que esses acontecimentos (aliados a mudanças sensíveis decorridas nos planos sociais, econômicos e socioculturais) moldaram boa parte do *modus vivendi* no decurso dos anos.

Com o advento da Portaria nº 144 de 1997 do Ministério da Saúde, as mulheres e os homens tiveram o acesso a laqueadura e a vasectomia. A população pode ter um maior acesso as Unidades Básicas de Saúde, proporcionando uma maior obtenção de métodos contraceptivos (MARCOLINO, 2004). Esses avanços sociais possibilitaram uma reorganização do conceito familiar, visto que a figura da prole passou de um papel central dentro do núcleo familiar tradicional para uma categoria opcional; não sendo, portanto, de importância integral.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, aborda que a família é a base da sociedade e a "célula mater" do corpo social. Essas postulações devem ser analisadas dentro de seu contexto social, diferença regional e econômica, para assim se qualificar seu meio (TARTUCE, 2022). Na doutrina contemporânea, os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que:

*A principal função da família e a sua característica de meio para a realização dos nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em si mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro (STOLZE; FILHO, 2011).*





Nesta ficção, o Código Civil passou por grandes transformações em sua vigência nos séculos posteriores. O código de 1916 tinha o teor familiar ligado ao patriarcado, no qual o casamento era a ferramenta social responsável por deter o poder absoluto. O poder religioso e político estava arraigado juntamente em suas entranhas. Em tese, esses poderes tinham a figura de um homem no cerne. Contudo, em 2002 o novo Código Civil veio trazendo modificações, dentre as quais a novidade de que a união estável passou a ser reconhecida enquanto uma entidade familiar. Outro quesito que não se via no código de 1916 é que o poder familiar passou a se tornar de igual valor para ambos os cônjuges, art. 1.511, do CC. Não sendo mais o papel do homem levar o rendimento familiar para a casa, e a mulher ficar trabalhando domesticamente, agora ambos os cônjuges poderiam trabalhar, educar os filhos, ser donos de casa (GONÇALVES, 2017).

Enfim, pode-se perceber que o Direito de Família está em constante modificação. Nos primórdios o poder familiar era patriarcal, em que o homem mais velho da família era o detentor dos poderes sobre as outras parentalidades que vivia com o mesmo, já em tempos contemporâneos a família ganhou um papel importante, já que as famílias não estão ligadas somente por laços sanguíneos, mas além disso, estão ligadas por laços afetivos muito mais livres.

## 5.2. Conceito De Guarda Em Geral

Etimologicamente, a palavra guarda deriva da função de vigiar, tomar conta do que é seu. Dessa forma, a guarda familiar advém do poder que os pais tem com os filhos, sendo a de assegurar que os ascendentes possam dar a sua prole o melhor meio que o circundam. Atualmente, pode-se conceituar a guarda como o direito e o dever que os pais têm sobre os filhos menores, tendo por objetivo educar, criar e orientar os filhos para sua formação adulta (MADELENO, 2020).

A guarda ocorre quando os pais se separam, pelo divórcio consensual das partes envolvidas ou pelo litigioso, pela dissolução da união estável ou em medidas provisórias, ordenadas pelo juiz de ofício. Fica caracterizada a argumentação acima no art. 1.584, inciso I e II, do Código Civil (*Idem*, 2020). Hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, se tem quatro tipos de guarda, sendo elas:

A guarda Compartilhada, em que está disposta no artigo 1.584, §2º do Código Civil, e tem seu escopo em ambos os pais, os genitores são aptos a cuidar dos filhos e, sendo eles que deverão exercer em conjunto, os cuidados com os filhos (DIAS, 2021). Manoela Quintas define a guarda compartilhada como sendo:

*A modalidade de guarda em que os pais participam ativamente da vida dos filhos, já que detêm a guarda legal dos mesmos. Todas as decisões importantes são tomadas em conjunto, o controle é exercido conjuntamente. É uma forma de manter intacto o exercício*



*do poder familiar após a ruptura do casal, dando continuidade à relação de afeto edificada entre pais e filhos e evitando disputas que poderiam afetar o pleno desenvolvimento da criança (QUINTAS, 2010).*

A guarda alternada é aquela na qual os filhos ficam metade do tempo com a mãe e metade do tempo com o pai. Este tempo é pré-estabelecido entre os genitores, para que haja a melhor adequação dos filhos (DIAS, 2021). Fabio Coelho em seu livro, Curso de Direito Civil, vem abordando que este tipo guarda não é o mais adequado para os descendentes.

*[...] está espécie de guarda nem sempre se tem revelado uma alternativa adequada para o menor, cuja vida fica cercada de instabilidade. Não convém seja adotada, a não ser em casos excepcionais, em que os pais residam em cidades distantes ou mesmo em diferentes países. (COELHO, 2012).*

A guarda unilateral está disposta no artigo 1.632, § 1º do Código Civil, como sendo apenas um dos genitores ou alguém que tenha laços consanguíneos com o menor que o substitua, tendo assim total abrangência sobre a guarda dos filhos. Ou seja, o filho tem apenas um dos genitores como seu guardião exclusivo (DIAS, 2021). Maria Berenice Dias refuta a guarda unilateral por conta desta diligência afastar o genitor não guardião legal da criança ou adolescente, afirmando:

*A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visitas, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia; isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras. (DIAS, 2009).*

Por fim, existe a guarda nidal, que leva este nome pelos filhos não deixarem o ninho e sim os pais. Dito de outra forma: aqui se tem a mudança de casa dos pais e não dos descendentes, no que se refere a residência (ROSA, 2015). A guarda que será abordada neste artigo será a guarda compartilhada, trazendo as suas especificações no momento do Covid-19.

### 5.3. Conceito de Pandemia do Covid-19

O conceito de pandemia do Covid-19 ainda é bastante aberto, pois ele segue sendo um fator bastante atual, de modo que pouco pode ser afirmado sobre o assunto. Entretanto, alguns reflexos do Covid-19 já são percebidos, como os impactos causados na saúde pública Mundial são inestimáveis, leva-se também em consideração que a pandemia afetou não só a saúde, mas a economia mundial, com a quebra de vários países (BRITO, *et al*, 2020).

O Coronavírus nada mais é do que uma doença infectocontagiosa, que afeta as vias respiratórias, causando a síndrome da respiração aguda grave 2 (SARS-CoV-2). As informações que são demonstradas foi que seu surgimento se dirigiu na China, na cidade de Wuhan, mas pouco tempo após se espalhou por vários continentes do planeta. A cepa do Covid-19 apresenta um alto grau de disseminação. No Brasil, o



registro do primeiro caso ocorreu em 26 de fevereiro de 2020 no Estado de São Paulo (*Idem*, 2020).

O agente infeccioso do Covid-19 é um vírus de RNA, que é constituído por uma fita simples da proteína E. O SARS-CoV-2 tem a sua transmissão por contato de gotículas de pessoas infectadas, outro sim, por objetos que foram tocados por pessoas contaminadas pelo patógeno (*Ibidem*, 2020). O vírus do Covid-19 pode permanecer vivo até 3 horas após a sua saída de agentes que tenham o micro-organismo infeccioso, dependendo do lugar em que foi aferido (*Ibidem*, 2020). O diagnóstico do Covid-19 é feito pelo teste molecular, em que é utilizado a secreção respiratória do indivíduo para aferição se a pessoa está contaminada ou não (*Ibidem*, 2020).

Hoje a melhor forma de prevenir que o Covid-19 se espalhe é o isolamento social, o uso de álcool em gel e o uso de máscaras. Se caso o indivíduo tiver algum dos sintomas (febre, tosse, dor no corpo, dificuldades respiratórias, etc.) deve-se procurar um hospital para que os devidos tratamentos sejam aplicados.

### 3. DIVERGÊNCIAS DA GUARDA COMPARTILHADA COM RELAÇÃO AO COVID-19

#### 5.4. Guarda Compartilhada e suas Desavenças

O compartilhamento é definido pelo dicionário Aurélio como o repartimento, a divisão ou comunhão de um dado bem. Etimologicamente, a origem da palavra compartilhar deriva do tomar partido de algo, sendo que esta palavra vem intrinsecamente junto ao vocábulo família, com o compartilhamento de sofrimentos de irmãos, o compartilhar as aflições alheias ao indivíduo, compartilhar as despesas familiares e etc. O atual significado de guarda pode ser definido como a união de duas pessoas, sem determinado vínculo afetivo, que tem um comum um fruto que deve ser compartilhado entre essas duas pessoas (RAMOS, 2016).

A Guarda Compartilhada pode ser caracterizada pela não união em relação ao ato conjugal, mas tendo uma prole em conjunto, os pais se veem obrigados a compartilhar experiências em comum com os filhos. Ao modelo de cuidado e de responsabilização em relação à criança e ao adolescente os genitores devem ter comum acordo sobre este caso, sendo que se tiver divergências os pais devem entrar em um consenso para que essa relutância não chegue a afetar a vida dos filhos (*Idem*, 2016).

No que consta a guarda compartilhada, a expressão designa direitos e deveres que os pais tem em relação aos filhos, sendo que deve haver a assistência de ambos os pais no cumprimento de tarefas relacionadas a vida dos seus descendentes. É o que expõe Silvana Maria Carbonera:

*Um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial (CARBONERA, 2000).*



Em outra via, a questão da pensão alimentícia não se exclui, ainda devendo ser paga pelo genitor não titular do devido descendente. A pensão alimentícia é um dever dos pais para com os filhos previstos no art. 1.694 a 1.710 do Código Civil. A questão da guarda compartilhada muitas vezes se tem por ideal que não será submetido ao pagamento da pensão, porém essa guarda só recairá sobre os quesitos da responsabilidade de direitos sobre a criança e ao adolescente, não recaindo sobre a pensão alimentícia. Cabe a prisão cível caso aquele determinado genitor não pague o titular da criança ou adolescente (RAMOS, 2016).

Não obstante, a pandemia alterou o cenário atual brasileiro, no qual a população teve um decréscimo na situação de trabalho. Assim sendo, é preciso levar em consideração que a realidade social foi de perdas crescentes de empregos ou diminuição de salários para a maioria da população. Dessa forma, a prisão, que poderia vir a ser de 1 a 3 meses, se o indivíduo não pagasse a pensão alimentícia, foi alterada, sendo possível a alteração de datas para a prisão em cadeias, ou também podendo ser aferida a prisão domiciliar conforme a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Ambos os pais tem o dever de arcar com as custas da saúde, segurança, escola, lazer e bem estar das crianças e adolescentes. Os ascendentes devem entrar em comum acordo quanto a esses bens, como deverá ser os custos de cada categoria aborda acima, bem como a maneira que será feita a divisão dos devidos gastos arcados pelos menores. Visto que, nesta espécie de guarda, ambos os pais tem o direito de dar afeto aos seus filhos, mostrando a seus descendentes que, acima de qualquer desavença entre os pais pelo término do relacionamento, eles ainda estão ali por sua prole. A maior qualificação para o compartilhamento da guarda é a demonstração de amor dos pais em relação aos filhos (SPENGLER, 2004).

No que tange a relação de carinho que existia entre o pai e a mãe que foi acabada, quando se entra no judiciário para pedir a guarda compartilhada, na audiência de conciliação o juiz tende a ilustrar em detalhes qual o papel da guarda compartilhada, sendo que o magistrado deixa claro para os pais estes compartilharão um papel de equivalência, e que ambos devem viver em harmonia para o bem-estar dos filhos (ROSA, 2015).

Em suma, a guarda compartilhada vai muito além das responsabilidades dos filhos, abarcando principalmente o convívio dos pais em relação a seus descendentes. O afeto dado pelos pais é algo inestimável, pois a criança ou adolescente vê que ela não é só um erro por parte dos genitores, a criança cresce com seu psicológico não abatido, envolto de amor, carinho, compaixão e afeto.

### **5.5. As Leis Temporárias Criadas Em Relação Ao Covid-19 Juntamente A Guarda Compartilhada**

O presente cenário do Covid-19 trouxe grandes modificações no quesito da guarda compartilhada na conjuntura de que (em momentos anteriores à pandemia) as crianças e adolescentes ficavam revezando entre as casas dos pais, o que com a vinda do então Coronavírus não era plausível nem para os filhos, nem para os descendentes



terem o contato direto entre os familiares. Bastando, lembrar-se que a informação que os cidadãos dispunham dizia que a melhor forma para o combate do Covid-19 era a não aglomeração de pessoas, e por isso foi necessário a utilização da quarentena (DORIA, 2020).

Diante da tal situação de quarentena, o espaço social teve de ter a sua relação cortada, uma vez que as crianças e adolescentes que viviam de guarda compartilhada tiveram de suspender seus vínculos. As relações jurídicas que a pandemia gerou foram lamentáveis, os casos dessa guarda estão chegando ao Poder Judiciário, que também está tendo que se adaptar a essa nova era (MELLO, NAKAYAMA, 2021). Em tese, está sendo levada o acordo dos princípios familiares, em base são o art. 227 da Constituição Federal de 1988 e o art. 1º do ECA. Os referidos artigos tratam do bem-estar da criança e do adolescente, assim como da saúde dos mesmos.

O código civil brasileiro, traz em seu art. 1.589 que o direito de guarda deve recair sobre o titular da criança ou adolescente, mas o então não assistido tem o direito de visita, este deve ter o pleno poder de recíproca comunicação (MADALENO, 2018). É importante se ter em mente que, em tempos do coronavírus, o *lockdown* se tornou algo do cotidiano da população em geral, fato que comprometeu determinadas visitas, em que houve restrições a pais e filhos em um cenário onde não era possível a locomoção (SOUZA, 2020).

Em alguns Estados do Brasil, como São Paulo, a recomendação foi evitar a guarda compartilhada enquanto estivesse em período do Covid-19, afirmando que deveria ocorrer medidas de alternatividade em que períodos mais longos seriam uma opção para que os genitores exercerem o direito à guarda (MELLO, NAKAYAMA, 2021).

Outro quesito que veio à tona é que as crianças e adolescentes são pessoas dadas como grupo de risco a contaminação do Covid-19 e por isso o contato com pessoas de diferentes locais de sua residência seria algo desnecessário e se a obtenção de casos do Coronavírus recaísse sobre a idade de crianças e adolescentes o Estado teria de arcar com as custas de fato (*idem*, 2021).

No que toca à relação de visitas, a decisão judicial foi de suspender as mesmas ou de modificar a convivência de filhos com os pais, abordando que a pandemia tem gerado um grande desafio ao Direito de Família (PEREIRA, 2020). Em tese, a jurisprudência brasileira tem levado o princípio do melhor interesse da criança para deixar o infante juvenil no lar em que ele se sinta mais confortável em relação ao bem-estar dele próprio (ANGELO, 2020).

Em um caso julgado pelo juiz Eduardo Gesse, da 2ª Vara de Família e Sucessões de Presidente Prudente, foi dado aval de que um pai deveria cumprir 14 dias de quarentena para ver sua filha por conta da sua profissão, levando em consideração que o devido genitor era piloto de avião e por isso tinha um alto grau de contágio do então Covid-19. Eduardo Gesso fundamentou sua sentença dizendo que “em razão da pandemia decorrente da propagação do coronavírus, é realmente recomendável, por força da profissão exercida pelo requerido”, evitar contato com terceiros (ANGELO, 2020).

As relações dos filhos ou dos pais que se encontram com comorbidades são mais delicadas, mas a jurisprudência vem lembrando que nesses casos a tecnologia



tem ajudado a conversa via telecomunicação, os bate-papos pela internet entre outros (PEREIRA, 2020). Outro caso que joga luz à discussão busca salientar que o desembargador José Rubens Queiroz Gomes, da 7<sup>o</sup> Câmara de Direito Privado do TJ-SP, determinou a suspensão de visitas de um genitor que não havia passado por nenhum teste de Covid-19 e nem feito a quarentena, leva-se em consideração que a criança tinha problemas respiratórios e em tese era um fator de comorbidade (ANGELO, 2020).

Por conta da pandemia do Covid-19 o direito à visita da Guarda Compartilhada deveria ser cessado ou substituído por outras formas mais viáveis no tocante ao que se está acontecendo no mundo. Dentro desse panorama delicado e urgente, as tecnologias surgem em torno disso como aliadas importantes no processo de soma e não subtração.

#### **4. DESAFIOS NO EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA DECORRENTES DA PANDEMIA DO COVID-19**

##### **5.6. O Agente Mediador Para Os Genitores Em Decorrência Da Guarda Do Filho Em Relação Ao Covid-19**

O Novo Código de Processo Civil trouxe diversas modificações, entre elas a conciliação e a mediação. O meio de se criar uma autocomposição tem crescido fortemente nos últimos anos no Brasil, o que gera maior advento de se chegar a uma resolução de conflitos antes mesmo do processo entrar no judiciário, como uma forma de estimular as partes a se chegar a um acordo sobre o assunto desejado.

A autocomposição é algo que vem tomando conta da justiça brasileira, ela vem a se diferenciar dos processos litigiosos por não terem de ir em um processo judicial. Leva-se por base a mediação e a conciliação, tendo a primeira com ênfase no processo em que tenha a função social arraigado em suas partes, já a conciliação será usado nos casos em que não exista relacionamento continuado entre as partes.

Com o advento do então conhecido Juizado Especial de Pequenas Causas a conciliação sempre é pretendida ao se entrar com um processo no judiciário brasileiro. O que também é previsto na Constituição Federal, em seu art. 98, I, na qual vem abordando que em casos não complexos o Juizado pode se utilizar da conciliação como meio de se tentar um acordo entre as partes (PINHO, 2022).

Embora o litígio entre as partes tragam à tona as divergências entre os litigantes, se uma das partes escolher fazer a conciliação ou a mediação ela deve ocorrer, sendo que o processo pode acabar aí, ou ele pode não ser resolvido e chegar até o judiciário. Sendo que os juízes, advogados, defensores públicos e membros do *parquet* deve tentar fazer ao máximo que as partes possam sair do processo satisfeitas.



Vale lembrar que os acordos feitos por conciliação são demonstrados por uma tabela no site do CNJ<sup>4</sup>. A conciliação está descrita no art. 334 do NCPC, onde se lê:

*Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.*

O CPC de 2015 traz um capítulo específico abordando a Comissão de Juristas, os artigos são os 165 a 175, que nos diz que é um dever Estado promover a Conciliação e a mediação, visando a solução de conflitos de maneira consensual e amigável entre autor e réu (PINHO, 2022). A conciliação e a mediação vieram para somar considerando o cenário atual, no qual as altas de números envolvendo o vírus do Covid-19 vem tornando as visitas familiares gradativamente mais difíceis.

Cabe aos conciliadores e aos mediadores o dever de auxiliarem o juiz para o desmembramento do caso concreto, devendo o mesmo colaborar com a justiça de se fazer a autocomposição (art. 139, V, do CPC), para que assim nem uma das partes, autor e réu, possam sair prejudicados do meio forense. Por conseguinte, foi criado os centros judiciários de solução consensual de conflitos, que tem por objetivo a auxílio, orientação e estimulação da autocomposição (PINHO, 2022). Para Chistopher Moore, os resultados possíveis de um conflito são os seguintes:

*a) perda ou ganho; b) impasse; c) meio-termo; e d) ganho e ganho. O resultado ser (a) perda ou ganho quando, seguindo a corrente tradicional, a solução do conflito se der por uma completa satisfação dos interesses de um dos agentes e, por conseguinte, completa frustração dos interesses do outro. Se, posto que não cheguem ao ponto de equilíbrio, os agentes celebrarem um acordo, tem-se o (b) impasse; se as partes modificarem seus objetivos ou mesmo desistirem de um interesse em benefício do outro, chega-se ao (c) meio-termo. O resultado (d) gan o e gan o ser alcançado quando todos os agentes almejarem a satisfação de todos os interesses envolvidos (MOORE, 2014).*

Acerca de quem desempenhará o papel de mediar a situação, o CPC traz que o mediador e o conciliador podem ser qualquer pessoa que trabalhe na área de atuação a qual o processo caminha, podendo ele ser até mesmo um psicólogo que opere no judiciário familiar ou mesmo nas áreas da Infância e Juventude. Em tese, o advogado que está trabalhando naquele caso em específico não poderá atuar como conciliador ou mediador, e o que descreve o art. 167, §5 do CPC, sendo que esse mesmo processo pode ocorrer da maneira judicial ou extrajudicial (PINHO, 2022).

O processo de conciliação e de mediação ocorre pela autonomia das partes, sendo que se nem um dos indivíduos se manifestar o processo não ocorre. Outro pré-requisito é que o método é sigiloso e nenhum membro pode vir a falar sobre o assunto

<sup>4</sup> Informações disponíveis no site do CNJ (<<http://www.cnj.jus.br/programas-eacoes/conciliacao-mediacao/semana-nacional-de-conciliacao/resultados>>). Acesso em: 20 jul. 2022.



fora do local escolhido pelo autor e réu, sendo que este processo não é formal quanto um processo judicial, por isso as partes podem escolher quem irá conciliar ou mediar aquela ação, desde que em comum acordo (*idem*, 2022).

Com o surgimento do Covid-19, os atendimentos por computadores passaram a ser utilizado em maior escala, ainda que os moldes como deve-se ser realizada a escolha de um conciliador ou mediador permanecem os mesmos, disponíveis no portal Cadastro Nacional de Mediação Judicial e Conciliação. Este site é indicado aos profissionais aptos à profissionalização, por meio do envio prévio de um mini currículo e o e-mail para contato. Esta lista é separada por estados, onde os profissionais podem atuar.

### 5.7. O Papel Das Tecnologias Neste Cenário

As tecnologias tem crescido muito no século XIX, ganhando cada vez mais força

em vários cenários, inclusive no direito. Antigamente, no judiciário existiam salas específicas para guardar os processos que eram em forma física (papel), porém com as novas máquinas, computadores, notebooks, tablets e celulares, o armazenamento de dados ficou mais fácil. Como já dizia o sociólogo Zygmunt Bauman: o conceito de sociedade se transformou em um conceito fluido, algo que pode ser moldado e que está em constantes mudanças no meio em que atua (BAUMAN, 2001).

No ritmo que a contemporaneidade vem caminhando para se tornar um profissional desta área será necessário ter múltiplos conhecimentos, levando-se em conta a constante atuação tecnológica. O processo eletrônico veio para somar não só na vida de advogados e juizes, como também para contribuir para uma maior atuação por partes dos litigantes.

Em suma, os meios digitais vieram para economizar tempo e até mesmo os custos de um processo, uma vez que os envolvidos podem acessar os seus processos com apenas um toque no celular. Como exemplo, pode-se citar o WhatsApp, que em regra foi feito para o uso cotidiano e não profissional. Contudo, ele tem sido usado para intimar as partes ou até mesmo como banco de provas.

Também pode-se notar uma maior flexibilidade quanto as audiências, visto que durante a pandemia locais que comportam um maior número de pessoas estavam restringidos, várias comarcas se utilizaram de audiências por videoconferência, o que facilitou a sua realização. Leva-se em conta também que muitas pessoas tem comorbidades e pelo fato de se conseguir fazer a audiência via remota não tiveram que ter um maior risco.

Além da reforma interna do processo, usando a tecnologia e outros recursos em seu favor, os meios de conciliação e mediação podem proporcionar um meio amigável que deixa os seus conflitos fora do judiciário. Enfim, a justiça do século XXI tenta trazer uma maior perspicácia sobre conflitos e suas soluções quanto ao cotidiano da pandemia, se valendo criticamente das benesses possibilitadas pelo avanço e





propagação das tecnologias de massa em prol da comodidade das partes envolvidas, bem como para o juizado em geral.

## 5. CONCLUSÃO

Pode-se concluir que, ao cabo, a pandemia do Covid-19 veio para afetar a todas as áreas em questão profissional, familiar e social. Porém, o judiciário brasileiro conseguiu manter seu posicionamento, não fazendo com que o meio forense ficasse abarrotado de processos e conseqüentemente não tivesse uma melhor resolução dos mesmos. O Covid-19 ainda é pouco conhecido, tendo muito o que ainda se estudar sobre o assunto, sendo que o pouco que se sabe sobre o tema são seus meios de contágio e prevenção. No caso, o contágio ocorre por contato com gotículas salivares de pessoas que já estão contaminadas pelo vírus, um dos sintomas é a gripe e um dos meios de prevenção e o uso de máscaras e álcool em gel.

Com o Covid-19, o número de desempregos foi crescente, o que gerou um aumento no número de pais que entraram no judiciário pedindo para que o valor da pensão alimentícia fosse abaixado, porém o judiciário teve que se qualificar quanto ao Covid-19 e também quanto a pensão alimentícia, já as custas do mesmo é uma das poucas formas de prisão no Código Civil. Atualmente, o direito vem se atualizando cada dia mais e conta com a vantagem da internet para a realização de processos, videoconferência entre outros métodos que facilitam e buscam agilizar as decisões judiciais.

Em suma, sabe-se que a pandemia do Covid-19 é passageira, e muito dos conflitos causados por ela também são passageiros. Dessa forma, cabe ao judiciário a função de se adequar e aprender a lidar com ela, contornando os principais obstáculos em prol da manutenção da justiça e integridade dos processos.

## REFERÊNCIAS

ANGELO, Tiago. **Sem marco legal para guarda dos filhos na epidemia, pais devem priorizar acordos.** Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/fica-guardacompartilhada-tempos-coronavirus>. Acesso em: 10 jun 2022.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida.* — Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed, 2001.

BRITO, Sávio Breno Pires; BRAGA, Isaque Oliveira; CUNHA, Carolina Coelho;

CARBONERA, Silvana Maria. **A guarda de filhos na família constitucionalizada.** Porto Alegre: Fabris, 2000.

COELHO, Fabio Ulhoa; *Curso de Direito Civil Família Sucessões.* 5ª edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

DIAS, María Berenice. **Manual de direito das famílias.** — 14. ed. rev. ampli e atual. — Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

DORIA, Isabel I. Z. **Guarda compartilhada em tempos de pandemia de COVID-19.**



Disponível em:  
[https://ibdfam.org.br/artigos/1397/Guarda+compartilhada+em+tempos+de+pandemia+d e+COVID-19#\\_ftn1](https://ibdfam.org.br/artigos/1397/Guarda+compartilhada+em+tempos+de+pandemia+d e+COVID-19#_ftn1). Acesso em: 04 jun. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família**. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**, volume 6 — 14. — São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. — 10. ed. — Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARCOLINO, Clarice. **Planejamento familiar e laqueadura tubária**: análise do trabalho de uma equipe de saúde. Cad Saúde Pública. 2004; p. 1-13. Disponível em: [https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource\\_ssm\\_path=/media/assets/csp/v20n3/14.pdf](https://www.scielosp.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/csp/v20n3/14.pdf). Acesso em:: 04/06/2022.

MELLO, Hellen Havana Saturno de; NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. **O exercício da guarda compartilhada em tempos de pandemia da COVID-19**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1726/O+exerc%C3%ADcio+da+guarda+compartilhada+em+tempos+de+pandemia+da+COVID-19>. Acesso em: 5 jun. 2022.

MOORE, Christopher W. The mediation process: practical strategies for resolving. — 4th Edition. 2014.

PALÁCIO, Maria Augusta Vasconcelos; TAKENAMI, Iukary. **Pandemia da COVID-19: o maior desafio do século XXI**. Vigilância Sanitária em Debate, vol. 8, núm. 2, 2020, Abril-Junho, pp. 54-63.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 20ª. Ed. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família, coronavírus e guarda compartilhada. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/cunha-pereira-direito-familia-coronavirus-guarda-compartilhada2>. Acesso em: 16 jun. 2021.

PINHO, Humberto Dallas Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. Manual de mediação e arbitragem. — 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PRADO, Danda. **O que é família**. — 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2013. — (coleção primeiros passos; 50).

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada** — 2º edição - Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAMOS, Patricia Pimentel De Oliveira Chambers. **Poder Familiar e a Guarda Compartilhada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSA, Conrado Paulino Da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.



SOUZA, Carlos Eduardo Silva e; LEAL, Larissa Maria de Moraes; DUARTE, Lorena Guedes (org.). **Impactos da pandemia Covid-19 no Direito de Família e das Sucessões**. Brasília: Oab, 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Inovações em direito e processo de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. — 10. ed — Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2022.



## XI. EMENDA CONSTITUCIONAL n.º 103/2019: A INCONSTITUCIONALIDADE DAS NOVAS REGRAS DE CÁLCULO DA PENSÃO POR MORTE

Nelson Pereira da Silva<sup>1</sup>  
Cláudia Regina Voroniuk<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 PENSÃO POR MORTE. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL. 2 PENSÃO POR MORTE: ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019. 3 A PENSÃO POR MORTE APÓS A EC N. 103/2019: INCONSTITUCIONALIDADE DAS NOVAS REGRAS DE CÁLCULO. NOVAS REGRAS DE CÁLCULO. 4 JULGADOS QUE RECONHECEM A INCONSTITUCIONALIDADE DAS NOVAS REGRAS DE CÁLCULO. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS. AGRADECIMENTOS.

**RESUMO:** A presente pesquisa discute a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 103/2019 no que tange ao cálculo do benefício de Pensão por Morte. A análise passa pelo primeiro texto legal que previu o direito à Pensão por Morte para os dependentes do segurado, a chamada Lei Eloy Chaves. E segue verificando a evolução legislativa, a partir daquela que criou as Caixas de Aposentadoria e Pensões (CAPs), posteriormente fundidas em Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs), passando pela elaboração da Lei Orgânica da Previdência Social em 1960, até a criação do Instituto Nacional de Previdência Social em 1966, quando houve a unificação dos IAPs. Examina a Pensão por Morte na Constituição Federal de 1988, sua regulamentação em 1991, pelas Leis n.º 8.212 e n.º 8.213, e suas regras vigentes até a entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 103/2019. Posteriormente, compara a legislação pretérita com a atual, para demonstrar a amplitude das alterações e os possíveis prejuízos aos direitos fundamentais do segurado e de sua família. A metodologia buscou amparo no estudo de artigos, doutrina, leis, decretos e jurisprudência. A pesquisa revelou que a mudança legislativa ocorrida em 2019 retirou direitos assegurados aos dependentes do de cujus já que as novas regras do cálculo da pensão por morte reduzem a renda mensal inicial (RMI) de forma drástica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito previdenciário. Pensão por morte. Emenda Constitucional n. 103/2019. Inconstitucionalidade. Lei Eloy Chaves.

**ABSTRACT:** This research discusses the unconstitutionality of Constitutional Amendment 103/2019 regarding the calculation of the Death Pension benefit. The analysis goes through the first legal text that provided the right to Pension for Death for the insured's dependents, the so-called Eloy Chaves Law. It goes on to verify the legislative evolution, starting with the law that created the Retirement and Pension Funds (CAPs abbreviation in Portuguese), later merged into Retirement and Pension Institutes (IAPs abbreviation in Portuguese), through the elaboration of the Organic Law of Social Welfare in 1960, until the creation of the National Institute of Social Welfare in 1966, when the IAPs were unified. It examines the Pension for

---

1

2



Death in the 1988 Federal Constitution, its regulation in 1991, by Laws nº. 8212 and nº. 8213, and its rules in effect until Constitutional Amendment 103/2019 came into effect. Subsequently, it compares the previous legislation with the current one, in order to demonstrate the amplitude of the alterations and the possible damages to the fundamental rights of the insured and their families. The methodology was supported by the study of articles, doctrine, laws, decrees, and jurisprudence. The research revealed that the legislative change that took place in 2019 removed rights guaranteed to the dependents of the deceased, since the new rules for calculating the death pension reduce the initial monthly income (RMI) drastically.

**KEY-WORDS:** Pension law. Death pension. Constitutional Amendment n. 103/2019. Unconstitutionality. Eloy Chaves Law.

## 1. INTRODUÇÃO

A Pensão por Morte surge da necessidade de garantir uma renda para subsistência dos dependentes do segurado depois da sua morte. Em alguns casos essa renda representa a única fonte de proventos do núcleo familiar e em outros se soma à renda da família.

A primeira legislação a tratar do benefício da Pensão por Morte assegurou aos dependentes do *de cuius* o pagamento desse benefício, porém com regras mais duras que as previstas na legislação atual. Por exemplo, em 1923, para habilitar a Pensão por Morte, o segurado das Caixas de Aposentadoria e Pensões (CAPs) das empresas de estradas de ferro do país, deveria possuir pelo menos 10 (dez) anos de trabalho.

A legislação evoluiu abandonando regras mais custosas. A Constituição Federal de 1988 garantiu a concessão do benefício de Pensão por Morte aos dependentes do segurado que falecer independente de carência. Tal garantia é pautada em Princípios Constitucionais tais como da Dignidade da Pessoa Humana e da Proteção à Família.

Entretanto, com o advento da Emenda Constitucional n.º 103/2019, diversos dispositivos da legislação previdenciária sofreram alterações, dentre eles, a Pensão por Morte. As alterações foram bastante significativas, impactando o valor da Pensão por Morte recebida pelos dependentes do segurado falecido, conjuntura que justifica a judicialização e o pleito pela inconstitucionalidade do art. 23 da EC n.º 103/2019.

## 2. PENSÃO POR MORTE: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL.

O primeiro texto legal que tratou da Pensão por Morte no Brasil foi o Decreto n.º 3.724 de 15 de janeiro de 1919 (Lei de Acidentes de Trabalho). Seu art. 7º, *caput*, previa que ocorrendo acidente de trabalho que levasse à morte do trabalhador, caberia ao empregador o dever de pagar uma indenização aos dependentes, observada a ordem de vocação hereditária contida no Código Civil vigente à época.

Todavia, a doutrina majoritária considera o marco da Previdência Social no Brasil a publicação do Decreto n.º 4.682 de 24 de janeiro de 1923, intitulada Lei Eloy Chaves, que criou as Caixas de Aposentadoria e Pensões (CAPs) nas empresas de estradas de ferro do país. O art. 26 previa que os herdeiros do empregado ativo que contassem com mais de 10 (dez) anos de serviço efetivo, poderiam requerer a Pensão por Morte instituída por esta lei.



Todavia, conforme o art. 27, se a morte fosse procedente de acidente de trabalho, o número mínimo de anos de contribuição era inexigível.

Segundo Kertzman (2021, p. 54) “durante a década de 1920, foi ampliado o sistema de Caixas de Aposentadorias e Pensão – CAP’s, sendo instituídas em diversas outras empresas, inclusive de outros ramos, como, por exemplo, as dos portuários, dos marítimos etc”. Na década de 30, Getúlio Vargas chega ao poder e importantes mudanças ocorreram. A legislação pertinente às Caixas de Aposentadoria e Pensões foi reformada e consolidada com a edição do Decreto n.º 20.465 de 1º de outubro de 1931, posteriormente alterada pelo Decreto n.º 21.081 de 24 de fevereiro de 1932. Ocorre a fusão das Caixas de Aposentadoria e Pensões (CAPs) em Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs). Sérgio Pinto Martins (2020, p. 19) explica que “a partir de 1933, foram sendo criados os Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs), que acabaram substituindo as Caixas de Aposentadoria e Pensões”. O primeiro IAP criado pelo Decreto n.º 22.872, de 29 de junho de 1933 foi o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos. O art. 46, alínea b, assegurou o benefício de Pensão por Morte, para os herdeiros, na forma do art. 55, *in verbis*:

*Art. 55. Têm direito a pensão, deste o dia do falecimento do associado, as pessoas de sua família, na ordem seguinte:*

*1º viúva, viúvo inválido, em concorrencial com os filhos;*

*2º filhos legítimos, legitimados, naturais (reconhecidos ou não) e adotados legalmente; 3º, viúva, com concorrência com os pais do associado, desde que vivam sob a dependência econômica exclusiva do mesmo;*

*4º, mãe viúva e pai inválido, desde que vivam sob a dependência econômica exclusiva do associado;*

*5º, irmãs solteiras os irmãos inválidos, nas condições do número precedente. (BRASIL, 1933).*

Portanto, os familiares tinham direito à Pensão por Morte na ordem precisa do art. 55. De acordo com § 2º deste artigo, quando houvesse herdeiros em uma classe, os herdeiros das classes subsequentes seriam excluídos. Outros Institutos de Aposentadoria e Pensões foram surgindo. Primeiro dos Comerciantes e dos Bancários em 1934; depois dos Industriários em 1936; e dos Empregados em Transporte de Cargas em 1938.

No final da década de 40 foi editado o Decreto n.º 26.778, de 14 de junho de 1949, que regulamentou a legislação em vigor sobre as Caixas de Aposentadoria e Pensões. O art. 16, alínea e, garantiu o direito à Pensão por Morte. Entretanto, conforme o art. 24, a habilitação deste benefício estava condicionada ao pagamento de, no mínimo, 12 (doze) contribuições.

Quanto ao valor, representava o percentual de 30% (trinta por cento) do valor da aposentaria por invalidez, se habilitada, ou daquela que teria direito o segurado, na data do óbito, se fosse aposentado, acrescido de uma cota de 10% (dez por cento) do valor da aposentaria para cada dependente, limitado a 7 (sete) cotas. No entanto, o valor global da pensão não poderia ser inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentaria por invalidez.



Nesse caminho, além dos normativos mencionados, surgiram outros Institutos de Aposentadoria e Pensões. Ivan Kertzman (2021, p. 54) explica que “o processo de unificação das CAP’s perdurou até a década de 1950, com a criação de institutos de diversas outras categorias profissionais”.

Somente na Constituição de 1946 que o termo Previdência Social foi inaugurado, instituindo o sistema de previdência, estruturado mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para financiar a concessão de benefícios decorrentes da maternidade, de doença, de velhice, de invalidez e de morte, conforme art. 157, XVI da Constituição Federal de 1946.

No ano de 1960 foi criada a Lei Orgânica da Previdência Social (Lei n.º 3.807/1960) que teve

o objetivo de organizar a Previdência Social. Esta lei unificou os critérios de custeio e de concessão de benefícios existentes nos diversos Institutos de Aposentadoria e Pensões, porém ainda permaneceram com sua estrutura inicial.

A Lei Orgânica da Previdência Social dispôs sobre a Pensão por Morte no art. 36. De acordo com ele, os dependentes do segurado teriam direito à pensão se o segurado tivesse contribuído por 12 (doze meses), sendo que a composição do valor era feita conforme o art. 37, *in verbis*:

*Art. 37. A importância da pensão devida ao conjunto dos dependentes do segurado será constituída de uma parcela familiar, igual a 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado percebia ou daquela a que teria direito se na data do seu falecimento fosse aposentado, e mais tantas parcelas iguais, cada uma, a 10% (dez por cento) do valor da mesma aposentadoria quantos forem os dependentes do segurado, até o máximo de 5 (cinco). (BRASIL, 1960).*

O Decreto-Lei n.º 72, editado em 21 de novembro de 1966, unificou os Institutos de Aposentadoria e Pensões e criou o Instituto Nacional de Previdência Social. Por meio dele houve a estruturação do sistema previdenciário brasileiro. Na Constituição de 1988, promulgada em 5 de outubro, versou sobre Seguridade Social no Título VIII, Capítulo II, nos arts. 194 a 204, que segundo Sérgio Pinto

Martins (2020, p. 20) “esta é o gênero, que abrange Previdência Social, Assistência Social e a Saúde”.

A Lei Maior assegurou a Pensão por Morte do segurado, independente do sexo, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, consoante o art. 201, inciso V. Contudo, os artigos da Constituição que tratam da Previdência Social precisavam de regulamentação. Então, em 24 de julho de 1991 foram publicadas duas leis: a Lei n.º 8.212 que dispõe sobre organização da Seguridade Social e do Plano de Custeio e a Lei n.º 8.213 que trata dos Planos de Benefícios da Previdência Social.

A Lei n.º 8.213/1991 definiu em seu art. 75 que a Pensão por Morte seria devida no percentual equivalente a 80% (oitenta por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela que teria direito se fosse aposentado na data da morte, mais o acréscimo de 10% (dez por cento) do valor desta aposentadoria por dependente, limitado a 2 (dois). Quanto à carência, de acordo do art. 26, inciso I, não se exige a comprovação de número



mínimo de contribuições para habilitação da Pensão por Morte pelos dependentes do segurado que falecer.

Importante alteração legislativa ocorreu com a Lei n.º 9.032, de 28 de abril de 1995. Esta alteração beneficiou os dependentes do segurado falecido, ao instituir que o valor da Pensão por Morte seria de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício. Contudo, em menos três anos houve outra mudança na legislação previdenciária. Com a Lei n.º 9.528, de 10 de dezembro de 1997, o valor da pensão passou para 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou aquela que receberia se aposentado fosse por invalidez na data do óbito.

Houve uma vinculação do valor da Pensão por Morte ao valor da aposentadoria por invalidez. Deste modo, conforme o art. 44, com redação dada pela Lei n.º 9.032/1995, a aposentadoria por invalidez, inclusive originada de acidente de trabalho, equivale a uma renda mensal de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício. Esta redação vigeu até a promulgação da Emenda Constitucional n.º 103/2019, que tratou da Reforma da Previdência, alterando vários pontos da legislação em comento, dentre eles, aqueles que tratam da Pensão por Morte.

### **3. PENSÃO POR MORTE E A EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019.**

A Emenda Constitucional n.º 103/2019 foi promulgada em 12 de novembro de 2019, publicada no Diário Oficial da União em 13 de novembro de 2019, quando vigorou seus dispositivos, inclusive aqueles que tratam da Pensão por Morte. O objetivo da EC n.º 103/2019, segundo seu preâmbulo, é de alterar o sistema de Previdência Social e estabelecer regras de transição e disposições transitórias.

A alteração significativa relativamente à Pensão por Morte no Regime Geral de Previdência

Social foi no tocante ao cálculo deste benefício. Antes da EC n.º 103/2019 o valor da Pensão por Morte tinha por parâmetro o cálculo da Renda Mensal Inicial (RMI) da aposentadoria por invalidez que o segurado recebia ou que receberia se fosse aposentado por invalidez na data do óbito. “A renda mensal da Pensão por Morte até Emenda Constitucional 103/2019 era de 100% do valor da aposentadoria.” (MIGUELI, 2021, p. 120)

Pela regra anterior, para obter o valor de um benefício era utilizado do salário-de-benefício,

que consistia na média dos 80% (oitenta por cento) maiores salários de contribuição, com início em julho de 1994. Portanto, era descartado os 20% (vinte por cento) menores salários-de-contribuição. Este descarte representava uma vantagem para o segurado que tinha a média dos salários de contribuição aumentada, e conseqüentemente, um salário-de-benefício maior.

A aposentadoria por invalidez, que serve de parâmetro para o valor da Pensão por Morte, era calculada com base nessa mesma média que origina o salário-de-benefício. Aplicavam-se 100% (cem por cento) da média sem qualquer redutor, sendo irrelevante o tempo de contribuição que o segurado tinha.

Após calculado o valor da Pensão por Morte, o benefício é dividido entre os dependentes e considerando a classe pertencente, nos termos do art. 16 da Lei n.º





8.213/1991. Segundo Kertzman (2020) tais dependentes são divididos em classes da seguinte forma:

*Primeira classe:*

- a. O cônjuge, a companheira e o companheiro, ex-mulher e o ex-marido que recebam pensão alimentícia ou ajuda financeira;
- b. O filho menor de 21 anos, desde que não emancipado;
- c. O filho inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;
- d. Equiparado a filho, menor tutelado ou enteado.

*Segunda classe:*

- a. Os pais, desde que comprovem dependência econômica.

*Terceira classe:*

- a. O irmão menor de 21 anos, não emancipado, desde que comprove dependência econômica;
- b. O irmão inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, de qualquer idade, devendo a incapacidade ser atestada por perícia do INSS, desde que comprove dependência econômica. (KERTZMAN, 2020, p. 170) grifou-se.

A prioridade no recebimento da Pensão por Morte é sempre dos dependentes de uma classe superior em relação aos dependentes de uma classe inferior. O benefício é dividido entre os dependentes da mesma classe.

A promulgação da EC n.º 103/2019 trouxe uma significativa mudança no cálculo da aposentadoria, inclusive por invalidez. Consequentemente, por servirem de parâmetro para o cálculo da Pensão por Morte, alteraram substancialmente seu valor. Este parâmetro está estabelecido no art. 23 da EC n.º 103/2019, *in verbis*:

*Art. 23. A Pensão por Morte concedida a dependente de segurado do Regime Geral de Previdência Social ou de servidor público federal será equivalente a uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) do valor da aposentadoria recebida pelo segurado ou servidor, ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o máximo de 100% (cem por cento). (BRASIL, 2019).*

Desta forma, para determinar o valor da Pensão por Morte, didaticamente, optou-se por

demonstrar suas etapas:

- a. Se o segurado for aposentado, o valor deste benefício será utilizado para o cálculo da Pensão
- b. por Morte, mas, se for ativo, será utilizado o valor da aposentadoria por invalidez que teria direito na data do óbito;
- c. Se for ativo, é preciso calcular o valor da aposentadoria por invalidez. Conforme o art. 26 da EC n.º 103/2019 deve ser utilizado uma média



aritmética simples dos salários de contribuição, atualizados monetariamente, desde julho de 1994 ou desde o início da contribuição, para aqueles que iniciaram suas contribuições posteriormente. Pela nova regra não é permitido o descarte dos 20% (vinte por cento) menores;

- d. Após calcular a média, aplica-se o percentual 60% (sessenta por cento). Para mulheres, acrescenta-se 2% (dois por cento) por ano de contribuição que exceder aos 15 (quinze) anos; para os homens, acrescenta-se 2% (dois por cento) por ano de contribuição que exceder aos 20 (vinte) anos.
- e. Por último, após chegar a esse resultado, aplica-se o percentual de 50% (cinquenta por cento), acrescidos de 10% (dez por cento) por dependente até o limite de 100% (cem por cento).

Entretanto, se existir dependente inválido ou com deficiência intelectual, mental ou grave, o valor da Pensão por Morte será: *a)* de 100% (cem por cento) da aposentadoria do segurado ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por invalidez na data da morte, observando o limite máximo para benefícios no Regime Geral de Previdência Social; *b)* uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento) acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, limitado a 100% (cem por cento), para o valor superior ao limite máximo para benefícios no Regime Geral de Previdência.

Em termos práticos, segundo Migueli (2022) por exemplo, um trabalhador chamado João que contribuiu durante vinte e cinco anos, não era aposentado na data do óbito, terá seu benefício calculado da seguinte forma:

*Após calcular a média aritmética dos salários de contribuição de julho de 1994 até o seu falecimento, será aplicada a alíquota da aposentadoria por incapacidade permanente.*

*Média aritmética encontrada: R\$ 4.000,00. Tendo em vista que João trabalhou por 25 anos, a aposentadoria por incapacidade permanente seria de 60% + 10% = 70% (2% x 5 anos que excedeu 20 anos de contribuição) da média aritmética, portanto, a Pensão por Morte terá como base o valor de R\$ 2.800,00. Sobre esse valor, será aplicada a conta de dependente. Caso João tenha deixado como dependente somente a esposa, a Pensão por Morte será de 60% de R\$ 2.800,00, ou seja, a viúva receberá R\$ 1.680,00. Se João tivesse deixado como dependente sua esposa e um filho menor de 21 anos, o valor do benefício seria de 70% de R\$ 2.400,00, ou seja, de R\$ 1.960,00, sendo que cada dependente receberia R\$ 980,00. (MIGUELI, 2022, p. 125)*

Neste exemplo, o trabalhador não era aposentado. Foi preciso calcular primeiramente o valor da aposentadoria por invalidez que receberia se fosse aposentado na data do óbito. Ele tinha 25 anos de contribuição, portando, por ser homem, o excedente de 20 anos será acrescido aos 60% (sessenta por cento) do salário-de-benefício em 2% (dois por cento) para cada ano excedente. Neste caso, em 10% (dez por cento), chegando ao salário-de-benefício de 70% (setenta por cento). Importante ressaltar que o salário-de-benefício consiste em 100% (cem por cento) da média simples dos salários de contribuição atualizados desde julho de 1994.



#### 4. A PENSÃO POR MORTE APÓS A EC N.º 103/2019: INCONSTITUCIONALIDADE DAS NOVAS REGRAS DE CÁLCULO E AS NOVAS REGRAS DE CÁLCULO.

Não se olvida que, do ponto de vista histórico, a Segunda Guerra Mundial trouxe um novo viés acerca da proteção social. Com seu fim, a ideia de Seguridade Social foi revestida de um novo conceito: de proteção social originada do Estado de Bem-Estar Social, cujo objetivo é a garantia dos direitos dos cidadãos à saúde, à educação e à segurança. A Seguridade Social foi reconhecida como direito fundamental com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que segundo Grieco (2018, p.40) "[...] além de prever a necessidade de proteção do indivíduo na hipótese de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, maternidade e nos demais casos de perda involuntária dos meios de subsistência".

No Brasil, o constituinte visando garantir os citados direitos previu no art. 194 da Constituição Federal de 1988, que a Seguridade Social compreende diversas ações do Poder Público e da Sociedade, cujo objetivo de assegurar direitos nas esferas da saúde, previdência e assistência social. O art. 201 da Constituição Federal de 1988 tratou da Previdência Social, garantindo, dentre outros direitos, a Pensão por Morte do segurado homem ou mulher, destinada ao cônjuge ou companheiro e aos dependentes, na forma do seu inciso V.

O valor da Pensão por Morte correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício vigeu desde a edição da Lei n.º 9.032, de 28 de abril de 1995, até a promulgação da EC n.º 103 de 12 de novembro de 2019. A Reforma da Previdência Social advinda da EC n.º 103/2019 alterou bruscamente o valor para 60% (sessenta por cento) do salário-de-benefício e não trouxe qualquer regra de transição para este benefício. Comparando as regras anteriores com as novas regras advindas da EC n.º 103/2019, tem-se que:

- a. Quanto ao salário-de-benefício: antes representava 80% (oitenta por cento) dos maiores salários de contribuição, atualizados monetariamente, desde julho de 1994. Pela nova regra representa 100% (cem por cento) de todo período contributivo, atualizados monetariamente, desde julho de 1994.
- b. Quanto ao valor da Pensão por Morte: antes representava 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria por invalidez. Depois passou para 50% (cinquenta por cento), do valor da aposentadoria por invalidez, acrescido de cotas de 10% (dez por cento) para cada dependente, aplicado sobre o corresponde a 60% (sessenta por cento) do salário-de-benefício, que é acrescido 2% (dois por cento) para cada ano trabalho que exceder 15 (quinze) anos de contribuição, se mulher e 20 (vinte) anos de contribuição, se homem.

A comparação entre a regra pretérita e a regra por ela trazida pela EC n.º 103/2019 revela uma evidente redução no valor da Pensão por Morte. Primeiro porque mudou a forma de cálculo do salário-de-benefício e segundo porque alterou a forma de cálculo da aposentadoria por invalidez, que serve de parâmetro para o valor da Pensão por Morte. Estas alterações impactaram fortemente o valor da Pensão por Morte, reduzindo seu valor.



Em consequência disto, essas alterações estão sendo contestadas no Supremo Tribunal Federal pela Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 6916, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol) e pela Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 7051, da Confederação Nacional dos Trabalhadores Assalariados e Assalariadas Rurais (Contar).

A Adepol ao propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade 6916 contra o novo regramento do benefício da Pensão por Morte trazida na EC n.º 103/2019, aduziu que as mudanças foram muito severas, revelando desproporcionalidade e a não razoabilidade no que se referem os novos valores fixados. Alega que a nova regra violou dois dispositivos constitucionais: i) o caput do art. 40 da CF/88, que fala sobre o caráter contributivo do Regime Próprio de Previdência Social e ii) os arts. 1º, III, 6º, 226 e 227 da CF/88, que versam sobre a proteção do Estado para garantir uma vida digna à família do segurado falecido.

Desta forma, apontam:

*Imagine servidor federal ativo, com média dos salários de contribuição de R\$ 8,3 mil, que, agora, completou 20 anos de contribuição e, após, faleceu; deixando esposa e filho como dependentes.*

*Como faleceu enquanto ativo, a aposentadoria “simulada” por incapacidade do servidor será de 60% de R\$ 8,3 mil, ou seja, R\$ 4,9 mil. Sobre estes R\$ 4,9 mil, será aplicado o sistema de cota familiar de 50%, acrescida de cota de 10% por dependente. 32. Neste caso, a pensão corresponderá a 70% (50% + 2 x 10%) de R\$ 4,9 mil, ou seja, R\$ 3,4 mil. Logo, o valor da pensão (R\$ 3,4 mil) corresponderá a absurdos 42% da média dos salários de contribuição do falecido (R\$ 8,3 mil). Dito de outra forma, a Pensão por Morte equivalerá a 42% do esforço contributivo do servidor (BRASIL, 2021).*

Neste cálculo exemplificativo feito pela Adepol verifica-se que ocorreu uma redução no valor da Pensão por Morte, que passa para o equivalente a 42% (quarenta e dois por cento) do salário de contribuição do servidor.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 7051, a Contar sustenta que a nova regra trazida pelo art. 23 da EC n.º 103/2019 é abusiva, desarrazoada e desproporcional por desconsiderar o esforço contributivo do segurado. Assevera que o dispositivo legal violou o art. 201 da CF/88, que trata sobre o caráter contributivo do Regime Geral de Previdência Social e os arts. 1º, III, 6º, 226 e 227, que garantem proteção digna à família do segurado falecido. Assim demonstra:

*Para ilustrar o impacto da aplicação da norma ora objurgada na vida dos dependentes dos segurados do RGPS, imagine segurado ativo do RGPS, com média dos salários de contribuição da ordem de R\$ 6 mil (valor próximo ao do teto do RGPS, atuais R\$ 6.433,57), que, agora, completou 20 anos de contribuição e, após, faleceu; deixando esposa e filho como dependentes.*

*Como faleceu enquanto ativo, a aposentadoria “simulada” por incapacidade do segurado será de 60% de R\$ 6 mil, ou seja, R\$ 3,6 mil. Sobre estes R\$ 3,6 mil, será aplicado o sistema de cota familiar de 50%, acrescida de cota de 10% por dependente. 25. Neste caso, a pensão corresponderá a 70% (50% + 2 x 10%) de R\$ 3,6 mil, ou seja, R\$ 2,5 mil.*



*Logo, o valor da pensão (R\$ 2,5 mil) corresponderá a 42% da média dos salários de contribuição do falecido (R\$ 6 mil). Dito doutra forma, a pensão equivalerá a 42% do esforço contributivo do segurado (BRASIL 2021).*

Este demonstrativo trazido pela Contar revela uma redução para 42% (quarenta e dois por cento) no valor do salário de contribuição do segurado. Redução igual àquela apontada pela Adepol. O Ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal, relator da ADI 6916, determinou em 25 de junho de 2021 que o Procurador-Geral da República se manifestasse acerca da Ação Direta de inconstitucionalidade 6916. Em parecer, o Procurador-Geral Augusto Aras demonstrou que:

*[...] trabalhador segurado do regime geral, com média remuneratória coincidente com o teto do RGPS, também falecido em atividade por razões não ocupacionais e com tempo de contribuição previdenciária inferior a 20 anos (ou 15 anos, em algumas situações aplicáveis ao RGPS).*

*A base de cálculo da pensão seria de 60% da média aritmética simples das remunerações adotadas como base de contribuição, no caso, **R\$ 3.860,14** ( $R\$ 6.433,57 * 0,6$ ), conforme o art. 26, § 2º, da atual Reforma da Previdência. Aplicando-se o caput do art. 23 da EC 103/2019, o montante da Pensão por Morte seria de **R\$ 2.316,08** ( $R\$ 3.860,14 * 0,6$ ), resultando em decrécimo de 64% do valor da remuneração do servidor, ou do trabalhador, em atividade. O benefício também seria reduzido a singelos 36% do valor da remuneração da ativa. É dizer, referida hipótese rebaixaria a remuneração percebida na atividade de **R\$ 6.433,57** para a Pensão por Morte de **R\$ 2.316,08** (BRASIL, 2021). Grifou-se.*

Sustentou que a redução foi severa, muito rigorosa e que evidencia a desproporcionalidade e não razoabilidade nos valores da Pensão por Morte trazida pela Reforma da Previdência. Afirmou que a redução no valor do benefício deve ser feita de maneira ponderada, razoável e proporcional, de forma que seja considerado o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, mas também, os direitos e garantias fundamentais, principalmente a dignidade da pessoa humana e a proteção à família. Por fim, pugnou pela inconstitucionalidade por afronta a preceitos da Constituição Federal.

De igual forma, em 1º de fevereiro de 2022 o Ministro Relator determinou que o Procurador-Geral da República se manifestasse acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade 7051. Para ilustrar o cálculo da Pensão por Morte, apontou que:

*Para ilustrar, adota-se, como parâmetro, o valor do teto do regime geral de previdência social (RGPS), atualmente fixado em R\$ 7.087,22 (sete mil e oitenta e sete reais e vinte e dois centavos). Nos termos das regras anteriores, estabelecidas pelo art. 75 da Lei 8.213/1991,3 na hipótese de falecimento de segurado já aposentado, o valor da Pensão por Morte corresponderia à totalidade (100%) dos proventos originais percebidos pelo agente, ou seja, os mesmos R\$ 7.087,22. Pelo atual preceito do art. 23 da EC 103/2019, idêntica situação resulta em Pensão por Morte no montante bruto de R\$ 4.252,33 ( $R\$ 7.087,22 * 0,6$ ), pois, como já*



*ressaltado, sobre o valor dos proventos aplica-se a cota familiar de 50%, acrescida de 10% referente a 1 (um) dependente, ocasionando redução de 40% do total antes recebido pelo segurado. (BRASIL, 2021).*

O Procurador-Geral da República reiterou neste parecer acerca da inconstitucionalidade do art. 23 da EC n.º 103/2019 que as novas regras são severas e desproporcionais e desarrazoáveis, que afrontam preceitos constitucionais, como da dignidade da pessoa humana e a proteção à família, e desta forma, defende sua inconstitucionalidade.

Portanto, os pareceres do Procurador-Geral da República seguem as arguições tanto da Adepol, quanto a Contar, que afirmam em suas petições iniciais que o art. 23 da EC n.º 103/2019 é inconstitucional por reduzir bruscamente o valor da Pensão por Morte de maneira desproporcional e desarrazoada e desprezar princípios constitucionais como da dignidade da pessoa humana e da proteção à família.

## **5. JULGADOS QUE RECONHECEM A INCONSTITUCIONALIDADE DAS NOVAS REGRAS DE CÁLCULO.**

Poder Legislativo tem a atribuição de legislar e fiscalizar atos do Poder Executivo. É o responsável pela produção de leis cujo objetivo é regular a vida em sociedade. Entretanto, essas leis nem sempre estão em harmonia com a Constituição Federal. Quando isso ocorre, tem-se a inconstitucionalidade por ação, ou seja, a norma incompatível com a Carta Maior, submetida ao controle de constitucionalidade, pode ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado ou apenas afastada sua incidência por qualquer órgão judicial no controle incidental.

Nesta perspectiva, a inconstitucionalidade do art. 23 da EC n.º 103/2019 está sendo questionada no Supremo Tribunal Federal na ADI 6916 e na ADI 7051. Contudo, outras demandas foram propostas em órgãos do Poder Judiciário, postas ao exame de juízes e desembargadores.

No processo n.º 0509761-32.2020.4.05.8500, julgado na 5ª Vara Federal de Aracajú/SE, a autora J.M.J. pleiteou o benefício de Pensão por Morte na qualidade de dependente do segurado falecido em 19/01/2020. O INSS negou o benefício após concluir que a demandante ao requerer o benefício de Pensão por Morte, embora tenha afirmado viver em união estável, no cadastro do Governo Federal para concessão de benefício assistencial declarou ser solteira. Diante da controvérsia da autora, a sentença foi proferida em seu desfavor.

A autora, inconformada com a sentença, apresentou recurso ao Juizado Especial Federal. O relator da 3ª Turma Recursal de Sergipe do Juizado Especial Federal da 5ª Região, ao julgar o recurso, afirmou que o óbito ocorreu em 19/01/2020, depois da promulgação da EC n.º 103/2019, que ela deveria reger a Pensão por Morte deferida se não fosse inconstitucional por violar o princípio da proibição do retrocesso. Segundo o relator:

*O que a EC pretendeu fazer foi suprimir direitos previdenciários construídos ao longo de décadas para a proteção de quem se vê sem sua fonte de subsistência primária, em razão de evento inesperado, ao restabelecer a regulação sobre Pensão por Morte que havia na Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, Lei n.º 3.807/60, e com*



*regramento sobre renda mensal ainda mais gravoso do que aquele, mesmo depois dela ter sido revogada pela CF e pela Lei n.º 8.213/91. E, o que é ainda mais esdrúxulo do ponto de vista da lógica do processo legislativo, disciplinando inclusive percentuais de cálculo de renda mensal de benefício, questões normalmente deixadas para a legislação complementar e ordinária (BRASIL, 2021).*

Prossigui aduzindo que a EC n.º 103/2019 trouxe retrocesso social ao estabelecer uma regra que vigeu nas décadas de 60 e 70 do século XX, não adequada ao Brasil de 2019/2020 que é pobre e mais desigual, de acordo com indicadores do IBGE. A regra é mais severa aquela instituída há 60 anos, pois determinada o cálculo de todo período contributivo desde julho/1994 e estipula um percentual de 60% (sessenta por cento) sobre esta média, que deve servir de parâmetro para todos os benefícios, incluindo a Pensão por Morte.

Demonstrou por meio de um cálculo aritmético que Pensão por Morte, que era de 100% (cem por cento) da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela que teria direito se fosse aposentado por invalidez na data do óbito, passou para 36% (trinta e seis por cento), quando houver apenas a viúva habilitada. Assim sendo, aduz que:

*Não há a menor sombra de dúvida que a alteração estabelecida pela EC em relação à Pensão por Morte conduz à supressão concreta do direito e viola flagrantemente as instituições que o Estado deve proteger, a garantia da “cobertura do evento morte” (art. 201, inciso I, do CF/88) e a vedação do retrocesso, especialmente porque sequer se poderia falar em aplicação da reserva do possível no caso das prestações previdenciárias: elas têm fonte de custeio específica (BRASIL, 2021).*

Portanto, o relator concluiu que as disposições da EC n.º 103/2019 sobre Pensão por Morte são inconstitucionais, portanto, devem permanecer vigentes as anteriores. Consequentemente, votou por conhecer e prover o recurso, reformando a sentença para determinar que o INSS pague o benefício no equivalente a 100% (cem por cento) Renda Mensal do Benefício de Auxílio-Doença que o segurado recebia na data do óbito.

No processo n.º 5005105-84.2021.404.7016/PR, originado 1ª Vara Federal de Toledo/PR, a autora N.M.K.K. demandou pleiteando a revisão do benefício de Pensão por Morte concedido pelo INSS em consonância com as novas regras advindas da EC n.º 103/2019.

Ao analisar o pedido da autora, o Juiz Federal Wesley Schneider Collyer inferiu que conforme a Súmula 340 do STJ, a lei aplicável à concessão de Pensão por Morte é aquela vigente na data do óbito do segurando. Contudo, aduziu que o art. 23 da EC n.º 103/2019 mostra-se inconstitucional.

Exemplificou que nos termos do novo regramento, se o segurado falecido deixa apenas um dependente, o percentual da Pensão por Morte é de 60% (50% referente à conta familiar + 10% em razão daquele dependente) do valor da aposentadoria que recebia ou daquela que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito.

Desta forma, para o magistrado “os números revelam tratar-se de redução severa, demasiadamente rigorosa, evidenciando, portanto, desproporcionalidade e desarrazoabilidade nos valores de Pensão por Morte finadas pelas novas regras [...]”.



Ao proferir sua sentença, determinou que o INSS revisasse o benefício, calculando a Renda Mensal Inicial (RMI) com base em 100% (cem por cento) valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito.

Oportunamente o INSS recorreu da sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara Federal de Toledo/PR em seu desfavor. O recurso foi para 3º Turma Recursal da Seção Judiciária do Paraná, sendo o relator o Juiz Federal José Antônio Savaris. Ao apreciá-lo trouxe outro recurso julgado em 25.11.2021 por esta mesma Turma Recursal, que decidiu sobre o pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 26, §§ 2º e 5º da Emenda Constitucional 103/2019, para que a aposentadoria por incapacidade permanente represente 100 % (cem por cento) do salário-de-benefício de que trata o art. 29 da Lei n.º 8.213/1991.

Na análise do recurso julgado em 25.11.2021, a Relatora Juíza Federal Flávia da Silva Xavier observou que o constituinte derivado alterou a forma de cálculo da aposentadoria por invalidez prevista no art. 29 da Lei n.º 8.213/1991, estabelecendo uma média simples correspondente a 100% (cem por cento) do período contributivo desde julho de 1994 ou desde a primeira contribuição, se posterior. Sobre o resultado dessa média, aplicam-se 60% (sessenta por cento), acrescido de mais 2 pontos percentuais para cada ano que exceder 20 anos de contribuição (art. 26, § 2º, III, da EC n.º 103/2019).

Segundo a magistrada, a redução no valor do benefício da aposentadoria por incapacidade permanente não é uma opção política e não afrontou a Constituição. Assim aduziu:

*Contudo, essa redução não pode ser compreendida como "abolição", "supressão" do direito social à previdência social. É, antes de tudo, uma opção política impulsionada pelo discurso reformista que se ampara na necessidade de operar equilíbrio fiscal. Como opção política do poder constituinte derivado que não suprime o direito social, não se pode dizer que tenha, de fato, afrontado cláusula pétrea.*

*Nem mesmo a diferenciação que o art. 26, § 3º da EC faz em relação à aposentadoria por incapacidade permanente decorrente de acidente de trabalho, doença profissional e doença do trabalho, para assegurar o coeficiente de 100% nestas hipóteses, representa ofensa à cláusula pétrea da isonomia. Isso porque, está a aplicar tratamento diferenciado para situações que se compreendeu igualmente diferenciadas, de onde se extrai o nítido propósito de proteção do trabalhador em situações de trabalho potencialmente perigosas ou nocivas à saúde (art. 7º da CF). Tanto que não menciona "acidente de qualquer natureza", mas se refere claramente a riscos relacionados ao exercício da atividade profissional (BRASIL, 2021).*

A relatora esclareceu que as alterações trazidas não violam direitos ou garantias individuais, portanto não afrontam o art. 60, § 4º da Constituição Federal. Por fim, completa explicando que o controle de constitucionalidade não pode questionar as escolhas do poder constituinte.

O relator do recurso originado da 1ª Vara Federal de Toledo/PR arguiu que essa fundamentação se aplica à demanda trazida em que o objeto é o pedido de declaração de inconstitucionalidade, aqui do art. 23 da EC n.º 103/2019, que altera o cálculo da Pensão por





Morte. Considerou que a nova regra não viola direitos e garantias individuais. Nesse sentido, votou pelo acolhimento do recurso do INSS e pela improcedência do pedido da parte autora. A 3º Turma Recursal decidiu, por unanimidade, acompanhar o voto do relator.

Assim sendo, constata-se que há divergência jurisprudencial acerca do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 23 da EC n.º 103/2019. Isto porque a 3ª Turma Recursal de Sergipe pugna pela inconstitucionalidade da nova regra, por considerar que houve supressão de direitos constitucionais, enquanto a 3º Turma Recursal da Seção Judiciária do Paraná entende que não houve afronta a qualquer direito e garantias individuais, que o controle de constitucionalidade não pode interferir no poder constituinte.

## 6. CONCLUSÃO

O Poder Executivo, ao apresentar a proposta que originou a Emenda Constitucional n. 103/2019, apontou que o objetivo dessa alteração é de reduzir o déficit nas contas da Previdência Social. Estimou-se que a economia é de cerca de R\$ 800 (oitocentos) bilhões em 10 anos. O escudo para aprovação desta Emenda Constitucional foi a exposição da necessidade de reformar para evitar o colapso fiscal da Previdência.

As mudanças foram muito abrangentes, diversos dispositivos da legislação previdenciária foram alterados, dentre os quais, destaca-se o cálculo do benefício, que representou 60% (sessenta por cento) da média dos salários de contribuição, desde julho de 1994 ou da data de início de contribuição, se posterior, acrescidos de 2% (dois por cento) para cada ano que exceder 15 (quinze) anos, se mulher e 20 (vinte) anos, se homem. Antes para cálculo das aposentadorias consideravam-se 100% (cem por cento) de uma média quem consistia em 80% (oitenta por cento) maiores salários de contribuição desde julho de 1994

Essa mudança impactou diretamente o valor do benefício da Pensão por Morte. Dado que o benefício tem por parâmetro o valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela que receberia se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, essa é a primeira mudança impactante. O segundo ponto que impactou o valor da pensão por morte decorre da redação do art. 23 da EC nº 103/2019. Sua redação alterou o valor da Pensão por Morte para o equivalente a 50% (cinquenta por cento), enquanto a redação anterior previa 100% (cem por cento) daquele parâmetro em comento.

Assim sendo, a nova regra representa um retrocesso em relação aos direitos sociais conquistados, uma vez que reduz excessivamente o valor da Pensão por Morte, em descompasso que a realidade social do Brasil, onde a população enfrenta diariamente diversas dificuldades, a alternativa encontrada pelo Constituinte para evitar o colapso da Previdência, agrava mais ainda a situação de quem depende desse benefício. Afronta, pois, direitos e garantias individuais concretizados na Constituição Federal de 1988. Por conseguinte, o pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 23 da EC n.º 103/2019 é crível por afrontar a Lei Maior.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **O poder Legislativo**. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/a-camara/programas-institucionais/experiencias->



presenciais/parlamentojovem/sou-estudante/material-de-apoio-para-estudantes/poder-legislativo. Acesso em: 23 ago. 2022.

BRASIL. Decreto n.º 3.724, de 15 de janeiro de 1919. Regula as obrigações resultantes dos acidentes no trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 18 jan. 1919. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-3724-15-janeiro-1919-571001-publicacaooriginal-94096-pl.html>. Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. Decreto n.º 4.682, de 24 de janeiro de 1923. Crea, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no paiz, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos. Empregados. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 13 abr. 1923. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dpl/DPL4682-1923.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL4682-1923.htm). Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. Decreto n.º 20.465, de 1º de outubro de 1931. Reforma a legislação das Caixas de Aposentadoria e Pensões. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 3 out. 1931. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20465-1-outubro-1931-500674-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. Decreto n.º 22.872, de 29 de junho de 1933. Cria o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, regula o seu funcionamento e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 30 jun. 1933. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-22872-29-junho-1933-503513-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. Decreto n.º 26.778, de 14 de junho de 1949. Aprova o Regulamento para execução da Lei n.º 593, de 24 de dezembro de 1948, e demais legislação em vigor sobre Caixas de Aposentadoria e Pensões. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 17 jun. 1949. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26778-14-junho-1949-453076-republicacao-164305-pe.html>. Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. Lei n.º 3.807, de 26 de agosto de 1960. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 set. 1960. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l3807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3807.htm). Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 72, de 21 de novembro de 1966. Unifica os Institutos de Aposentadoria e Pensões e cria o Instituto Nacional de Previdência Social. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 nov. 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l3807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3807.htm). Acesso em: 15 mai. 2022.



BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 mai. 2022.

BRASIL. Lei n.º 8.213, de 23 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 22 mai. 2022.

BRASIL. Lei n.º 9.032, de 28 de abril de 1995. Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis n.º 8.212 e n.º 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 abr. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9032.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9032.htm). Acesso em: 22 mai. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 103, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de Previdência Social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 nov. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9032.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9032.htm). Acesso em: 22 mai. 2022.

BRASIL. Justiça Federal. 1ª Vara Federal de Toledo/PR. **Processo n.º 5005105-84.2021.4.04.7016/PR**. Relator: Juiz Federal Gilson Luiz Inácio. **Consulta Processo Eletrônico**. Disponível em: [https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=50051058420214047016&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=&seIForma=NU&todaspartes=&txtChave=&numPagina=1](https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50051058420214047016&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=&seIForma=NU&todaspartes=&txtChave=&numPagina=1). Acesso em 25 ago. 2022.

BRASIL. Justiça Federal. 3ª Turma Recursal do Paraná. **Recurso Cível n.º 5005105-84.2021.4.04.7016/PR**. Relator: Juiz Federal Gilson Luiz Inácio. **Consulta Processo Eletrônico**. Disponível em: [https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=50051058420214047016&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=&seIForma=NU&todaspartes=&txtChave=&numPagina=1](https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50051058420214047016&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=&seIForma=NU&todaspartes=&txtChave=&numPagina=1). Acesso em 25 ago. 2022.

BRASIL. Justiça Federal. 5ª Vara Federal de Aracajú/SE. **Processo n.º 0509761-32.2020.4.05.8500**. Juiz Federal Gilson Luiz Inácio. **Consulta Processo Eletrônico**. Disponível em: [https://creta.jfse.jus.br/cretainternetse/cadastro/modelo/exibe\\_modelo\\_publicado.wsp?tmp.andexxo.id\\_processo\\_documento=8236569&tmp.processo\\_judicial.id\\_processo\\_judicial=355722](https://creta.jfse.jus.br/cretainternetse/cadastro/modelo/exibe_modelo_publicado.wsp?tmp.andexxo.id_processo_documento=8236569&tmp.processo_judicial.id_processo_judicial=355722). Acesso em 25 ago. 2022.

BRASIL. Justiça Federal. 3ª Turma Recursal de Sergipe. **Recurso Cível n.º 5005105-84.2021.4.04.7016/PR**. Relator: Juiz Federal Gilson Luiz Inácio. **Consulta Processo Eletrônico**. Disponível em:



[https://creta.jfse.jus.br/cretainternetse/cadastro/modelo/exibe\\_modelo\\_publicado.wsp?tmp.andxo.id\\_processo\\_documento=8338965&tmp.processo\\_judicial.id\\_processo\\_judicial=355722](https://creta.jfse.jus.br/cretainternetse/cadastro/modelo/exibe_modelo_publicado.wsp?tmp.andxo.id_processo_documento=8338965&tmp.processo_judicial.id_processo_judicial=355722). Acesso em 25 ago. 2022

BRASIL. Senado Federal. **A Reforma da Previdência**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infograficos/2019/10/a-reforma-da-previdencia-aprovada-no-senado>. Acesso em 28 ago. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Promulgada Emenda Constitucional da Reforma da Previdência**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/11/12/promulgada-emenda-constitucional-da-reforma-da-previdencia>> Acesso em 28 ago. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo n.º ADI 6916. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Consulta Processo Eletrônico**. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoeletronico.jsf?seqobjetoincidente=6203552>. Acesso em 26 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo n.º ADI 7051. Relator: Ministro Roberto Barroso. **Consulta Processo Eletrônico**. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoeletronico.jsf?seqobjetoincidente=6320471>. Acesso em 26 jun. 2022.

GRIECO, A.; LEITAO, A. S. **Manual de Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.

KERTMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 19. ed. Salvador: JusPodivm. 2021.

KERTMAN, Ivan. **Entendendo a reforma da previdência**. Salvador: JusPodivm. 2020.

MARTINS, Sergio Pinto. **Reforma da previdência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

MUSSI, C. M.; FERREIRA, C. V. R. Evolução ou retrocesso do benefício Pensão por Morte ao longo dos 30 anos do advento da lei 8.213/91? **Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário**. Curitiba, n. 11, p. 241-268. Disponível em: <https://www.ibdp.org.br/wp-content/uploads/2021/10/Artigo-11-EVOLUCAO-OU-RETROCESSO-DO-BENEFICIO-PENSAO-POR-MORTE-AO-LOGO-DOS-30-ANOS-DO-ADVENTO-DA-LEI-8.213-91-Cristiane-Miziara-Mussi-e-Carlos-Vinicius-Ribeiro-Ferreira.pdf>. Acesso em 15 mai. 2022.



## XII. ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA: UMA FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE, REPRODUTIVOS E SEXUAIS

Giovanna Silva Viotto<sup>1</sup>  
Luciane Pussi<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2 A ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO POR MEIO DA LEI DE PLANEJAMENTO FAMILIAR. 3 DIREITOS REPRODUTIVOS E SEXUAIS RECONHECIDOS COMO DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS. 3.1 Evolução dos direitos humanos e fundamentais. 3.2 Reconhecimento dos direitos reprodutivos e sexuais. 4 ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA: UMA FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE, REPRODUTIVOS E SEXUAIS. 4.1 Exigência da anuência do cônjuge para esterilização voluntária uma violação aos direitos fundamentais. 4.2 Inconstitucionalidade do art. 10, §5º da Lei nº 9.263/96 – ADI. 4.3 Revogação do art. 10, §5º da Lei nº 9.263/96 pela Lei nº 14.443/2022. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** O presente trabalho traz uma análise quanto a inconstitucionalidade do art. 10, §5º da Lei nº 9.263/96, que trata da exigência do cônjuge para realização da esterilização voluntária. O objetivo é fazer uma reflexão quanto a violação causada por esta norma aos direitos fundamentais relativos à liberdade, reprodução, sexualidade e autonomia privada. Para tanto, foi adotada como metodologia a pesquisa bibliográfica, por meio de artigos, livros, notícias e peças processuais. Ao final, foi possível constatar que tal norma jurídica já é alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, por afronta à autonomia privada e demais direitos fundamentais e, por conta disso, já ocorreu a alteração da legislação nesse âmbito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Planejamento familiar. Direito Fundamental. Esterilização voluntária.

**ABSTRACT:** This present article analyzes the unconstitutionality of art. 10, §5º of Law numberº 9.263/96, which deals with the requirement of a spouse to perform voluntary sterilization. The objective is to reflect on the violation caused by this rule to the fundamental rights related to freedom, reproduction, sexuality, and private autonomy. The methodology adopted was biobibliographical research, using articles, books, news and procedural documents. At the end of this study, it is possible to see that this legal norm is already the target of a Direct Unconstitutionality Lawsuit, because it affronts private autonomy and other fundamental rights, and that there is already a bill to repeal it.

**KEY WORDS:** Family planning. Fundamental Right. Voluntary sterilization.

### 1. INTRODUÇÃO

Em meados da década de 70 e 80 diversas mulheres passaram a buscar métodos contraceptivos que não eram fornecidos pelo Estado, ocorrendo muitas vezes de forma ilegal diante da falta de regulamentação, o que logo se tornou um grave problema de saúde.

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Faculdade Maringá.

<sup>2</sup> Doutora em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, São Paulo-SP, Mestra em Ciências Jurídicas pela UniCesumar – Universidade Cesumar, Maringá-PR, Especialista em Direito Civil e Processual Civil, Bacharel em Direito e Licenciada em Letras pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Especialista em Literatura Brasileira pela Faculdade Estadual de Ciências e Letras de Campo Mourão – FECILCAM, Campo Mourão-PR.



Esta situação logo deu início a movimentos femininos que buscavam ter reconhecidos seus direitos ao controle de fecundidade, e no âmbito internacional o reconhecimento de direitos reprodutivos e sexuais.

Entretanto, somente na década de 90 os sistemas internacionais passaram a reconhecer estes direitos em tratados e conferências, os quais passaram a englobar o direito do indivíduo a escolher sua orientação sexual, ter seu planejamento familiar, optar por sua procriação, ter acesso à educação sexual, métodos contraceptivos, prevenção e tratamentos de doenças sexualmente transmissíveis.

No Brasil não encontram-se expressos estes direitos na Constituição, porém é previsto na Constituição Federal o direito ao livre planejamento familiar, sem interferência do Estado, que deve atuar apenas como fornecedor de meios para tornar possível as decisões tomadas quanto ao tema.

Diante de todos os acontecimentos, foi sancionada a Lei nº 9.263/96, conhecida como Lei do Planejamento Familiar, com o objetivo de regulamentar o fornecimento de métodos contraceptivos para homens e mulheres, entre eles a esterilização voluntária.

Todavia, a lei traz em seu bojo diversos requisitos a serem observados, como a idade, existência de filhos, o submetimento a aconselhamento psicológico, e o mais polêmico de todos a exigência de consentimento do cônjuge para os casados.

Esta exigência trata-se de uma violação aos direitos fundamentais referente a autonomia privada, liberdade, reprodutivos e sexuais, por este motivo é alvo de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, bem como também já é alvo de projeto de lei para revogá-lo. A discussão quanto a este tema faz-se extremamente necessária nos dias atuais, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Congresso Nacional onde estão sendo debatidos. Trata-se de uma grave violação a direitos dos indivíduos de dispor de seu corpo, de decidir pela procriação ou não, de tomar decisões quanto sua própria vida, e ficam submetidos a vontade de seu cônjuge.

Por esta razão o presente trabalho busca analisar a esterilização voluntária no âmbito da lei do planejamento familiar, buscando evidenciar em especial a inconstitucionalidade da exigência do consentimento do cônjuge para sua realização.

Para tanto, faz-se necessário ainda apresentar um breve histórico quanto aos direitos humanos e fundamentais, ressaltando a conquista do reconhecimento dos direitos reprodutivos, para só então passar a analisar a inconstitucionalidade da exigência do cônjuge para realização da esterilização voluntária, através das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tramitam no Supremo Tribunal Federal.

## **2. A ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO POR MEIO DA LEI DE PLANEJAMENTO FAMILIAR**

A esterilização voluntária é uma conquista recente, pois por muito tempo foi vista com maus olhos pela sociedade brasileira, e por isso a demora para sua regulamentação pelo poder legislativo e executivo, estando intimamente ligada a conquista de mulheres na busca de métodos anticoncepcionais.

Durante a década de 70, inúmeras mulheres aderiram a prática da esterilização cirúrgica, ainda que tal conduta fosse considerada ilegal. Uma pesquisa realizada em 1986 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) explanou a enorme quantidade de mulheres esterilizadas, ocorrendo ainda um aumento na quantidade durante a década de 90 (COSTA, 2011 p. 08).



Diante dos números, estes fatos tornaram-se um problema social e de saúde pública, trazendo uma discussão referente a ausência do fornecimento de métodos de controle de fecundidade por parte do Estado para mulheres (COSTA, 2011 p. 08).

A falta de regulamentação de tal procedimento e o crescimento da procura por mulheres, logo tornou necessária a manifestação do Estado, pois as mulheres buscavam formas anticoncepcionais e submetiam a estes procedimentos muitas vezes de forma ilegal, sendo realizado de forma precária colocando em risco a vida e saúde.

A partir desse contexto, também foi possível observar o início das reivindicações femininas para ter seu controle de fecundidade, podendo optar por ter ou não filhos, exercendo assim seu direito fundamental de liberdade. Diante do exposto fez-se necessário que o Estado intervisse adotando novas medidas que integrassem ao assunto planejamento familiar.

Ante o clamor das mulheres e a iminente necessidade, o Estado buscou adotar um conjunto de medidas anticonceptivas que passaram então a integrar o conceito de planejamento familiar, assegurado no art. 226 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), e regulamentado pela Lei nº 9.263/96, que visa garantir tanto aos homens quanto as mulheres as medidas para constituir, imitar ou aumentar a prole familiar (COSTA, 2011 p. 08).

Dentre essas medidas, encontra-se a esterilização voluntária, que pode ser conceituada como uma forma de exercer o direito sobre seu próprio corpo, podendo praticar sua função sexual, distinguindo a reprodução e o prazer, ou seja, é um meio pelo qual o indivíduo pode praticar ato sexual pelo prazer, estando impedido de reproduzir-se por procedimento cirúrgico (COELHO, 2012, p. 188). Dessa forma, a esterilização pode ser conceituada como:

*Intervenção médica que elimina a capacidade de reprodução. Numa intervenção cirúrgica, interrompe-se ou cortam-se totalmente os canais seminais do homem ou as trompas da mulher. Diferentemente da castração, as glândulas sexuais não são extirpadas ou destruídas e, portanto, conserva-se a capacidade de o homem e mulher manter relações sexuais (CASABONA, 2002, p. 198)*

Sendo assim, a esterilização é uma intervenção cirúrgica na qual as pessoas podem recorrer para evitar gerar filhos, caso esse seja seu desejo, sem afetar os órgãos sexuais, podendo ter uma vida sexual normal.

A regulamentação está no art. 10 da referida lei, que traz as hipóteses em que pode ocorrer, vejamos:

*Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:*

- I. em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;*
- II. risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro conceito, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos. [...]* (BRASIL, 1996).



A partir do artigo citado pode-se extrair a existência de duas hipóteses para uma pessoa ser submetida a esterilização, a hipótese do inciso II refere-se apenas a mulher, por exigir que exista risco à vida ou saúde da mulher ou do futuro feto, este ainda deve ser comprovado por um relatório médico que seja assinado por 2 médicos, ocorrendo assim por orientação médica.

Enquanto a hipótese do inciso I trata propriamente da esterilização voluntária, pois ocorre por escolha do homem ou da mulher, desde que tenha mais de 25 anos de idade ou ainda dois filhos vivos. A manifestação do pedido deve ser realizada por escrito e com um intervalo de tempo de 60 dias para aconselhamento e acesso a demais medidas anticonceptivas para desestimular a esterilização.

### 3. DIREITOS REPRODUTIVOS E SEXUAIS RECONHECIDOS COMO DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

#### 3.1. Evolução dos direitos humanos e fundamentais

Os direitos humanos são considerados como o conjunto de direitos que garantam a pessoa poder ter uma vida digna, baseada na liberdade, para tomar decisões, igualdade, impedindo qualquer forma de discriminação, e na fraternidade (RAMOS, 2017, p. 20).

Dessa forma, verifica-se que esses direitos estão intimamente ligados a dignidade da pessoa humana, uma vez que visam protegê-la, para tanto, é possível conceituá-la como:

*qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p. 60).*

A preocupação quanto a proteção do ser humano, garantindo-lhe dignidade, nasceu após a 2ª Guerra Mundial, constituindo assim um fenômeno pós-guerra, conforme ensina Thomas Buergenthal:

*O moderno Direitos Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído à monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse (BUERGENTHAL, 2022).*

O massacre, as barbáries e a tortura dos povos por motivos fúteis liderados por Hitler no período da guerra fizeram com que se desenvolvesse uma comoção social em nível mundial. Tal comoção, deu origem a debates sobre os Direitos Humanos, ou seja, direitos mínimos que garantissem a dignidade do homem.

Assim, foi realizada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), formulada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, constituindo um sistema internacional de proteção de tais direitos, que passou a desenvolver-se e reconhecer novos direitos humanos (RAMOS, 2017, p. 21).

Este documento é a base da proteção dos direitos humanos, sendo um marco





histórico na humanidade, apesar de não trazer normas impositivas e sanções ele serviu como referência para todos os países visando garantir o fim da violência e o respeito ao ser humano.

Quanto ao Brasil, este adotou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, em seu art. 1º, inciso I e III da Constituição Federal de 1988 (CF/88), além de basear a construção de tal estado nos direitos sociais e individuais, liberdade, bem-estar, igualdade, conforme prevê o preâmbulo da Carta Magna (PIOVESAN, 2022, p. 178).

Tratou-se de uma grande conquista pelo povo brasileiro, haja vista que haviam acabado de deixar o regime militar para trás, período em que houve graves desrespeitos aos direitos dos cidadãos.

Além disso, a adoção da dignidade como fundamento do Estado Brasileiro e o reconhecimento dos direitos sociais e individuais, evidenciaram os compromissos assumidos pelo país no âmbito internacional, sendo portanto, adotada uma política de proteção aos direitos humanos.

Ao adotar os direitos humanos, e internacionalizá-los no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador passou a nomeá-los como direitos fundamentais, estando expressos no art. 5º da CF/88 (MENDES, 2022, p. 323).

Importa salientar que direitos humanos e direitos fundamentais não se diferenciam totalmente, existem pequenos pontos que causam diferenciação entre as nomenclaturas, conforme afirma José de Melo Alexandrino:

*Os direitos humanos não se diferenciam dos direitos fundamentais nem pelo exclusivo da referência a valores éticos superiores, nem pela fundamentalidade, nem pela finalidade. O que distingue uns e outros são os traços seguintes: a) os direitos humanos podem ser direitos puramente morais, ao passo que os direitos fundamentais são sempre jurídicos; b) os direitos humanos não estão necessariamente positivados, ao passo que os direitos fundamentais são direitos previstos na constituição; c) os direitos humanos apresentam uma pretensão de vincularidade universal, ao passo que os direitos fundamentais vinculam, sobretudo o Estado, no âmbito de uma ordem jurídica concreta, situada no espaço e no tempo; d) os direitos humanos são, em regra, direitos abstratos, ao passo que os direitos fundamentais incorporam tradicionalmente garantias jurídicas concretas e delimitadas, imediatamente acionáveis pelos interessados;*

*e) nada impede que os direitos humanos possam, em certos casos e para certos efeitos, ser concebidos como fins ou como programas morais de reforma ou de ação política, ao passo que os direitos fundamentais necessitam sempre de determinados mecanismos de garantia jurisdicional (ALEXANDRINO, 2007).*

Verifica-se que ambos os direitos possuem o mesmo objetivo e a mesma importância, porém os direitos humanos não estão positivados, pois trata-se de normas morais, abstratas reconhecidas internacionalmente e que possui influência universal nos países. Enquanto os direitos fundamentais estão positivados através da Constituição vinculando o Estado por tratar-se de garantias jurídicas concretas, que podem ser acionadas pelos cidadãos a qualquer momento.

Sendo assim, a Constituição Federal trouxe um grande avanço para a sociedade brasileira, pois ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro, e internacionalizar os direitos humanos, estabeleceu que o ordenamento jurídico deve ser norteado por estes pilares.



### 3.2. Reconhecimento dos direitos reprodutivos e sexuais

Inicialmente, poucos foram os direitos humanos reconhecidos por meio da DUDH, pois estes tornaram-se apenas uma base da qual surgiram diversos outros direitos com o passar dos anos.

Entre os direitos previstos no documento não se encontrava os direitos reprodutivos e sexuais, estes foram frutos de um desenvolvimento social, uma conquista dos indivíduos, com reivindicações pautadas no direito de liberdade.

Em especial, as reivindicações feministas foram de suma importância para o reconhecimento de diversos direitos, que aos poucos foram reconhecidos e abarcados em tratados internacionais de direitos humanos, entre eles a liberdade sexual e reprodutiva (PIOVESAN, 2012 p. 71).

Além disso, o reconhecimento de direitos reprodutivos, deve-se ainda ao crescimento demográfico e ao desenvolvimento mundial, que atuaram conjuntamente aos atos feministas, impulsionando o reconhecimento de tal direito (MATTAR, 2008, p. 62).

Somente em 1994 os direitos reprodutivos foram reconhecidos durante a Conferência Internacional de População e Desenvolvimento, no Cairo, Egito, mais especificamente em seu capítulo VII, que dispõe *in verbis*:

*Os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos consensuais. Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsabilmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos (BRASIL, 2005)*

Sendo assim, os direitos reprodutivos são aqueles ligados a decisão de reproduzir-se, e de obter acesso a informações quanto ao assunto, sendo propiciado à pessoa os meios para exercer qualquer decisão que tomar.

Ainda, de acordo com Mattar, os direitos reprodutivos como a faculdade de “decidir livre e espontaneamente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos, bem como direito de ter acesso à informação e aos meios para a tomada de decisão” (2008, p. 61).

Este direito encontra base constitucional por meio do art. 226, §7º da CF/88, que dispõe *in verbis*:

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

*[...]*

*§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.*

*[...] (BRASIL, 1988)*



Estando disciplinado também pela Lei do Planejamento Familiar, além de ser objeto do enunciado nº 68 da II Jornada de Direito da Saúde, que disciplina: “Os direitos reprodutivos correspondem ao conjunto de direitos básicos relacionados com o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana” (CNJ, 2015).

Posteriormente, na IV Conferência Mundial sobre a Mulher, em Pequim, no ano de 1995, tais direitos foram reafirmados, sendo definidos também os direitos sexuais separadamente da seguinte forma:

*Os direitos humanos das mulheres incluem seus direitos a ter controle e decidir livre e responsabilmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, incluindo a saúde sexual e reprodutiva, livre de coação, discriminação e violência. Relacionamentos igualitários entre homens e mulheres nas questões referentes às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito pela integridade da pessoa, requerem respeito mútuo, consentimento e divisão de responsabilidades sobre o comportamento sexual e suas consequências (ONU, 1995).*

Dessa forma, tais direitos abrangem a liberdade dos sujeitos a exercerem sua vida sexual da forma que bem entenderem, sendo livre as decisões inclusive quanto a sua reprodução, não devendo haver coação ou discriminação.

A importância da esfera internacional de acolher tais direitos como direitos humanos refere-se ao fato de que tal atitude “implica no reconhecimento da sexualidade e da reprodução como aspectos da vida humana que necessitam ser protegidos por meio de um conjunto de normas e que requerem a implementação de políticas públicas por parte dos Estado” (BRAGA; LIMA; OLIVEIRA, 2015)

Os direitos sexuais visam garantir o respeito e exercício da sexualidade das pessoas, garantindo que tenham liberdade para ter a orientação sexual que desejar, estando protegida de qualquer discriminação ou violência (MATTAR, 2008, p. 253).

Tal reconhecimento mostra-se importante também, porque garante que as pessoas tomem conhecimento de doenças sexualmente transmissíveis, podendo ter acesso as formas de prevenção (VILLELA, 20202, p. 90).

É possível constatar que o reconhecimento de tais direitos que abordou a livre decisão de praticar atividade sexual e procriar, possibilitou também o acesso a informações sobre as doenças transmitidas por meio do sexo, bem como o tratamento e medidas de prevenção.

Com a celebração dos acordos citados, os países signatários, inclusive o Brasil, comprometeram-se a observar esses direitos ao formular e aplicar políticas e programas destinados ao desenvolvimento populacional, inclusive quanto ao planejamento familiar (BRASIL, 2005).

No que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, a CF/88 não abordou de maneira específica tais direitos, mas sim de forma geral, ofertando tanto ao homem quanto a mulher a escolha de procriar ou não, cabendo a ele apenas orientar e possibilitar que tal escolha seja atendida (BRAUNER, 2003, p. 14)

A incorporação desses direitos nas políticas de saúde pública ocorreu de forma lenta, pois considerava-se que tal efetivação dava-se apenas com o fornecimento de anticoncepcionais e a garantia de saúde materna às mulheres (CORRÊA, 1999, p. 20).

A primeira medida adotada pelo Estado brasileiro foi o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM) em 1984, voltado a produzir políticas públicas relativas ao



planejamento familiar, através de medidas que visavam prevenir, através da educação de mulheres, quanto a concepção, desde a adolescência (OSIS, 1998, p. 03).

Tal medida veio garantir parte do direito reprodutivo e sexual, pois atendia apenas a necessidade de informação quanto a atividade sexual e reprodução humana, atuando para orientar mulheres quanto a estas questões, que se mostravam também como um problema de ordem pública.

Posteriormente, no ano de 1996 surgiu a Lei do Planejamento familiar, que visou regulamentar como os indivíduos poderiam exercer seu direito de constituir família, em especial quanto ao desejo de reproduzir-se, exercendo assim os direitos reprodutivos através do acesso a métodos contraceptivos (MATTAR, 2008, p. 65).

Portanto, verifica-se que o reconhecimento de direitos sexuais e reprodutivos percorreram um longo caminho na história, sendo resultado de diversas requisições de movimentos, em especial de mulheres.

Com o passar do tempo, diversos países europeus notaram a necessidade de reconhecer esses direitos, expondo-os em tratados e convenções internacionais, e o Brasil, como signatário de vários destes, viu-se na posição de tomar atitudes quanto a adoção de políticas públicas para o auxílio daqueles que desejavam não ter filhos.

Sendo assim, o Estado passou a fornecer anticoncepcionais, e realizar campanhas informativas para os cidadãos, até surgir o conceito de planejamento familiar, e a lei que trata da regulamentação do direito das pessoas de constituir ou não família.

#### **4. ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA UMA FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE, REPRODUTIVOS E SEXUAIS**

##### **4.1. Exigência da anuência do cônjuge para esterilização voluntária uma violação aos direitos fundamentais**

Conforme já exposto a esterilização voluntária é permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, porém a lei traz requisitos específicos para sua realização, como o limite de idade, a necessidade de passar por aconselhamento, de realizar a manifestação de sua vontade por escrito.

Dentre todos os requisitos previstos, o mais polêmico é a exigência da anuência do cônjuge, haja vista que tal norma é considerada uma violação a dignidade humana, afetando diretamente o direito à liberdade e autonomia privada (BARROS, 2015 p. 01).

Esta exigência encontra-se prevista no art. 10, §5º da Lei de Planejamento familiar, que dispõe *in verbis*:

*Art. 10. [...] [...]*

*§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges. [...] (BRASIL, 1996)*

Esta norma afronta diretamente a liberdade do homem e mulher em decidir sobre seu corpo, podendo obrigar uma pessoa que não deseja mais ter filhos continuar exposta a tal hipótese.

A parte que mais sofre com a obrigação de ter filhos é mulher, pois a sociedade trata como natural do gênero feminino ser mãe, por isso é julgada pela sociedade quando rejeita essa ideia, enquanto o homem possui a possibilidade de escolha, pois para ele ter filhos consiste em



um processo de amadurecimento e socialização (ZANELLO; PORTO, 2016, apud COMPAGNONI, 2017, p. 69).

Importa salientar que, ao observar a sociedade como um todo é comprovado o sobre carregamento de mães na criação de seus filhos, pois este é o pensamento impregnado na cultura social, enquanto o homem por muitas vezes nem mesmo assume a paternidade de seus filhos.

Ressalta-se ainda que a submissão ao procedimento trata de disposição do próprio corpo, sendo que atualmente a procriação desvinculou-se das relações familiares, vez que estas não são mais constituídas para tal fim, conforme leciona Moraes e Teixeira:

*Na garantia do direito fundamental ao livre planejamento familiar, mais uma vez pode-se comprovar o quanto a concepção sócio-jurídica de família mudou. E mudou seja do ponto de vista de seus objetivos, não mais exclusiva ou essencialmente de procriação, seja do ponto de vista da proteção que lhe é atribuída: a tutela jurídica não mais é concedida à família em si mesma, como se fora portadora de um interesse superior ou supraindividual, mas à família como um grupo social, como pessoas que conjuntamente constroem um ambiente no qual possam, individualmente, cada uma, melhor se desenvolver (MORAES; TEIXEIRA; 2013, p. 2122)*

Observa-se que a evolução do conceito de família sofreu diversas modificações com o passar do tempo. Atualmente existem diversos tipos de família ligadas principalmente por vínculos afetivos, não existindo mais a família para fins de procriação. Sendo assim, o planejamento familiar não está ligado a família em si, mas sim a cada pessoa que integra este grupo de forma individual.

Ao Estado cabe apenas o dever de “promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar” (BRASIL, 1996), estabelecido no art. 5º da lei de planejamento familiar.

Não cabe a ele determinar se alguém terá ou não filhos, devendo apenas oferecer tratamentos para a esterilidade, ou garantir o acesso a anticoncepcionais para impedir concepções. Sendo assim, observa-se que o Estado possui tanto um dever positivo quanto negativo (QUARANTA, 2010, p. 02).

Do exposto, pode-se extrair o princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares, segundo o qual somente é autorizado ao Estado intervir no núcleo familiar com o intuito de implementar direitos fundamentais, a fim de garantir a dignidade humana daquele que o compõe (ALVES, 2010, p. 95).

Nota-se que o planejamento familiar deve ser proporcionado pelo Estado através de suas políticas, porém não pode interferir diretamente nas escolhas realizadas por cada indivíduo que compõe o núcleo familiar, cabendo a ele apenas atuar para tornar possível as escolhas tomadas.

Este entendimento é ainda reforçado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que é no sentido de que “o Estado não pode mais controlar a intimidade do casal, ditando regras e buscando consequências. Se assim o fizer, estará comprometendo a privacidade e invadindo o espaço da liberdade” (IBDFAM, 2019).

Além disso, a exigência de anuência do cônjuge interfere ainda na autonomia privada conferida a todas as pessoas, pois refere-se a um direito fundamental assegurado pela Constituição, consistindo na autonomia corporal, reprodutiva e a liberdade individual.



A afronta a esta autonomia acarreta uma grave violação à dignidade da pessoa, pois é através dela que a pessoa realiza suas valorações morais, desenvolve sua personalidade e toma as decisões de sua vida, quando subtraído qualquer escolha personalíssima do sujeito há a violação de sua dignidade (BARROSO, 2010, p. 24).

Sendo assim, cabe ao indivíduo tomar as decisões que afetam diretamente sua vida, inclusive quanto a disposição de seu próprio corpo, dispondo inclusive de seus direitos reprodutivos e sexuais, sem qualquer interferência estatal (TEIXEIRA, 2010, p. 52).

Portanto, o Estado deve atuar de forma apenas a orientar seus cidadãos sobre medidas anticonceptivas, e fornecer o acesso a estes meios, evitando interferir diretamente nas decisões, pois trata-se de esfera privada das pessoas, cabendo a cada pessoa tomar decisões quanto ao seu corpo e seus desejos de procriar ou não, exercendo assim sua liberdade.

#### 4.2. Inconstitucionalidade do art. 10, §5º da Lei nº 9.263/96 – ADI

Diante da enorme polêmica referente à exigência de anuência do cônjuge para poder realizar a esterilização, o art. 10, §5º da Lei do Planejamento Familiar é alvo de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, são elas a ADI nº 5097/2014 e ADI nº 5911/2018.

A ADI nº 5097 foi ajuizada em 2014 pela Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP, tendo a atuação do Instituto Nacional de Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM como *amicus curiae*.

Tal ação pretende que seja declarada a inconstitucionalidade da exigência de o indivíduo ter idade superior a 25 anos ou que 2 filhos vivos para submeter-se a esterilização voluntária, bem como a exigência do cônjuge quando houver a sociedade conjugal, pois estas normas violam os princípios da autonomia privada, liberdade e planejamento familiar (MENDES, 2021).

Quanto a exigência de consentimento do cônjuge para proceder ao procedimento de esterilização, já na petição inicial argumenta-se que atualmente as famílias encontram-se formadas por vínculos afetivos, não estando mais ligada ao objetivo de procriação, mas sim da busca da felicidade, por isso não há motivos para admitir que um membro possa impor sua vontade sobre o outro (BRASIL, 2019).

Além de argumentar também que os requisitos exigidos pela lei para o procedimento visam desestimular as pessoas a submeterem-se ao procedimento, interferindo diretamente na sua autonomia privada, pois impede os sujeitos a tomar decisões quanto sua vida e seu corpo (BRASIL, 2019).

Posteriormente, no ano de 2018 foi ajuizada a ADI nº 5911 pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), pautada nos mesmos termos da anterior, pois houve diversos questionamentos quanto a legitimidade da ANADEP para propositura da ADI nº 5097.

Trazendo os mesmos argumentos da ADI anterior, essa ainda apresenta os benefícios que podem ser gerados pela esterilização como a eficácia de 99,5%, a reversibilidade que é de 30%, a não alteração do ciclo menstrual ou dos hormônios, e também a redução de câncer de ovário (IRWIN et. al. apud BRASIL, 2019).

Quanto a exigência de consentimento do cônjuge apresenta uma contrariedade entre o §5º do art. 10 da Lei nº 9.263/96 com o art. 7º, inciso III da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), pois enquanto a primeira condiciona o direito da mulher realizar a esterilização ao consentimento do cônjuge, a segunda determina que a mulher possui autonomia e liberdade em relação aos seus direitos reprodutivos (BRASIL, 2019).



Ambas as ações tiveram seus julgamentos postergados, não existindo nova data definida, porém a expectativa é de que o STF realize o julgamento ainda no ano 2022.

#### 4.3. Revogação do art. 10, §5º da Lei nº 9.263/96 pela Lei nº 14.443/2022

Devido a longa discussão acerca da inconstitucionalidade da exigência do cônjuge para realização da esterilização voluntária, alguns integrantes do Poder Legislativo mobilizaram-se para tratar da questão.

Dessa forma, tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 1941/2022 de autoria da deputada Carmen Zanotto (Cidadania-SC), e relatoria da senadora Nilda Gondim (MDB-PB) (AGÊNCIA SENADO, 2022), que visa alterar a Lei de Planejamento Familiar, dispondo quanto a oferta de métodos contraceptivos e tratar da esterilização nos seguintes termos:

*O CONGRESSO NACIONAL decreta: Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, para determinar prazo para oferecimento de métodos e técnicas contraceptivas e disciplinar condições para esterilização no âmbito do planejamento familiar. Art. 2º A Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:*

*“Art. 9º .....*

*§1º .....*

*§2º A disponibilização de qualquer método e técnica de contracepção dar-se-á no prazo máximo de 30 (trinta) dias.” (NR) “*

*Art. 10. ....*

*I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de 21 (vinte e um) anos de idade ou, pelo menos, com 2 (dois) filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de 60 (sessenta) dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, inclusive aconselhamento por equipe multidisciplinar, com vistas a desencorajar a esterilização precoce;*

*§ 2º A esterilização cirúrgica em mulher durante o período de parto será garantida à solicitante se observado o prazo mínimo de 60 (sessenta) dias entre a manifestação da vontade e o parto e as devidas condições médicas.*

*§5º (Revogado). (NR)*

*Art. 3º Fica revogado o § 5º do art. 10 da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996 (BRASIL, 2022).*

A redação conferida por este projeto traz uma grande conquista quanto ao tema, pois determina que a esterilização deve ocorrer no prazo de 30 dias, reduz a idade exigida de 25 anos para 21 anos, ainda autorizando a realização do procedimento a mulher em período de parto, o que é vedado atualmente pelo art. 10, §3º da Lei de Planejamento Familiar.

Em especial traz a revogação expressa do requisito de anuência do cônjuge para os casados, reconhecendo assim a abusividade de tal exigência, que interfere diretamente na autonomia privada do sujeito, submetendo suas decisões quanto a reprodução e disposição do corpo a interesse de *outrem*.



Tal projeto foi aprovado pelo Plenário do Senado Federal em 10 de agosto de 2022, sendo aprovado pelo Presidente da República em 02 de setembro de 2022, porém só entrará em vigor março de 2023, estando em período de *vacatio legis* (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2022).

Esta foi uma grande conquista para a população feminina em especial, podendo por si só decidir pela realização do procedimento, sem qualquer opinião de seu cônjuge.

## 5. CONCLUSÃO

Os direitos reprodutivos e sexuais foram uma grande conquista social, principalmente para os movimentos feministas que faziam diversas reivindicações quanto ao tema, para poderem especialmente tomar decisões quanto a sua reprodução, sem serem submetidas a situações discriminatórias ou vexatórias, pois ser mãe é algo natural para a mulher e quando este não é seu desejo é visto com maus olhos pela sociedade.

Com o reconhecimento destes direitos como sendo direitos humanos passou-se a abarcar nestes, os direitos a educação sexual, o acesso a métodos contraceptivos, a prevenção e tratamento de direitos sexuais.

Logo estes direitos foram adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro, que viu-se obrigado a adotar medidas quanto ao tema, pois o número de mulheres procurando por forma de controle de fecundidades era crescente, além de que a própria Constituição Federal de 1988 já previa que o planejamento familiar era livre, cabendo a cada indivíduo tomar as decisões quanto ao tema.

Diante disso surgiu a Lei de Planejamento Familiar para regulamentar o fornecimento de métodos contraceptivos pelo Estado, entre eles encontrava-se a esterilização voluntária, que consiste em uma intervenção cirúrgica requisitada pela própria pessoa para impedir a procriação sem afetar demais funcionalidades do corpo humano.

Apesar de mostrar-se como uma conquista, o Estado impôs diversos requisitos para sua realização, intervindo diretamente para atrapalhar a decisão tomada de forma autônoma e livre, principalmente quanto a exigência do consentimento do cônjuge para ser realizada.

Com o passar dos anos este requisito tornou-se alvo de diversas críticas por meio de juristas e doutrinadores, pois argumentava-se que tal exigência configura uma grave afronta aos direitos de autonomia privada e da liberdade do indivíduo, em dispor do seu próprio corpo para realização de procedimento cirúrgico e de tomar decisões quanto a sua vontade de reproduzir-se.

Trata-se de uma decisão que diz respeito apenas ao indivíduo, pois trata-se de uma escolha que afeta diretamente a sua vida, não podendo submeter a pessoa a vontade de outra por simplesmente estar casada, é cristalina a violação dos direitos fundamentais.

Por este motivo, atualmente existem Ações Diretas de Inconstitucionalidade quanto a norma que exige o consentimento do cônjuge, bem como projeto de lei para revogá-la, demonstrando a preocupação da sociedade quanto ao tema.

Sendo assim, espera-se que logo seja resolvida a questão, inexistindo este artigo, e possibilitando a todos o acesso livre a métodos contraceptivos para fazer valer-se os seus direitos quanto a reprodução e autonomia privada.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Publicada lei que reduz idade mínima para laqueadura e vasectomia.** Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/a->





camara/estruturaadm/secretarias/secretaria-da-mulher/noticias/publicada-lei-que-reduz-idade-minima-para-laqueadura-e-vasectomia >. Acesso em: 10 set. 2022.

AGÊNCIA SENADO. **Aprovado projeto que facilita acesso a métodos contraceptivos, texto vai à sanção.** Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/08/10/aprovado-projeto-que-facilita-acesso-a-metodos-contraceptivos-texto-vai-a-sancao>>. Acesso em: 23 ago. 2022.

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais:** introdução geral. Estoril: Príncípia, 2007.

ALVES, Leandro Barreto Moreira. **Direito de família mínimo:** a possibilidade da aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro. **Manifestação ADI 5.097/DF.** Brasília, 28 de setembro de 2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5097&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 06 jun. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.**

Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <[https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2022.

BRASIL. **Direitos sexuais e direitos reprodutivos:** uma prioridade do governo/ministério da saúde, secretaria de atenção à saúde, departamento de ações programáticas estratégicas – Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

BRASIL. **Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm) >. Acesso em 06 jun. 2022.

BRASIL. **Projeto de lei nº 1941/22.** Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9183724&ts=1660585231862&disposition=inline> >. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5097.** Relator: Celso de Melo. Acompanhamento processual. Brasília: DF. 2019c. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708>. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5911.** Relator: Celso de Melo. Acompanhamento processual. Brasília: DF. 2019d. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5368307>. Acesso em: 20 ago. 2022

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana:** conquistas médicas e debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.



BUERGENTHAL, Thomas. *International human rights*, p. 17. apud. PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Biotecnologia e suas implicações jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CNJ. **II Jornada de Direito da Saúde**: enunciados aprovados nº 46 a 68. 2015a. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954f>>. Acesso em: 06 jun. 2022.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de direito civil**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMPAGNONI, Solange Munsio. **A (In)Constitucionalidade Da Exigência Do Consentimento Do Cônjuge Na Esterilização Voluntária**. 2017. Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Centro Universitário UNIVATES, Lajeado. Disponível em: <<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1743/1/2017SolangeMunsioCompagnoni.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2022.

CORREIA, Sônia. **Saúde reprodutiva, gênero e sexualidade**: legitimação e novas interrogações. Apud. COSTA, Sarah Hawker; GIFFIN, Karen. **Questões da saúde reprodutiva**. Rio de Janeiro: Ed. FIOCRUZ, p. 39-50, 1999.

COSTA, Ana Maria. **Metáforas do desejo**: a esterilização como processo de defesa. *Revista De Ciências Médicas*, 2012. Recuperado de: <<https://periodicos.puccampinas.edu.br/cienciasmedicas/article/view/1275>>.

DUTRA, Marília Camargo. LOVATO, Ana Carolina. **Direitos fundamentais e direitos humanos**: singularidades e diferenças. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/13217/2323> >. Acesso em: 06 jun. 2022.

LIMA, Sarah Dayanna Lacerda Martins. OLIVEIRA, Carina Costa de. BRAGA, Erika. **Crônicas da atualidade do Direito Internacional**. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 1-10. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/3197-14747-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2022.

MATTAR, Laura Davis. **Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais**: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. *Ver. Internacional Direitos Humanos*. v. 5. n. 8, 2008. *Online*.

MENDES, Guilherme. **Adiado julgamento de ADI que questiona consentimento do cônjuge sobre esterilização**. Disponível em:



<<https://ibdfam.org.br/noticias/9211/Adiado+julgamento+de+ADI+que+questiona+consentim+ento+do+c%C3%B4njuge+sobre+esteriliza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Comentário ao art. 226**. Apud. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Fachin. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: 102 Saraiva/Almedina, 2013.

PIOVESAN, Flavia. **A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres**. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), p. 70-89, jan.-mar. 2012. *Online*.

ONU. **Declaração e plataforma de ação da IV conferência mundial sobre a mulher**. Disponível em: <[https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_beijing.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf)>. Acesso em 06 jun. 2022.

OSIS, Maria José Martins Duarte. **Paism**: um marco na abordagem da saúde reprodutiva no Brasil. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 14, supl. 1, p. S25- S32, 1998 . Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csp/a/jJ6GcQvLRp9ygHFTTFbMZVS/?lang=pt>>. Acesso em 06 jun. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60. apud. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial**. Disponível em: <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5005d7e7-eb21-4fbb-bc4d-12affde2dbbe)>. Acesso em: 06 jun. 2022.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.



### XIII. EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA COMO INSTRUMENTO EFETIVO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL

Bruno Henrique Costa da Silva<sup>1</sup>

Taís Zanini de Sá<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL. 3 ESPÉCIES DE PRISÃO NO BRASIL. 3.1 Prisão Cautelar. 3.2 Prisão Após A Segunda Instancia. 4 O IMPACTO SOCIAL DA EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. 5 TEMPO DE TRAMITAÇÃO DE RECURSOS NAS INSTANCIAS SUPERIORES – STF E STJ. 6 A EXECUÇÃO DA PENA APÓS DECISÃO DE SEGUNDO GRAU COMO FORMA DE COMBATE A CORRUPÇÃO NO BRASIL. 6 CONCLUSÃO.

**RESUMO:** O objetivo do presente trabalho é compreender fatores de não execução da pena após julgamento em segunda instância no Brasil, por meio de uma pesquisa bibliográfica. Observa-se que tal fenômeno vem ocorrendo como grande incentivo à corrupção e crimes contra a administração pública, e, tornar a prisão em segunda instância, novamente, como algo constitucional necessário para se ter um combate efetivo e rápido aos grandes escândalos de corrupção. Após análise de elementos de prisão cautelar, prisão em segunda instância, instâncias superiores, concluiu-se que o atual entendimento a respeito da prisão em segunda instancia é errôneo e não faz o papel essencial do sistema judiciário que é a busca pela igualdade entre todos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constitucionalidade. Justiça. Prisão em Segunda Instância.

**ABSTRACT:** The objective of the research is to understand the non-execution factors of the sentence after the second instance judgment in Brazil, through a literature. It is observed that this phenomenon has been occurring as a great incentive to corruption and crimes against public administration, and, making the second instance prison, again, as something constitutional necessary to have an effective and fast fight against the great corruption scandals. After analyzing precautionary arrest elements, prison at second instance, higher courts, it was concluded that the current understanding regarding prison at second instance is erroneous and does not play the essential role of the judicial system, which is the pursuit of equality for all.

**KEYWORDS:** Constitutionality. Justice. Second Instance Prison.

#### 1. INTRODUÇÃO

A possibilidade da execução provisória da pena vem sendo discutida, há vários anos, pelo Poder Judiciário brasileiro, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) alterou, algumas vezes, o

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Faculdade Maringá.

<sup>2</sup> Mestre em Direitos da Personalidade pela Unicesumar, Maringá/PR. Especialista em Docência do Ensino Superior pela UDC. Especialista em Direito Constitucional pela UNIFIA. Especialista em Direito Tributário pela Universidade. Especialista em Direito do Estado e Relações Sociais pela PUC - Campo Grande/MS. Bacharel em Direito pela Unicesumar. Advogada e professora da Faculdade Maringá.



seu entendimento com relação à matéria. Todavia, conforme se pode observar através do contexto histórico da aplicação da execução provisória da pena no Brasil, cumpre destacar que tal medida quase sempre foi aplicada pela Judiciário. Nesse sentido, esse estudo busca compreender fatores de não execução da pena após julgamento em segunda instância no Brasil. Os contrários à prisão em segunda instância alegam ela deve ocorrer somente após esgotadas todas as fases recursais, e que a execução da pena privativa de liberdade antes disso, contraria o princípio da presunção de inocência. Em contrapartida, os adeptos, entendem que, na segunda instância, existe um juízo de incriminação do acusado baseado em matéria fática probatória insuscetível de reexame pelas instâncias extraordinárias.

Em razão disso, seria perfeitamente aceitável a relativização do princípio da presunção de inocência, pois a não execução da pena após julgamento em segunda instância é uma forma de privilegiar aqueles que possuem recursos para patrocinar os melhores advogados. Tal feito acaba por tornar, em certa medida, o sistema judiciário desigual e injusto, pois os crimes cometidos pelos mais pobres que ocupam a grande proporção do sistema jurídico, e, por sua vez, são penalizados desde a prisão em flagrante que logo é convertida em preventiva. De outro lado, crimes cometidos pelos mais abastados, principalmente da classe política do Brasil, se arrastam durante anos nas instâncias superiores com recursos e mais recursos, buscando, na maioria dos casos, retardar a execução da pena em busca de uma possível prescrição do crime cometido.

## 2. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO BRASIL

O princípio da presunção de inocência, disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 é um dos princípios basilares do Estado democrático social e de direito, que garante a todos um tratamento justo e igualitário, em que ninguém será considerado culpado antes do trânsito e julgado (BRASIL, 1988).

Tal princípio esteve presente em diversos pactos e tratados de direito internacional ao passar das décadas, demonstrando, assim, o tamanho de sua importância em um ordenamento jurídico igualitário e justo. Pode-se citar, para tato, o art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, onde:

*[...] todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789).*

Seguindo esse entendimento, o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, promulgado no Brasil em 6 de julho de 1992 pelo decreto nº 592, estabeleceu em seu art. 14, item 2, que “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (BRASIL, 1992),

Diferente de alguns pactos internacionais que presumem a culpa após a sentença condenatória em primeira instância, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) é mais abrangente acerca da presunção de inocência ao determinar que não estejam esgotados os meios recursais do sistema jurídico ao presumir a inocência do réu. Isso significa que, mesmo em caso de prisão em flagrante delito, o sistema judiciário deve garantir ao detido o tratamento mais digno com acesso a ampla defesa e ao contraditório. Todavia, não deve se confundir o princípio da presunção de inocência com uma vedação a prisão antes do trânsito em julgado, pois se assim fosse não teríamos no ordenamento jurídico a previsão da prisão temporária e preventiva.



O código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) é taxativo em seu artigo 283 que define que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente” (BRASIL, 1941), e, logo o requisito para ser determinada a prisão no Brasil é, apenas, pela fundamentação por parte do órgão competente e não exaurimento de recursos em todas as instâncias judiciais.

Gomes Filho (1991) aponta que nos modernos textos constitucionais e nas declarações internacionais de direitos humanos, o princípio da presunção de inocência vem expresso, algumas vezes, em termos de “presunção”, enquanto em outras se prefere a referência ao status do acusado durante o processo penal (estado de inocência ou de não culpabilidade). Embora não se trate de perspectivas contrastantes, mas convergentes, no primeiro caso a ênfase é maior aos aspectos concernentes à disciplina probatória, enquanto no segundo se privilegia a temática do tratamento do acusado, impedindo, portanto, a adoção de quaisquer medidas que impliquem sua equiparação com o culpado.

Moraes (2008) explica o princípio da presunção da inocência ser, ou, um “estado de inocência”:

*Ao não se demonstrar a culpa do imputado ao final da persecução deve ser declarado que ele ‘continua’ inocente. Já era inocente antes da persecução, permaneceu assim durante todo o seu curso e, ao final, se não condenado, é declarado que ele continua inocente (como sempre foi). É nesse ponto que se compreende por que se deve dizer que há um ‘estado de inocência’ que acompanha o cidadão desde o seu nascimento até que se declare sua culpa, após um devido processo legal, por meio de provas lícitas, incriminadoras e suficientes (ZANOIDE, 2008, p. 247).*

Também Cernicchiaro e Pacelli afirmam que o estado de inocência (e não presunção) garante ao réu “o direito público e subjetivo de não ser submetido ao estado de condenado” (CERNICCHIARO 2008, p.35; PACELLI, 1990, p.86), até o trânsito em julgado da condenação. Olmedo (1960) também classifica a presunção de inocência como um “princípio da personalidade do imputado”, esclarecendo:

*O interesse privado assegura-se no processo penal afirmando o princípio da personalidade do imputado. Este princípio se obtém dogmaticamente das bases constitucionais que reconhecem o estado de inocência e a garantia de defesa em juízo. Sem alterar as bases constitucionais da inviolabilidade da defesa e estado de inocência, o interesse social permite a regulamentação por leis processuais penais sem desprezitar a personalidade do imputado, mantido como verdadeiro sujeito de direito, cujas atribuições e possibilidades de atuação somente podem ser limitadas quando existam justificadas concessões ao interesse público quando se persiga a correta administração da justiça (OLMEDO, 1960, p.35).*

Por fim, é inegável que a presunção de inocência contempla garantia do status do cidadão, impondo às autoridades públicas além de outros setores (da imprensa, por exemplo) tratamento adequado e respeitoso à pessoa acusada por um delito.



### 3. ESPÉCIES DE PRISAO NO BRASIL

De acordo com Gonçalves (2014), a prisão consiste na privação da liberdade de locomoção; é a privação ou restrição ao direito de ir e vir mediante clausura. Pontes de Miranda *apud* Gonçalves (2014, p. 1) define a prisão como:

*Qualquer restrição de liberdade física, por detenção, ou retenção, dentro de casa, ou de penitenciária, ou de casa fechada destinada à punição, ou à correção, ou, ainda, qualquer constrangimento à liberdade física mediante algemas, ou ligações a pesos, ameaças, ordem de ficar, de ir, ou de ir, de permanecer dentro de determinada zona etc (PONTES DE MIRANDA APUD GONÇALVES, 2014, p. 1).*

A prisão de quem comete infrações é uma pena amarga, no entanto, imprescindível para se estabelecer uma sociedade justa e igualitária. A prisão, como forma de punição para quem comete algum crime contra a ordem natural estabelecida pelo estado, tem registro do fim do século XVIII e início do século XIX, com o surgimento do Código Criminal de 1808 na França. A forma de manter as pessoas acusadas de atentarem contra a lei foi a prisão, para posteriormente aplicar as penalidades definitivas que atentavam contra a liberdade e muitas vezes se davam com castigos físicos.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 estabeleceu o regramento, em seu art. 5º, inciso LXI, de que o cidadão somente terá tolhido seu direito de liberdade mediante prisão em caso de flagrante ou por ordem escrita de autoridade judicial competente. Ainda no ordenamento jurídico pátrio, possuímos dois modelos de prisão, quais sejam: a cautelar, para evitar o dano jurídico causado pela decorrente demora do devido processo legal; e a prisão penal, a prisão cautelar meio de evitar o dano jurídico causado pela decorrente demora do devido processo legal, como consequência de uma condenação transitada em julgado de acordo com a previsão estabelecida no Código Penal (CAPEZ, 2004).

#### 3.1. Prisão Cautelar

A prisão cautelar ou provisória é uma medida que assegura a aplicação da lei penal. Inclui a prisão em flagrante, preventiva e temporária, contudo, para qualquer destas modalidades, exige-se pressupostos cautelares como a *fumus boni juris*, que consiste na previsão estabelecida de acordo com a lei penal que decreta somente a prisão caso haja perigo ao processo e à ordem pública.

A prisão cautelar pode ocorrer antes da sentença final transitada em julgado, mesmo que ainda não tenha se iniciado o processo (prisão em flagrante). O artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal (1988) assegura que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (BRASIL, 1988).

A Prisão em flagrante é aquela em que o autor do crime é surpreendido no momento à execução do delito ou logo após cometê-lo. Já a prisão temporária é determinada à privação de liberdade por tempo determinado, destinado a possibilitar investigação de crimes considerados graves, durante o inquérito policial.

Ainda, a prisão por pronúncia, observada no rito do júri popular, possui três fases, quais sejam: a primeira caracteriza-se quando o juiz admite a presença de indícios de que o réu cometeu



o crime e prova a materialidade da infração; e a segunda consiste no anúncio para o ser julgado pelo tribunal do júri; e a terceira decreta a prisão caso réu seja reincidente e tenha maus antecedentes, episódio se o crime for inafiançável, e, se for afiançável, arbitra imediatamente o valor da fiança.

Por fim, a prisão preventiva trata-se da privação de liberdade decretada pelo juiz competente quando estiverem presentes os requisitos legais (art. 312 do CPP (BRASIL, 1941), podendo ser decretada em qualquer fase do inquérito ou do processo. Há, ainda, na doutrina referência a prisão civil, decretada, compulsoriamente, pelo juízo civil, para fins civis nos casos de devedor de alimentos e depositário infiel e prisão disciplinar restrita para as transgressões militares e crimes militares próprios. Essas modalidades são as permitidas pela Constituição Federal (BRASIL, 1988).

### 3.2. Prisão após a Segunda Instância

Durante a “Operação Lava Jato” em 2017, na cidade de Curitiba, o ex-Juiz, Sergio Moro condenou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Desse fato, surgiu um debate acerca da execução da pena caso a sentença fosse confirmada em segunda instância, que se arrastou até chegar a suprema corte brasileira, onde foi decidido pela terceira vez, em 10 anos, sobre o que deveria ser feito após a condenação em segundo grau. Desde a promulgação da Constituição Brasileira em 1988, era permitido, até 2009, a execução da pena após a decisão em segunda instância, onde após votação dos ministros e, portanto, entendeu-se que era inconstitucional a execução da pena.

No entanto, em 2016, após votação acirrada a suprema corte, voltou-se a ter, para o caso supracitado, o posicionamento anterior e autorizou a execução da pena após confirmação em segundo grau. Em 2018, a votação do HABEAS CORPUS 152.752 PR decidiu favorável a execução da pena após decisão em segundo grau, deliberando:

*HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA. [...]. O habeas corpus destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5º, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do*





*Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais. Em 2019, o tema voltou a ser discutido na suprema corte brasileira, passando a ter novo entendimento que se encontra vigente até os dias atuais onde é vedada a execução da pena após o julgamento de segunda instancia.*

A decisão foi fundamentada em preceitos vazios e errôneos a respeito do que diz a

Constituição, em uma votação por 6 a 5 votos, cuja maioria se apegou a literalidade do inciso VLII do artigo 5º da CF/88. À título de exemplo pode-se citar o ministro Luiz Roberto Barroso, que defendeu em seu voto que a “a decisão de tornar inconstitucional a prisão após julgamento de segunda instancia vai contra o princípio da igualdade e do senso de justiça que devem nortear o sistema jurídico de um país democrático (BARROSO, 2019).

O papel do judiciário é de fazer cumprir-se a lei e não de interpretar textos constitucionais da forma que convenha de acordo com a “previsão do dia”. A leitura da CF foi feita de maneira extremamente equivocada indo contra todo o ordenamento jurídico e o entendimento jurisprudencial que, durante a maior parte do tempo, fez parte do devido processo legal.

#### **4. O IMPACTO SOCIAL DA EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

No Brasil, ao longo dos anos, muito se debateu sobre os altos níveis de encarceramento da população, e, com isso, criou-se um senso comum de que a execução da pena após a segunda instância aumentaria ainda mais esses números. No entanto, segundo os dados oficiais do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), os índices de encarceramento no Brasil, diminuí conforme a possibilidade da prisão após a segunda instância.

Segundo a DEPEN, em 2010 – primeiro ano após se haver proibido a execução da pena após a condenação em 2º grau – havia 496.000 presos no sistema penitenciário, 4,79% a mais do que em 2009. No ano seguinte, em 2011, havia 514.600 presos, 3,68% a mais. Em 2012, 549.800, 6,84% a mais. Em 2013, 581.500, 5,76% a mais. Em 2014, 622.200, 6,99% a mais. Em 2015, 698.600, 12,27% a mais! Em 2016, 722.923, 3,48% a mais (DEPEN, 2022). Em 17 de fevereiro de 2016, o STF mudou a jurisprudência e passou a permitir a execução da pena após a condenação em segundo grau. Ao final de 2017, já com o impacto da nova orientação, o número de presos no sistema penitenciário é de 726.354 (DEPEN, 2022), indicando um aumento de apenas 0,47%, o menor desde 2010. Por sua vez, em 2018, são 744.216 presos, representando um aumento de



2,45%, o segundo menor desde 2010. Nota-se que entre 2009 e 2016 – período em que vigorou a proibição da execução após o 2º grau – a média de aumento anual do nível de encarceramento foi de 6,25%. Após 2016, quando volta a possibilidade de execução após o segundo grau, essa média caiu para menos de 1/3 (um terço), significando 1,46% (DEPEN, 2022).

Sejam essas as causas ou não, há um inexorável e demonstrável fato objetivo: os índices de encarceramento diminuíram após a mudança de entendimento do STF que permitiu a execução após o esgotamento das instâncias ordinárias. Outro dado importante é sobre percentual médio de prisões provisórias entre 2010 e 2016, que foi de 35,6%. Em 2017 e 2018, o percentual médio foi de 32,45%. Portanto, o percentual de prisões provisórias e os números absolutos das prisões provisórias diminuíram cerca de 10%. Uma especulação possível para este fato: quando não se pode prender após a 2ª instância, aumenta o número de prisões provisórias (DEPEN, 2022). Isso pode ser observado, em série histórica entre 2002 e 2018, na Tabela 1.

**Tabela 1** – População carcerária de 2002 a 2018

ANO	População carcerária	Percentual (ano a ano)	Presos provisórios	percentual
2000	232.800	-----	80.775	34,7 %
2001	233.900	0,47%	78.437	33,5 %
2002	239.300	2,3%	80.235	33,5 %
2003	308.300	28,83%	67.549	21,9 %
2004	336.400	9,11%	86.766	25,8 %
2005	361.400	7,41%	102.116	28,3 %
2006	401.200	11,01%	112.138	28,0 %
2007	422.400	10,26%	127.562	30,2 %
2008	451.400	6,86%	138.939	30,8 %
2009	473.600	4,91%	152.612	32,2 %
2010	496.300	4,79%	164.683	33,2 %
2011	514.600	3,68%	173.818	33,8 %
2012	549.800	6,84%	195.036	35,5 %
2013	581.500	5,76%	216.342	37,20%
2014	622.200	6,99%	249.668	40,10%
2015	698.600	12,27%	261.786	37,50%
2016	722.923	3,48%	232.521	32,20%
2017	726.354	0,47%	235.241	32,40%
2018	744.216	2,45%	242.133	32,50%

**Fonte:** Departamento Penitenciário Nacional, 2022.

Demonstra-se que a população carcerária do Brasil aumentou em seu menor percentual histórico depois que o Supremo Tribunal Federal retomou sua jurisprudência tradicional em relação



a prisão em segunda instância, o que demonstra que a execução da pena após segunda instância não agravou os índices de encarceramento conforme previa o senso comum.

Mas, quais fatores podem ter contribuído para essa redução no encarceramento? Existem três teses possíveis apresentadas pelo Ministro Luiz Roberto Barroso do STF em seu voto no julgamento das Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) números 43, 44 e 54:

- a. *os Tribunais de Apelação, cientes da maior gravidade da sua decisão, que levará o acusado imediatamente à cadeia, tem sido mais cuidadosos no julgamento dos recursos;*
- b. *os juízes de primeira instância, cientes da maior efetividade da justiça criminal, diminuíram a quantidade de prisões preventivas decretadas como resposta à falta de efetividade do sistema;*
- c. *houve o efeito de prevenção geral, com a diminuição da prática de delitos (BARROSO, 2019).*

Outro fator que demonstra que a execução da pena após o julgamento em segunda instância se faz necessário no ordenamento jurídico brasileiro é que, após da condenação, quando já não há dúvida acerca da autoria e da materialidade delitiva e quando não cabe mais discutir fatos e provas, a execução da pena é uma exigência de ordem pública a preservação da credibilidade da justiça.

Além do que já foi exposto, outros dados demonstram que a falta de execução da pena após julgamento em segunda instância é um grande instrumento de desigualdade no sistema judiciário brasileiro, afinal, não são os “pobres” os mais prejudicados pela prisão em segunda instância, já que a maior ocupação das vagas do sistema penitenciário é devido aos crimes de “pobres”. Dados da DEPEN revelam alguns desses feitos:

1. *Tráfico de drogas e associação para o tráfico (arts. 33 e 35 da lei 11.343/06): 220.086 presos Regra utilizada para prisão nesses casos; prisão em flagrante e conversão em prisão preventiva, geralmente antes da decisão de 1º grau;*
2. *Roubo qualificado (CP, art. 157, § 2º): 109.284 presos: Regra utilizada para prisão nesses casos é de prisão preventiva por se tratar de agente perigoso, antes da sentença de 1º grau;*
3. *Roubo simples (CP, art. 157, caput): 64.106 presos; Regra geral que o sistema aplica em relação a réus acusados de roubo simples (assalto mediante grave ameaça ou violência), é Prisão preventiva, por se tratar de agente perigoso, mesmo antes da sentença de 1º grau.*
4. *Homicídio simples e qualificado (CP, art. 121, caput e § 2º): 66.777 presos;*
5. *Regra geral que o sistema aplica em relação a réus acusados de homicídio é Prisão preventiva, por se tratar de agente perigoso, mesmo antes da sentença de 1º grau.*
6. *Crimes contra a dignidade sexual (estupro, estupro de vulnerável e atentado violento ao pudor – CP, arts. 213, 214 e 217-A): 26.695 presos; Regra geral que o sistema aplica em relação a réus acusados de crimes contra a dignidade pessoal é Prisão preventiva, por se tratar de agente perigoso, mesmo antes da sentença de 1º grau. Latrocínio –*



*CP, art. 157, § 3º): 13.191. Regra geral que o sistema aplica em relação a réus acusados do crime de latrocínio (geralmente, assalto seguido de morte)? Prisão preventiva, por se tratar de agente perigoso, mesmo antes da sentença de 1º grau (DEPEN, 2022).*

É evidente que os agentes que praticam esses seis crimes são os que mais ocupam vagas no sistema carcerário, onde, praticamente, todos são cometidos por pessoas com baixa renda. Para averiguar como o sistema judiciário é duríssimo com os pobres e benevolente com os ricos, deve-se olhar novamente os dados do Depen em relação aos crimes cometidos por aqueles que gozam de melhor condição intelectual e financeira: corrupção passiva: 116 presos; corrupção ativa: 522 presos; peculato: 1.161 presos. (DEPEN, 2022).

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em dados divulgados em 2019, o número de processos afetados por uma decisão favorável do STF para a prisão após julgamento em segunda instância é de 4.895, o que comprova que a não execução da pena após decisão de segundo grau trata-se de um instrumento de desigualdade e injustiça do sistema judiciário brasileiro.

## 5. EMPO DE TRAMITAÇÃO DE RECURSOS NAS INSTÂNCIAS SUPERIORES – STF E STJ

Em reportagem elaborada pela Folha de São Paulo em 2019, foi constatado que 63% dos recursos levam até um ano para transitar em julgado no STJ. E, no STF, isso ocorre em 77% dos casos, ou seja, os 37% que tramitam no STJ e os 23% no STF, levam mais de um ano para transitar em julgado, criando, desta forma, um benefício maior ainda a aqueles que gozam de recursos financeiro para patrocinar bons advogados em suas causas. Além de não ser um sistema justo e igualitário, o ordenamento jurídico que não permite a execução da pena após a segunda instância, gera outra deficiência no sistema penal e a prescrição.

O Estado possui o poder-dever de punir aqueles que cometem delitos, direito este conhecido como *jus puniendi* como ensina o Mestre e Doutor em direito penal Fernando Capez. Porém, não é um direito eterno, sendo limitado com o decurso do tempo. Tal poder-dever do Estado é limitado por várias regras existentes no ordenamento jurídico pátrio, regras estas que visam garantir direitos, como a prescrição que limita o poder-dever de punir do Estado pelo transcurso de tempo.

O instituto da prescrição está positivado no Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) no título VIII que trata “DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE”, em diversos artigos, tais como os artigos 107, 109, 110, dentre outros. Na natureza jurídica da prescrição penal, existe uma discussão no âmbito doutrinário, em que alguns juristas a classificam como direito material e outros que defendem enquanto direito misto.

Um absurdo jurídico presente nos tribunais hoje é a interpretação do artigo 112 do Código de Processo Penal, que permite que o prazo prescricional da pretensão punitiva continue a fluir mesmo que a decisão não possa ser executada.

Em um país onde o sistema judiciário pune de forma rigorosa os mais pobres e afaga os mais ricos, a prescrição torna-se a “pá de cal” jogada nas tentativas mínimas de se fazer justiça, pois após recorrer durante tantos anos em diversas instâncias, quando exaurir-se a possibilidade de fuga da pena, o crime já prescreveu, deixando, assim, a sociedade de mãos amarradas em relação àqueles que corrompem e sugam o dinheiro do estado.



Considerando que a prescrição penal é uma espécie de extinção da punibilidade que na qual o agente está sujeito, a perda deste direito por parte do Estado é algo que conforta e incentiva, cada vez mais, o crescimento de infrações, principalmente contra a administração pública, cujo “temor” da justiça, que é nos ensinado desde que aprendemos os significados da lei, torna-se uma mera expectativa de justiça e efetividade diante da realidade do nosso país.

## **6. A EXECUÇÃO DA PENA APÓS DECISÃO DE SEGUNDO GRAU COMO FORMA DE COMBATE A CORRUPÇÃO NO BRASIL**

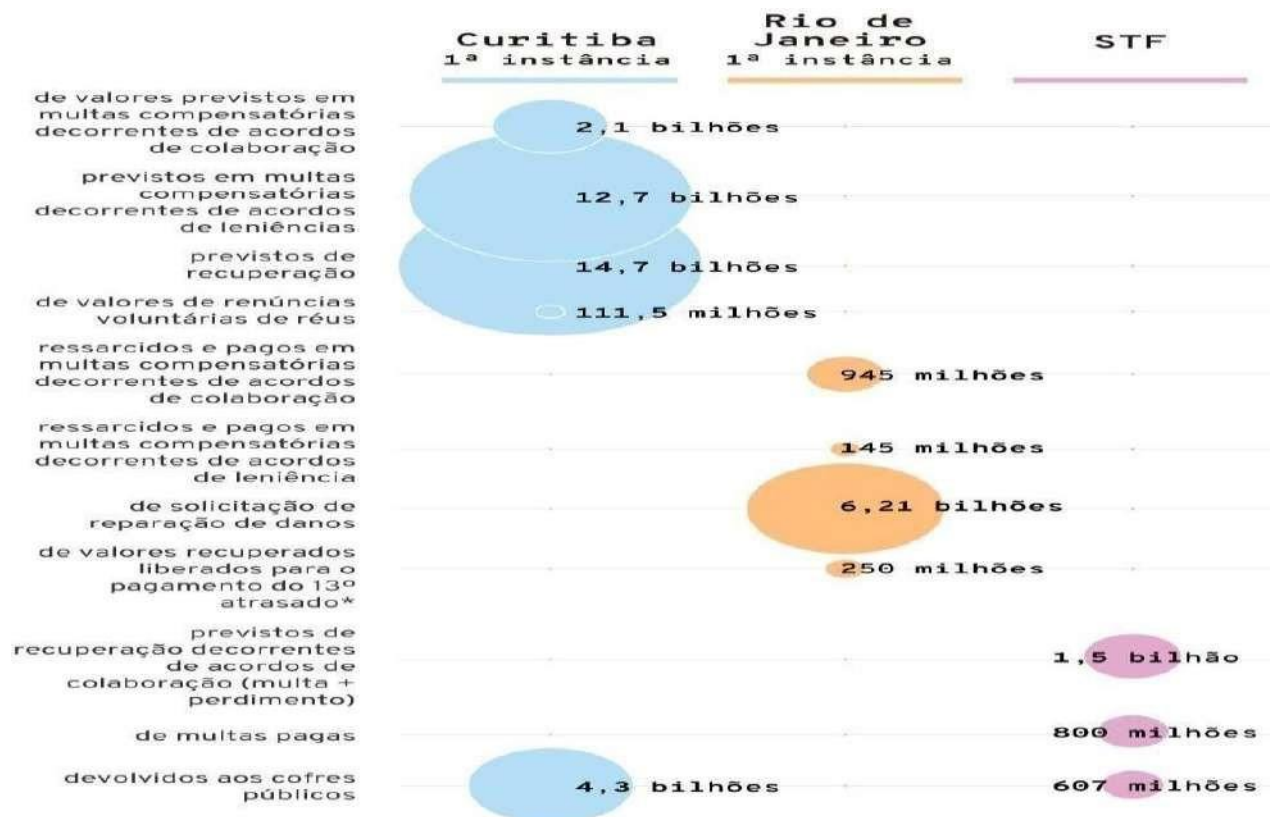
Em raros momentos na história do Brasil, a população esteve tão interessada no desenrolar jurídico das decisões tomadas por magistrados de todas as instâncias como atualmente. Fato é que a corrupção no país se tornou um mal que assola todas as regiões, desde as grandes capitais até as pequenas cidades do interior, com a sensação de impunidade por parte da classe criminosa da política. Representa enorme desrespeito ao sistema judiciário e, principalmente, aos conceitos de justiça e igualdade na qual se baseia um Estado democrático de direito, como já exposto anteriormente, em que a maior parte das vagas do sistema carcerário é preenchida por criminosos que cometeram crimes, cuja prisão ocorreu desde o flagrante e tornou-se preventiva, enquanto uma minúscula parcela das vagas restantes é ocupada por poderosos que desviaram milhões e milhões do orçamento público.

É público e notório que o tratamento dado pelo sistema judiciário atualmente é extremamente punitivo com os mais pobres e muito benevolente aos mais ricos. Os hipossuficientes, como são chamados aqueles que não possuem de grandes recursos financeiros, além de prejudicados em todas as esferas da sociedade como educação, saúde, saneamento básico, mercado de trabalho e segurança, também são duramente punidos por um sistema em que o rico usa o dinheiro proveniente do crime para se defender e incentivar que novos infratores se aventurem na prática de corrupção. Tal sistema ignora as decisões errôneas e precipitadas tomadas durante a operação lava jato, atentando-se aos benefícios que a investigação proporcionou, em que, pela primeira vez, alguns milhões que tinham sido subtraídos pela corrupção retornaram aos cofres públicos.

Durante o decorrer da investigação supracitada, 156 acordos de colaboração premiada foram fechados entre investigados e o Ministério Público, mas esses acordos não foram fechados pelos acusados estarem arrependidos dos crimes cometidos, mas, ao contrário, foi o medo de uma pena em regime fechado que fez com que tantos acordos fossem estabelecidos e o dinheiro retornasse ao seu local de origem.

Nesse interim, destaca-se que um dos princípios basilares do direito penal como bem define Nucci (2020): “é a repressão as condutas delituosas, estabelecendo-se duras penas e uma efetiva punição por parte do Estado, previne-se que novos delitos sejam cometidos e dar-se-á o tratamento devido aquele que já cometeu a infração penal” (NUCCI, 2007, p.501)

E foi seguindo essas ideias que os magistrados determinaram que se inicia o cumprimento da pena após a confirmação da segunda instância, causando, dessa forma, temor naqueles que estavam sendo investigados durante a operação. Esse contexto reavio aproximadamente R\$ 25 bilhões de reais para seu destino originário, onde só para a estatal Petrobras cerca de R\$ 6 bilhões de reais voltaram para os seus cofres. Tal cenário é representado pela Figura abaixo:



Fonte: MPF

Figura 2 – Receita da Operação Lava Jato de retorno aos cofres públicos brasileiro

Em um balanço final, concluiu-se sobre a operação Lava Jato, que os acertos foram muito maiores que os erros e equívocos jurídicos por parte de alguns magistrados, haja vista que nunca antes uma investigação teve tamanha proporção midiática em relação a população brasileira. Mesmo com desdobramentos inesperados após decisões no STF, a sensação que ficou foi de um trabalho com saldo positivo por parte do judiciário, pois foi possível pela execução da pena após a decisão de segunda instância.

## 7. CONCLUSÃO

Após análise de conceitos históricos e princípios basilares do direito penal, acerca do atual cenário do sistema jurídico brasileiro e do Estado democrático social e de direito, evidenciou-se a necessidade da aplicação da pena após condenação em segundo grau de jurisdição.

A forma como se aplica o direito penal no Brasil hoje vai totalmente na contramão do direito penal utilizado nos países em que nos espelhamos como modelos a serem seguidos. Nos últimos anos diversos projetos de leis que defendem a execução da pena após segunda instância têm sido usados como *marketing* político por candidatos dos mais variados partidos, que pelo que foi apresentado no presente trabalho, não há necessidade de se criar uma lei a respeito do tema, pois o ordenamento jurídico sempre permitiu a execução da pena e tal ideia é acolhida pela constituição e pelo código de processo penal.

O empecilho jurídico que se estabeleceu hoje no caminho da execução da pena se deu através de uma equivocada decisão da suprema corte brasileira, que poderá e deverá ser corrigida nos próximos anos, pois não é saudável à sociedade tamanha instabilidade jurídica a respeito de



um tema que, em 10 anos, teve 3 votações com interpretações diferentes sobre os mesmos dispositivos jurídicos.

Outro fato a ser destacado é que a ideia que a prisão após segunda instância causaria um surto de encarceramento no país é totalmente equivocada e desmentida através de dados oficiais dos órgãos responsáveis, como o DEPEN. Ao contrário do que se imaginava, a execução da pena após segunda instância reduziu o percentual histórico de encarceramento, pois, sabendo que a pena será executada, o magistrado deixa de atuar como um “vingador” que sai determinando inúmeras prisões preventivas, como uma forma de punir antecipadamente o réu sem ter a decisão final a respeito do mérito da causa.

Com um sistema jurídico em que o magistrado não se sinta pressionado a determinar uma prisão cautelar com o receio de não punir o infrator, poderemos ter um julgamento mais equilibrado e equânime dentro do sistema jurisdicional, além de dar tratamento igualitário perante a justiça a aqueles que cometeram crimes, haja vista que a execução da pena após segunda instância adquire um caráter de prevenção ao delito, como um dos princípios basilares do direito penal.

O direito penal sempre foi e será um instrumento de coerção contra aqueles que insistem em transgredir as normas básicas de convivência social. Certamente que o crime de tráfico de drogas ou porte ilegal de armas é tão perigoso para a sociedade como o peculato, no entanto, o que se tem no ordenamento jurídico atualmente é um tratamento totalmente desigual, onde um permanece preso desde o flagrante delito até o fim do cumprimento da pena, enquanto outro usufrui de inúmeros recursos com objetivo de postergar e retardar a execução da pena, conseguindo, assim, em vários casos, uma eventual prescrição do delito durante o decorrer do processo.

Não é racional tratar de uma forma tão dessemelhante aquele que muitas vezes comete uma infração buscando prover recursos mínimos a seu lar e sua família com uma pena pesada e imediata, enquanto outro gozando de um elevado status social, com um salário totalmente capaz de suprir suas necessidades, desvia milhões da educação, saúde e tantos outros setores simplesmente pelo fato de se sentir impune e acima da execução da lei. Nesse sentido, a execução da pena após segunda instância não é apenas desejar que o Estado seja duro com os infratores, mas é uma questão de igualdade entre aqueles que comentem delitos, e principalmente, uma prevenção contra as garras daqueles que tanto podem e cada vez mais prejudicam os hipossuficientes.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2003.

BATISTI, Leonir. **Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba: Juruá, 2009.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de Inocência no Processo Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.



BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral I**. 26° ed. São Paulo: Saraiva, 2020

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 4.898 de 09 de dezembro de 1965**. Brasília: Congresso Nacional, 1965.

BRUNO, Aníbal. **Das penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. CAPEZ,

Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24 ed. São Paulo. Saraiva, 2020.

CUNHA, J. S. Fagundes; BALUTA, José Jairo. **O Processo Penal à Luz do Pacto de São José da Costa Rica**. Curitiba: Juruá, 1997.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Direito Penal na Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

DELMANTO JR, Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**, RJ/SP: Renovar, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, tradução: Nelson Boeira, 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 3 ed. 2008. p.122.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O Princípio da Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Revista do Advogado, n. 42, Abril de 1994, Associação dos Advogados de São Paulo - AASP, p. 31/51.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZIOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica**, (Coleção Ciências Criminais; Vol. 4, Coordenação de Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVEZ, Luiz Carlos dos Santos. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 15 set. 2022.

JESUS, Damásio E.de. **Direito Penal 1. Parte Geral**. 37 ed. São Paulo. Saraiva, 2020





- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, trad. João Baptista Machado. 6 ed.. São Paulo: Martins Fontes; 1998.
- LACERDA, M. **Do Devido Processo Legal**. 2 ed. Porto Alegre: ArtMed, 2008.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2004.
- MASSON, C. **Direito Penal**. 11 ed. rev. e atual.. São Paulo: Método, 2015.
- MIRANDA, Pontes. **Tratado da ação rescisória das sentenças e outras decisões**. Rio de Janeiro: Borsóji, 1957.
- MORAES, Mauricio Zanoide. **Presunção de Inocência**. 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo, Atlas, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal**. 16 ed. 2020.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. 2013.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15 ed. 2010.
- RIBEIRO, M. A. **Prisão cautelar de natureza processual**. Revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, nº. 156, p. 27, 2012.
- ROXIN, Claus. **Derecho Procesal Penal**. tradução Gabriela E. Cordoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editora del Puerto SRL, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. V. 1.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



#### XIV. FASHION LAW: A RELAÇÃO ENTRE A INDÚSTRIA DA MODA E A VIOLAÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Giulia Cavalcante Rodrigues<sup>1</sup>  
Débora Goeldner Pereira Oliveira<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 ORIGEM DO FASHION LAW. 2.1 Aplicação do Direito à Moda. 2.1.1 Proteções decorrentes da Indústria da Moda. 2.2 Análise dos conceitos de Propriedade Intelectual e de Propriedade Industrial. 2.3 Lei da Propriedade Industrial (9.279/96). 3 FALSIFICAÇÃO E PIRATARIA NA INDÚSTRIA DA MODA. 3.1 Do registro de Patente e Seus Requisitos. 3.2 Da proteção da Autoria sob o Prisma da Lei nº 9.610/98. 3.3 Dos Direitos Patrimoniais do Autor. 3.4 Falsificação e Pirataria na Indústria da Moda. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** O tema da presente pesquisa é a violação da Propriedade Intelectual especificadamente na Indústria da Moda. O intuito do trabalho é apresentar um estudo sobre essa nova área do Direito, a qual apresenta um ramo mercadológico vasto e desprovido de leis próprias para a solução de litígios nesse campo denominado Fashion Law ou Direito da Moda. Para tanto, os conceitos de Falsificação e Pirataria serão definidos e questões a eles relacionadas serão abordadas, bem como serão tratados os processos de funcionamento de registro e amparo que a legislação atual dispõe, pois, apesar de não estar voltada às criações da Indústria da Moda, auxilia na preservação dos direitos do criador, com respaldo, principalmente, na Lei de Propriedade Industrial e Lei de Direito Autoral, sendo essas espécies da Propriedade Intelectual. Isso posto, nota-se a necessidade de criação de uma legislação especial para o Direito da Moda, além de métodos de fiscalização competentes, que tenham por objetivo conservar o direito do criador para com a criação. Por fim, a metodologia utilizada foi a bibliográfica, envolvendo as análises doutrinária, jurisprudencial e legislativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Fashion Law. 2. Propriedade Intelectual. 3. Falsificação. 4. Pirataria.

**ABSTRACT:** The theme of this research is the violation of Intellectual Property, specifically in the Fashion Industry. The purpose of the work is to present a study on this new Law field, which presents a vast market branch and lacks its own laws for the solution of disputes in this field called Fashion Law. Consequently, the concepts of Counterfeiting and Piracy will be defined and issues related to them will be approached, as well as the processes of registration and support that the current legislation provides, because, although it is not focused on the creations of the Fashion Industry, it helps in the preservation of the rights of the creator, supported mainly by the Industrial Property Law and the Copyright Law, which are species of Intellectual Property. Furthermore, there is a need to create a special legislation for Fashion Law, as well as competent inspection methods, which aim to preserve the creator's right and their creation. Finally, the methodology used was bibliographic, involving doctrinaire, jurisprudential and legislative analyses.

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Faculdade Maringá – FAC. E-mail: giuliacavalcanterodrigues@gmail.com

<sup>2</sup> Advogada, mestre e professora do curso de Direito da Faculdade Maringá – FAC.



**KEY-WORDS:** 1. Fashion Law. 2. Intellectual Property. 3. Counterfeiting. 4. Piracy.

## 1. INTRODUÇÃO

A Moda representa a forma de expressão de um determinado povo, bem como o seu estilo de vida e a sua cultura. Ela reflete a personalidade de cada pessoa, as gerações e os momentos. Por essa razão, é possível analisá-la em qualquer época da história.

O elo entre Direito e Moda, para muitos autores, se estabelece desde a Antiguidade. Isso, porque essas manifestações sociais transitavam em conjunto, seja por distinguir as classes sociais, seja por determinar como cada indivíduo deveria se vestir. Atualmente, essa relação é denominada Fashion Law, ou em livre tradução, Direito da Moda; mas a pesquisa a esse respeito é recente e, por isso, esse é um tema pouco explorado. Assim, se faz necessário o estudo dessa área, e não só dos eventos que persistem na coletividade.

Diante desse contexto, algumas perguntas se colocam: afinal, então o que é Fashion Law? O que envolve? Como funciona?

Denota-se que a falsificação e a pirataria são combatidas com o suporte na Lei de Propriedade Industrial e, prioritariamente, na Lei de Direito Autoral, sendo essas espécies da Propriedade Intelectual. Apesar de parecerem conceitos similares, é preciso fazer uma distinção entre esses institutos. A Propriedade Industrial é uma espécie da Propriedade Intelectual, ou seja, a Propriedade Intelectual é uma área do Direito que envolve diferentes ramos, entre eles, a Propriedade Industrial, bem como o Direito Autoral. Mas será que esses institutos são capazes de resolver essas questões por si só?

Essas são, portanto, as questões mobilizadoras deste trabalho, que buscará expor tais demandas por meio da bibliografia existente, pois é cediço tamanha dimensão desse ramo. Essa é a razão pela qual urge uma visibilidade cada vez maior para o tema, a fim de que se possam proceder análises e estudos voltados à questão, para uma devida propagação acerca dos debates ora mencionados.

## 2. ORIGEM DO FASHION LAW

### 2.1. Aplicação do Direito à Moda

O Direito e a Moda transitam juntos desde a Antiguidade e nota-se a interferência dessas áreas, sobretudo, nos poderes público e religioso. Contudo, determinar o momento exato em que houve o primeiro contato entre o Direito e a Moda é um enigma, visto que todos os dias historiadores encontram novas evidências acerca das antigas civilizações.

Apesar disso, para muitos autores, ambos os campos, Direito e Moda, surgiram simultaneamente e progrediram até os dias atuais, tornando-se o que se conhece hoje. Enquanto um determina e fiscaliza normas sobre as ações humanas; o outro estrutura a maneira de esses indivíduos de se expressarem, na maioria das vezes, por intermédio da forma como se vestem. Conforme Mariot (2016, p. 23):

*Essa interferência do poder público ou religioso na forma das pessoas se vestirem, através de normas legais, persistiu durante muito tempo e, ainda*



*hoje, pode ser observada, de certa forma, em alguns grupos sociais modernos com objetivos e propostas diferenciadas. Algumas marcas de luxo principalmente procuram resguardar o privilégio de uso para uma determinada classe social ou grupo de pessoas.*

Dessa maneira, fica claro que, mesmo no passado, a Moda já era relevante e estava em concordância com o Direito. Esses ramos, portanto, persistiram a partir de novos pareceres, os quais serão abordados neste artigo.

O Fashion Law, ou Direito da Moda, é uma área ainda recém inaugurada no Direito, a qual tem o objetivo de resolver todas as questões jurídicas relacionadas a esse campo mercadológico. Para isso, tem como finalidade entender as dinâmicas inerentes à relação entre Direito e Moda, a fim de rastrear soluções eficazes, principalmente, as associadas à Proteção Intelectual.

Essa área de estudos surgiu em meados de 2006, com a professora e advogada norte-americana Susan Scafidi. A professora acreditava na necessidade de proteção intelectual para a área e criou, junto a *Fordham University*, o *Fashion Law Institute*, que foi o primeiro centro mundial dedicado aos estudos de questões jurídicas e de negócios ligados à indústria. (ESTEVÃO, 2019).

No Brasil, o assunto começa a ser debatido em 2012; ano em que foi encerrada a batalha judicial envolvendo o designer Christian Loubotin e a marca de luxo Yves Saint Laurent. Essa disputa ocorreu, pois a grife *Yves Saint Laurent* relançou, em 2011, um sapato monocromático vermelho com solado, que, de acordo com Louboutin, recordava o de sua criação. (JUNIOR; SABÓIA, 2014, online).

Destaca-se que, em 2008, o designer registrou a sua invenção como marca no instituto adequado (USPTO) para sapatos de salto alto de luxo. O seu pedido foi deferido no item de “design de calçado feminino de luxo”. Assim, ele passou a ser o titular da marca “solado vermelho” (*the Red Sole Mark*). (JUNIOR; SABÓIA, 2014, online).

Em um primeiro momento, o designer francês havia perdido o processo, pois o juízo não reconheceu que o registro da marca era possível. Afinal, é possível registrar uma cor? Essa negativa fez com que Christian Louboutin entrasse com um recurso ao juízo de segunda instância e apelasse quanto à decisão. Nesse processo, ele comprovou que é possível registrar uma cor. O fim desse litígio se sucedeu com o reconhecimento da criação de Christian Louboutin em relação ao solado vermelho; porém também garantiu à YSL o direito de comercializar sapatos com o solado vermelho, salvo se monocromáticos. (JUNIOR; SABÓIA, 2014, online).

Esse caso é exemplar para constatar a necessidade de aprofundamento na área do Direito da Moda. A partir dele, é possível verificar a necessidade da criação de leis próprias para a área, as quais sejam conduzidas por estudos relacionados a esse novo âmbito, que levem em conta questões como “o que é passível de registro?”, para que demandas como o caso supramencionado sejam solucionadas sem a necessidade de o autor recorrer a decisões do juízo.

Como no restante do mundo, no Brasil, não existe um ramo específico para o Direito da Moda, como o Direito Civil, por exemplo, mas existe um ramo mercadológico. Isso significa que a utilização de institutos jurídicos já existentes em outros ramos do Direito para serem aplicados de forma específica a essa área não são suficientes por si só.



### 2.1.1. Decorrentes da Indústria da Moda

A Indústria da Moda é uma das maiores indústrias do mundo e envolve muitas áreas. Em relação ao Direito, independente da inexistência de leis particulares, a Moda implica em proteções tais como: Propriedade Intelectual; Direito Autoral; Direito de Imagem; Proteção das Marcas.

O Fashion Law atua com a finalidade de vigiar os vínculos, os quais existem a partir da Indústria da Moda, quais sejam: vestimenta; joias; e ornamentação. Essa proteção se estende desde a criação, o conceito e o desenho até a comercialização. Portanto, o Direito da Moda, em um primeiro momento, preocupa-se em proteger a criação da Moda.

A criação surge a partir de um pensamento, de uma ideia, que o *designer* formula e que dará início a uma representação. Por isso, é necessário que essa ideia seja passível de proteção, visto que, embora não seja palpável, é uma invenção. No entanto, por se tratar de uma abstração, a proteção ao *designer* é complexificada, visto que é algo imaterial e, portanto, possui vulnerabilidade, sendo facilmente suscetível de cópia. Souza (2015, p. 63) expõe:

*Nesse sentido, sendo as ideias concepções puramente abstratas, elas não podem ser registradas nem protegidas por qualquer meio. Apenas quando se transformarem em criações e são materializadas é que a proteção se torna possível. E, dependendo da forma de como a ideia se materializa é que se pode determinar qual o tipo de proteção possível e também a mais adequada, pois em alguns casos, ela pode ser protegida por mais de uma forma.*

Isso posto, evidencia-se que essa lacuna na proteção do direito do *designer* deve ser preenchida para que seja evitada a ocorrência de cópias relacionadas à criação de objetos na Indústria da Moda. Nesse sentido, importa pontuar que ocorre a contrafação, crime previsto pelo artigo 184 do Código Penal, também conhecido popularmente como falsificação, réplica. A respeito desses termos, importa sinalizar que, apesar de serem tratados muitas vezes como sinônimos, são distintos; por isso, mais adiante uma diferenciação entre eles será apresentada. Na contramão desse crime está a inspiração, a qual, entretanto, a depender do “nível”, pode ser considerada plágio. Esse fenômeno é protegido pelo Direito Autoral. Cabe observar que, sendo a mercadoria excludente a esse ato de plagiar, um produto pode ser verdadeiramente inspirado em outro e criado com o cunho de homenagem ao primeiro.

Diante desse quadro, deduz-se a importância da utilização de meios para a proteção das criações de Moda em suas primeiras manifestações. Dessa maneira, reproduções indesejadas podem ser impossibilitadas.

Outra importante questão é o *Trade Dress*. Esse está relacionado ao instituto de marcas e é conceituado como conjunto-imagem. Segundo Mcarthy (2004 *apud* FELIPE, 2021, p. 20), *Trade Dress* é:

*O termo trade dress pode respeitar a todas as características distintivas da embalagem do produto ou da configuração do próprio produto, correspondendo à sua imagem total e podendo incluir características como o tamanho, a forma, a cor ou suas combinações, textura, grafia ou até particulares técnicas de venda, para além de poder respeitar quer a parte, quer à imagem total do produto, i. e., à impressão global criada pelo produto ou pela sua embalagem.*



*Trade Dress*, por definição, é tudo aquilo que identifica uma marca, ou estabelecimento, seja uma estampa, seja uma logo. Por esse motivo, faz-se necessário o registro junto ao INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), o qual é o instituto responsável pela garantia de direitos de Propriedade Intelectual.

Os Produtos Industriais podem ser considerados a partir da Lei nº 9.279 de 1996 (Lei de Propriedade Industrial), que traz em seu artigo 95 o seguinte:

*Art. 95. Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial (BRASIL, 1996).*

O artigo 95 caracteriza o desenho industrial, o qual, no Direito da Moda, representa a aparência singular atribuída ao item de fabricação, devendo esse seguir requisitos, como novidade, originalidade, viabilidade de aplicação industrial e desimpedimento, para que a sua proteção ocorra nos termos do artigo 97 da aludida Lei: “Art. 97. O desenho industrial é considerado original quando dele resulte uma configuração visual distintiva, em relação a outros objetos anteriores. Parágrafo único. O resultado visual original poderá ser decorrente da combinação de elementos conhecidos” (BRASIL, 1996).

Todavia, embora a Lei de Propriedade Industrial “proteja” a criação, depois de o produto estar “externalizado”, crimes de contrafação ainda são cometidos, provando que a proteção desses produtos em suas primeiras manifestações é necessária. Além disso, a existência de fiscalização é muito importante dentro das indústrias, para que seja impedida comercialização de itens provenientes de cópia. Esses fatores retificam a necessidade de existência de uma lei especial para esse ramo.

## 2.2. Análise dos Conceitos de Propriedade Intelectual e de Propriedade Industrial

A Propriedade Intelectual está ligada às ideias da mente e atua com o intuito de salvaguardar a criação intelectual nos campos artístico, literário, industrial e científico. Federman (*apud* PAULA, 2020, p. 5) aponta que o ser humano possui a habilidade de pensar, imaginar, sonhar e planejar para realizar as suas vontades. O produto proveniente dessa habilidade, portanto, deve ser tutelado, para que não ocorra a sua reprodução não autorizada. De acordo com Barbosa (2003, p.1):

*A Convenção da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) definiu a Propriedade intelectual como, a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e de denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.*

Concebe-se assim que a Propriedade Intelectual é o instrumento legal efetivo, que possui a função de incentivar o avanço tecnológico. Pode-se dizer ainda, que, frente à Moda,



ela opera impulsionando inovações, bem como dispondo seu sistema. Nessa perspectiva, a Propriedade Intelectual é um campo do Direito que abarca diversos setores do conhecimento humano, dentre esses, a Propriedade Industrial.

A Propriedade Industrial despontou com a Revolução Industrial na Inglaterra, na segunda metade do século XVIII, quando ocorreram inovações na Indústria da Moda, e eclodiu em tutelas jurídicas nessa área atualmente. Em relação a isso, Ramos (2016, p. 173 apud FELIPE, 2021, p. 13) define que:

*O direito de propriedade industrial compreende, pois, o conjunto de regras e princípios que conferem tutela jurídica específica aos elementos imateriais do estabelecimento empresarial, como as marcas e desenhos industriais registrados e as invenções e modelos de utilidade patenteados.*

Esse segmento, proveniente da Propriedade Intelectual, é o agrupamento de direitos que compõe patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos industriais, marcas de fábrica e de comércios, marcas de serviços e nome comercial, por exemplo. Logo, esse é o meio responsável por tratar dessas relações de direitos na Indústria da Moda. Nos capítulos seguintes, esse tema será desenvolvido.

### 2.3. Lei da Propriedade Industrial (9.279/96)

A Lei de Propriedade Industrial, ou LPI nº 9.279/96, tem a finalidade de proteger tudo o que envolve uma marca, desde a criação, e até mesmo uma inovação criada por um indivíduo ou empresa. Tecnicamente, a LPI caracteriza os direitos e deveres relacionados aos registros de marcas, patentes, bem como desenhos industriais. Essa lei ainda regulamenta e especifica os regimentos para que seja efetuado o depósito de pedido de registro corretamente.

Nesse campo do Direito, a Propriedade Industrial tem como requisito a novidade. Esse é um requisito objetivo, que considera nova a invenção que não é compreendida no estado da técnica, nos moldes do artigo 11 da referida Lei.

Em relação à Indústria da Moda, qualquer item deve seguir esse requisito para que seja passível de registro. Ademais, após realizado o pedido de registro, o objeto passará a ser resguardado pela lei. Salienta-se, que, para que seja analisado, esse produto deve ser original. Nessa lógica, observa-se o artigo 8º da Lei em questão: “Art. 8º É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial” (BRASIL, 1996).

No que se refere às patentes, no contexto da Moda, é mais presumível que essa seja empregada em tecidos, maquinários e insumos, por exemplo. Já em relação às criações, visto que a moda recicla modelos pretéritos e inova pouco nas novas coleções, não é comum que a patente seja aplicada a esses casos. A mesma lógica pode ser utilizada para afastar a outorga de direitos de desenho industrial, com base nos artigos 95 e 96, uma vez que conjuntamente demandam o requisito novidade. Mais ainda, o artigo 100, II expõe:

*Art. 100. Não é registrável como desenho industrial:*

- I. o que for contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas, ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou ideia e sentimentos dignos de respeito e veneração;*



- II. *a forma necessária comum ou vulgar do objeto ou, ainda, aquela determinada essencialmente por considerações técnicas ou funcionais (BRASIL, 1996).*

Pelo presente artigo, está visivelmente afastada da proteção legal para as formas comum ou vulgar de determinado objeto, as quais, conseqüentemente, não são registráveis. Além disso, ainda existe a chance de proteção das marcas. Note-se que marca é aquilo que distingue uma atividade empresarial de outra, como evidenciado pelo artigo 122.

Contudo, importa destacar que a proteção legal se destina aos sinais que fazem a marca ser notada, e não aos produtos produzidos. Vale ressaltar ainda que a concessão do direito relativo à Propriedade Industrial, no Brasil, ocorre por meio de pedido de registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), empregado a nativos e a estrangeiros. Por fim, importa destacar que é imprescindível que ocorra o registro da marca, por meio do depósito do pedido no instituto adequado, INPI, pois, o que caracteriza e difere um produto de outro, é quem o produz, ou seja, a Marca é a identidade do produto.

### 3. FALSIFICAÇÃO E PIRATARIA NA INDÚSTRIA DA MODA

#### 3.1. Do Registro de Patente e seus Requisitos

Como já abordado, para que o objeto seja patenteável, esse deve ser inovador. No presente capítulo, o seu pedido de concessão será apresentado de maneira aprofundada. Isso posto, para que a patente seja concedida, o produto deve passar por diversas etapas, sendo um ato burocrático e, na maioria das vezes, lento. Essa morosidade pode prejudicar o requerente, uma vez que não há um prazo para o fim do trâmite e, quando deferido, o produto em questão pode já não ser mais uma novidade e poderá perder o valor no mercado.

A concessão de patente de invenção ou de modelo de utilidade é um ato burocrático, o qual percorrerá por diferentes etapas. Após realizado o pedido, esse ficará em sigilo por até 18 meses. Além disso, o requerente tem até 36 meses para solicitar ao INPI que examine o pedido, sendo esses prazos contados a partir do dia em que o depósito do pedido foi realizado.

Inicialmente, a pessoa que faz o pedido de patente deve ter legitimidade. Ou seja, a patente deverá ser requerida pelo autor da invenção, de acordo com o art. 6, § 2º, da Lei nº 9.279/96: “§ 2º A patente poderá ser requerida em nome próprio, pelos herdeiros ou sucessores do autor, pelo cessionário ou por aquele a quem a lei ou o contrato de trabalho ou de prestação de serviços determinar que pertença a titularidade” (BRASIL, 1996).

A lei estende o poder a outrem, e segundo o parágrafo seguinte, caso a invenção tenha sido criada em conjunto, por duas ou mais pessoas, todas elas poderão requerer a patente, conforme aduz a lei. Ainda, é importante ressaltar que, antes de o pedido ser realizado, o requerente deve fazer uma pesquisa junto ao INPI. Essa análise é realizada gratuitamente e confere ao interessado a certeza de que a sua criação é realmente inovadora e não existe até o presente no mercado. Desse momento em diante, o criador poderá requerer a patente do produto sem preocupações. O art. 19 da lei supracitada expõe os demais requisitos, quais sejam:

*Art. 19. O pedido de patente, nas condições estabelecidas pelo INPI, conterá:*

- I. *requerimento;*





- II. relatório descritivo;
- III. reivindicações;
- IV. desenhos, se for o caso;
- V. resumo; e
- VI. comprovante do pagamento da retribuição relativa ao depósito (BRASIL, 1996).

Para que o requerimento seja analisado, o requerente deverá seguir o que se pede, sendo imprescindível a apresentação dos dados relacionados ao objeto, ao requerente e ao inventor. No site do INPI, estão todas as informações sobre o registro de Propriedade Intelectual, entre elas, manuais explicativos e tabelas de valores de taxas, para que qualquer indivíduo interessado no tema tenha a oportunidade de tirar suas dúvidas.

### 3.2. Da Proteção da Autoria sob o Prisma da Lei nº 9.610/98

A Lei nº 9.610 foi publicada em 19 de fevereiro de 1998 e é a lei que resguarda os Direitos Autorais. Como já mencionado, para que o autor da obra obtenha seus direitos reconhecidos, deve-se materializar a obra e garantir que ela seja original.

Lourenço expõe (2021, p. 9, *apud* OMPI, 2016, online) que para a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), os direitos do autor se conectam com as criações literárias e artísticas, especificamente, livros, músicas, pinturas e esculturas, filmes e outras obras constituídas por intermédio da tecnologia. Desse modo, Lourenço (2021, p. 9) evidencia que o direito do autor, nesse contexto, regulamenta as relações jurídicas de criação e de utilização, sob o prisma econômico das obras intelectuais estéticas, sendo regimentados nacionalmente pela lei versada. Nesse viés, Giacomelli afirma:

*Os direitos autorais são regidos por lei específica no Brasil, ancorados pela Convenção de Berna, que, passados todos esses anos, pouco foi alterada em relação à sua redação original e ainda é muito recorrida em casos de dificuldade na interpretação dos dispositivos legais da lei brasileira ou em caso de conflito de direitos entre dois ou mais países. (GIACOMELLI, 2018, p. 17 apud LOURENÇO, 2021, p.10).*

Ademais, Lourenço (2021, p. 10) faz uma análise do contexto histórico sobre os direitos do autor, que se inicia a partir do Código Civil de 1916, nas seções IV e V, em que as propriedades literária, científica e artística são retratadas. Mais adiante, em 1988, essas passam a ser dispostas na Constituição Federal, art. 5º, incisos XXVII e XXVIII. Nesse momento, a proteção se estendeu aos herdeiros. Os direitos do autor, quando ligados à moda, possuem alta relevância. Finalmente, importa indicar que alguns juízes já trataram obras provenientes da indústria como artigos de arte, como foi o caso da *Hermés x 284*, o qual será discutido mais à frente neste estudo.



### 3.3. Dos Direitos Patrimoniais do Autor

Os direitos patrimoniais do autor, de acordo com Sanches (2003, online), conferem ao criador a formação de ganhos em seu proveito. Por conseguinte, são aqueles concernentes ao uso econômico do produto, exteriorizado sob toda e qualquer forma ou processo. Ensina Bittar (1992, p. 46 *apud* SANCHES, 2003, online) que: “os direitos patrimoniais consistem em um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação da obra, manifestam-se, em concreto com a sua comunicação ao público”.

Então, a exploração econômica da obra segundo Sanches (2003) é disposta ao autor com exclusividade e somente ele poderá autorizar, ou proibir, o uso de suas criações, podendo impedir ou suspender o seu uso em casos em que ele não autorize. Desse modo, é imperativa a comunicação prévia com o inventor para qualquer exploração econômica do seu produto.

Ainda, a Lei de Direitos Autorais, em seu art. 3º, confirma a qualidade de bens móveis às criações, possibilitando o direito do autor de explorar economicamente as suas invenções: “Art. 3º Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis” (BRASIL, 1998).

Pelo presente artigo, afere-se, que a qualidade de bens móveis atribuída às criações, proporciona que o autor ganhe com a sua criação. Isso, porque os direitos patrimoniais possuem as seguintes características:

- a. *alienabilidade, traduzida na faculdade do autor em negociar com terceiros os seus direitos, autorizando, licenciando, concedendo ou cedendo a utilização de suas criações;*
- b. *temporalidade, que se baseia no interesse da criação intelectual pela coletividade em sua integração nas características culturais de um país, delimitando, portanto, ao autor e aos seus sucessores o exercício temporal dos direitos patrimoniais;*
- c. *prescritibilidade, ou seja, a perda do direito de ação em razão de lapso temporal;*
- d. *limitação espacial, já que as modalidades de utilização das obras intelectuais são independentes entre si, não havendo a hipótese de uma autorização abranger modalidade de direito não-contratada;*
- e. *limitação negocial, posto que, observadas as condições de cada negócio jurídico, o seu propósito deverá receber leitura restritiva, permanecendo sob a gestão do autor as modalidades de direitos não envolvidas na negociação ou os usos novos não previstos; e*
- f. *limitações ao seu exercício, a fim de atender à função social e pública das obras intelectuais, cujas exceções ocorrem em casos especiais e devidamente catalogados em lei, sendo obrigatória a interpretação estrita dessas limitações. (SANCHES, 2003, online).*

Dessarte, Sanches (2003, online) evidencia que os direitos patrimoniais demonstram as maneiras de emprego das obras intelectuais, melhor dizendo, que o rol de modalidades de utilização das criações não está dependente de *numerus clausus*. Os direitos patrimoniais estão regulamentados pelos arts. 28 ao 45 da Lei de Direitos Autorais e, por esses artigos, é possível verificar a delimitação do direito patrimonial do autor, que visa assegurar a esse as legítimas condições de uso da obra a fim de proveito econômico.



### 3.4. Falsificação e Pirataria na Indústria da Moda

A Propriedade Intelectual, como já apresentado, existe para que a obra do autor seja protegida. No entanto, mesmo com o respaldo das leis existentes, os crimes persistem. Em relação à Moda, são rotineiros os crimes contra a Propriedade Intelectual, como a cópia, a falsificação, o plágio e a pirataria. No que se refere a esse último crime nesse ramo mercadológico, por esse meio, movimentam-se mais dinheiro do que com o tráfico de armas e de drogas.

Um episódio que marcou o Direito da Moda (2016, online) foi o em que a marca francesa *Hermés* processou a marca brasileira *Village 284* alegando que essa última lançou uma bolsa, a bolsa 284, que era idêntica à famosa bolsa *Birkin*, da grife francesa, a qual, é uma peça/artigo de luxo, sendo uma das bolsas mais caras do mundo. Apesar de o material não ser o mesmo, pois, a bolsa 284 era feita de moletom e carregava consigo um broche com a frase “*I’m not the original*” (eu não sou a original), constatou-se que houve cópia em relação ao design e, por esse motivo, a marca brasileira foi proibida de comercializar a “*Birkin de moletom*”, sob pena de multa.

Inúmeros casos iguais a esse estão presentes na sociedade e é notável a existência de cópia em inúmeras marcas, as quais se aproveitam do baixo custo para comercializarem objetos iguais aos de grifes de luxo, com o fim de aumentar os seus rendimentos. Essa questão remonta a outra problemática: quando a cópia ultrapassa certo limite e cria produtos idênticos aos das marcas de destaque, promovendo a falsificação.

Nesse sentido, Souza (2017, online) reitera a importância de definir e diferenciar corretamente contrafação da falsificação e da pirataria, visto que todas estão previstas pelo art. 190 da LPI:

*Art. 190. Comete crime contra registro de marca quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque:*

- a. produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte; ou*
- b. produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem.*  
*Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa. (BRASIL, 1998).*

Em conformidade com Souza (2017, online), a contrafação é gênero, enquanto a falsificação e a pirataria são suas subespécies. Insolitamente, Souza (2017, online) expõe que a figura da contrafação não é prevista pela Lei de Propriedade Industrial. Na legislação brasileira, ela é definida como “reprodução não autorizada”, nos termos do art. 5º, VII, da Lei de Direito Autoral. “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: VII - contrafação - a reprodução não autorizada”. (BRASIL, 1998).

Além do mais, a autora destaca que o acordo TRIPs (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) define a contrafação como a violação dos direitos do titular de uma marca registrada, em seu art. 51, nota 14, a:

*Para os efeitos deste acordo, entende-se por:*

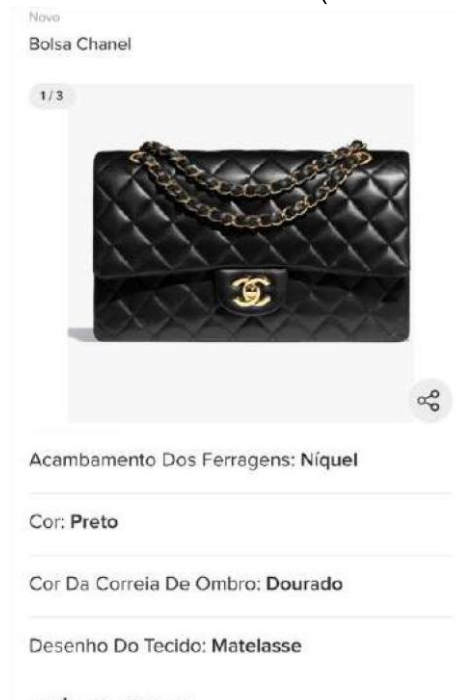
*“bens com marca contrafeita” quaisquer bens, inclusive a embalagem, que ostentam sem autorização uma marca que seja idêntica à marca registrada relativa a tais bens, ou que não pode ser distinguida, em seus aspectos essenciais, dessa marca e que, por conseguinte, viola os direitos do titular da marca registrada em questão na legislação do país de importação.*

Já em relação à pirataria, essa é vista como uma violação a um direito autoral ou conexo, como demonstra o art. 51, nota 14, b, do acordo em tela:

*“bens pirateados” quaisquer bens que constituam cópias efetuadas sem a permissão do titular do direito ou de pessoa por ele devidamente autorizada no país onde foi produzido e que são elaborados direta ou indiretamente a partir de um Artigo no qual a elaboração daquela cópia teria constituído uma violação de um direito autoral ou conexo na legislação do país de importação.*

De acordo com Souza (2015), o artigo contrafeito define-se pela propagação do produto de determinada marca, previamente registrada, a qual é reproduzida com o intuito de dificultar a percepção do consumidor sobre a originalidade daquele item. Portanto, a falsificação vende “gato por lebre”, pois, confunde o consumidor, que acredita estar consumindo produto original. A título de exemplificação, para maior entendimento, verifique-se o seguinte anúncio publicado no site de compra e venda “Mercado Livre”:

**Figura 1** – Anúncio bolsa Chanel (Mercado Livre)



Fonte: Mercado Livre.

O anunciante publicou a venda de uma bolsa da grife francesa *Chanel*, com um preço considerável para o produto; contudo, o modelo original dessa bolsa pode ultrapassar o valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), colocando em questão a originalidade do produto. Além disso, ao ser questionado por usuários da plataforma, ele deu a seguinte resposta a uma indagação:

**Figura 2** – Perguntas feitas no anúncio da figura 1**Últimas feitas**

É original?

└ Resposta acima, produto italiano importado 07/09/2022

Falsificada?

└ Não, trata se de um produto importado grife italiana, com costuras perfeitas 06/09/2022

Fonte: Mercado livre.

Note-se que o vendedor reluta em defesa da originalidade do produto, afirmando que é um “produto importado grife italiana, com costuras perfeitas”, diferenciando a bolsa anunciada de uma falsificada. É nítido que, apesar do alto valor da bolsa, essa não se trata de um modelo original, em primeiro lugar, porque esse modelo custa muito mais que o valor cobrado pelo anunciante e as suas declarações comprovam esse fato. Entretanto, esses anúncios podem confundir o consumidor, que pode não estar atento a esses pontos e acreditar nas respostas do anunciante, resultando no consumo de um produto secundário.

Para elucidar, observe-se a seguir fala de uma pessoa que adquiriu um produto por meio do aplicativo de compras e vendas “Enjoei”:

*Comprei uma bolsa da Chanel no enjoei, o vendedor afirmou que era original e disse que caso não fosse, poderia estar devolvendo. Pois bem, emiti um certificado internacional e paguei por fora e a bolsa ainda, não tinha nem saído para os correios. Na análise mostrou que a bolsa era falsa, imediatamente entrei em contato com o vendedor dizendo que não ficaria com um produto falso. O vendedor não só foi grosso comigo, além de querer me empurrar um produto falso, se recusou a cancelar a compra e o enjoei nada fez. Sendo que eu entrei em contato com o enjoei na mesma hora. Fiz o chamado no domingo, o vendedor enviou o produto na terça. Um absurdo, eu não compro mais nada no enjoei, inclusive quando tudo isso acabar, vou excluir o app. (RECLAME AQUI, 2021, online).*

A queixa foi realizada no site “Reclame Aqui”, no qual os consumidores dão opiniões sinceras a respeito de produtos que compraram. Nesse caso, o cliente, por acreditar em um anúncio feito pelo vendedor no aplicativo “Enjoei”, realizou a compra de um produto pagando “por fora” da plataforma. Quando constatou que havia caído em um golpe, tentou reverter a situação, mas já não era possível. Aliás, é possível indicar que houve um aumento nas vendas de produtos falsificados com a internet, que tornou mais fácil a aplicação desses golpes.

De acordo com uma pesquisa realizada pela Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL, 2021), 90,6% dos internautas brasileiros realizaram compras pela internet nos últimos 12 meses. Assim, verificou-se um crescimento de 41% no faturamento em relação ao último período, pois, na pandemia de Covid-19, a população se viu confinada em suas residências; mas os comércios, por sua vez, frente a esse cenário, encontraram espaço para desenvolvimento por meio do comércio eletrônico.

A pesquisa elaborada pela Fecomércio-RS (2022) sobre os hábitos de consumo, verificou que 70,8% das pessoas, que responderam ao questionário, acreditam que a venda on-line aumenta o consumo de produtos pirata. Além do mais, 90,84% afirmaram verificar a seguridade do site antes de realizar a compra, mesmo sabendo que pirataria é crime no Brasil.

Nesse sentido, cabe esclarecer que a pirataria acontece quando o comprador sabe que determinado produto não é original, devido à sua qualidade inferior. Conforme Souza (2015), esses produtos imitam os verdadeiros, mas de forma grosseira, sendo possível ao consumidor distinguir a sua procedência. Logo, adquire-se o objeto mesmo sabendo que aquele não é exemplar, como é o caso da foto a seguir, que representa a qualidade com a qual esses produtos são comercializados, contendo, inclusive, um erro de grafia, além de falta de acabamento.

**Figura 3** – Tênis Puma pirata



Fonte: Nesusablog.

Os consumidores da marca Puma sabem como seu “nome” é grafado. Por esse motivo, ao se depararem com um produto como o da foto, percebem imediatamente a sua procedência. Outra questão é a réplica, que é uma forma de falsificação. Nesse caso, o consumidor também está ciente de que aquele produto não é original, e, portanto, não está sendo enganado. A prática de venda de réplicas se difere da falsificação em si, pois o consumidor, pelo anseio de atingir certa espécie de status social, utiliza-se desse recurso conscientemente.

A matéria publicada pelo site Terra (2012, online) ilustra bem essa narrativa, que expôs um leilão com bens deixados por Clodovil Hernandes, que tinha bolsas de luxo falsas. A publicação apresenta falas do estilista que afirmava que, como o produto estava em suas mãos, ninguém nunca sugeriria que se tratava de um produto falso.

A esse respeito, Souza (2019, online) afirma que a consumação desses artefatos é cultural. Afinal, o art. 180, CP, prevê uma pena maior para quem consome artigos contrafeitos do que para quem os comercializa.

*Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996)*



*Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996). (BRASIL, 1940).*

Essas inconsistências na lei, para a palestrante (SOUZA, 2019, online), assim como a falta de fiscalização promovem o crescimento desses crimes, por não serem tratados com rigorosidade, bem como por não apresentarem grandes riscos aos praticantes. Uma prova disso é a diferença de tratamento dessa temática entre os países da Europa e o Brasil; naqueles, existe a preocupação em combater a contrafação, segundo Pinheiro (2010, online), a tática utilizada na Itália é punir o comprador com multas de valores altíssimos.

Já o plágio acontece quando da posse da criação, nos casos em que há alteração, ou não, de algumas formas do produto com o intuito de promover para si o crédito da invenção. Para Leite (2009, p. 21 *apud* SOUZA 2015, p. 246), a definição de plágio é:

*plágio pode ser definido como a cópia, dissimulada ou disfarçada, do todo ou de parte da forma pela qual um determinado criador exprimiu as suas ideias, ou seja, da obra alheia, com a finalidade de atribuir-se autoria da criação intelectual e, a partir daí, usufruir o plagiador das vantagens advindas da autoria de uma obra.*

O caso entre as marcas *Kipling* e *Vivatti* torna compreensível o entendimento acerca dessa prática. Como se vê:

**Figura 4 – Comparação bolsa Kipling e bolsa Vivatti**



Fonte: curso Introdução ao Fashion Law, 26 mar. 2021, online.

É mais do que certo que a marca *Vivatti* plagiou a marca *Kipling*. Essa ação está relacionada ao apossamento das características da bolsa, que remete ao plágio. No entanto, os juízes brasileiros tratam todas as violações contra a Propriedade Intelectual como sinônimos.

Nesse sentido, observe-se a jurisprudência do caso, apelação civil nº 1080716-61.2018.8.26.0100:

*Ação de abstenção de fazer c/c indenização por perdas e danos – Alegado cerceamento de defesa pela ausência de produção de nova prova pericial – Afastamento – Confecção e comércio de bolsas, mochilas e acessórios –*

*Trade dress – Confusão nos consumidores e concorrência desleal – Existência – Apontamento, inclusive, em regular laudo pericial – Danos materiais e morais devidos – Sentença mantida – Recurso desprovido.*



Em nenhum momento a prática de plágio é mencionada, a não ser pela ré, que afirma não se tratar de plágio, e sim de existência de apenas algumas semelhanças; mas que, segundo ela, fazer uma diferenciação é possível. Semelhantes a esse, existem muitos outros processos, a questão a ser levantada é: apesar de essas violações serem penalizadas, essas penalizações não são justas. Os juízes atribuem o mesmo entendimento quanto à cópia, à falsificação, à pirataria e ao plágio; quando, na verdade, seria necessário haver distinção entre essas práticas.

Mais uma vez, com a presença da internet, a conduta da falsificação e da pirataria se desenvolveu. Isso, porque os *e-commerce* aproveitam da pouca fiscalização presente nesse meio para comercializar seus produtos falsificados, intensificando cada vez mais a comparência dessa infração.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2016) avalia que pelo menos 2,5% do comércio mundial corresponde a produtos falsificados. O órgão ressalta que a variedade mais copiada são as de calçados. Ainda, aponta-se que, devido à ineficiência da fiscalização nos países emergentes, a pirataria se faz presente.

Ademais, em harmonia com Santos (2011), pode-se assinalar que os produtos falsificados são um risco aos consumidores, em razão de não existir controle de qualidade quanto aos elementos empregados em sua produção, sendo, na maioria das vezes, materiais secundários em relação aos originais. Além disso, essas mercadorias afetam diretamente a economia do país, em virtude de não ser possível a arrecadação de impostos, que ameaça as instituições legalmente estabelecidas.

Outra problemática que se refere ao tema é que a produção dessas mercadorias falsificadas conecta-se diretamente às fábricas clandestinas, as quais utilizam mão de obra informal. Essa força de trabalho, muitas vezes, faz analogia ao trabalho escravo, que é uma prática que expõe o indivíduo a condições degradantes de trabalho e prejudica toda a sociedade. A título de exemplificação, o Fórum Nacional contra a Pirataria e Ilegalidade (FNCP), fez um levantamento quanto ao mercado de produtos esportivos piratas, especialmente camisas de futebol, que constatou que, a cada 10 (dez) camisas de time de futebol vendidas no Brasil, 4 (quatro) são piratas. Para essa proporção, estima-se que, em média, os clubes de futebol perderam mais de R\$ 2 bilhões de reais, isso só no ano de 2020. (UOL, 2022, online).

Mas, apesar de existir previsão legal para tal crime, é de conhecimento geral que, no Brasil, nem sempre as penalidades são realmente impostas aos transgressores. Assim, faz-se necessária a consolidação da Lei, a fim de servir de alerta. Mais ainda, é preciso criar mecanismos que atuem com o objetivo de fiscalizar se determinado produto atende aos requisitos da Lei; deve-se, além disso, buscar o aumento da conscientização da população quanto a essas práticas e às suas consequências.

#### 4. CONCLUSÃO

Frente ao que foi apresentado, é evidente que a Indústria da Moda ocupa lugar de destaque na sociedade e, principalmente, nas relações com outros ramos, por exemplo, como buscou-se demonstrar neste estudo, é o caso do Direito. Ademais, essa relação entre Direito e Moda gera consequências, como foi possível verificar quanto aos casos de falsificação e de pirataria. Esses atos se perpetuam graças a um anseio do comércio por ganho e da população





pelo consumo, haja vista que as pessoas alimentam o desejo de pertencer a um determinado grupo e de usar determinado produto que lhe trará algum tipo de status social.

Por ainda ser um tema recente, o Fashion Law está em fase de solidificação, ou seja, os juízes vêm adaptando as legislações existentes para que os conflitos presentes no ramo sejam solucionados e a proteção preventiva das criações ocorra. Entretanto, é evidente que essas legislações não são suficientes e isso ocasiona uma equivalência em decisões que devem ser tratadas de forma distinta, com relação às quais deve-se atribuir diferentes penalizações para diferentes violações da Propriedade Intelectual. É por esse motivo que deve ser feita uma legislação especial para esse setor, a fim de possibilitar um maior amparo para os criadores, como no caso das invenções que são manifestas pela primeira vez. Isso confrontaria a prática de cópia, além de salvaguardar o direito do indivíduo.

Por fim, trazer para esse meio métodos de fiscalização competentes, como a análise de notas fiscais, a liberação de reprodução de determinada marca ou de certo produto e a prática de operação de serviços quanto às fábricas têxteis, diminuiria a falsificação e a pirataria. Da mesma maneira, urge a necessidade de conscientizar a população em relação a essas práticas, pois o conhecimento é capaz de transformar a sociedade e contribuir de forma benéfica para a construção de um mundo melhor.

## REFERÊNCIAS

ABIT – TÊXTIL E CONFECÇÃO. **Comércio ilegal**: pirataria e descaminho no alvo da moda. Youtube, 16 jan. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XyviKm77gyU>. Acesso em: 20 de set. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de Maio de 1996**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1996.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003.

CAMPOS, Antônio Carlos de; DENIG, Edmila Adriana. Propriedade Intelectual: Uma análise a partir da evolução das Patentes no Brasil. **Revista Faz Ciência**, v. 13, n. 18, p. 97-120, 2011.

CNDL. **Análise consumo online no Brasil**, Edição maio de 2021. CNDL, 2021. Disponível em: <https://materiais.cndl.org.br/pesquisa-consumo-online-no-brasil#rd-form-joq3m2m5>. Acesso em: 20 de set. de 2022.

ESTEVÃO, Ilca Maria. **Fashion Law**: Direito de Moda ganha espaço no Brasil. Metrópoles, 2019. Disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas/ilca-maria-estevao/fashion-lawdireito-de-moda-ganha-espaco-no-brasil>. Acesso em: 26 de jun. de 2022.

FECOMÉRCIO-RS. **Fecomércio-RS divulga resultado da Pesquisa Hábitos de Consumo – Pirataria**. Fecomércio, 2022. Disponível em: <https://fecomerciors.org.br/2022/03/22/fecomercio-rs-divulga-resultado-da-pesquisa-habitos-de-consumopirataria/>. Acesso em: 20 de set. de 2022.



FELIPE, Renata Idaline Derner; MENDONÇA, Givago Dias. **Fashion Law: O Direito da Moda e o Direito da Propriedade Intelectual**. Disponível em: <https://unicv.edu.br/wpcontent/uploads/2021/07/RENATA-IDALINE-DERNER-FELIPE.pdf>. Acesso em: 26 de jun. de 2022.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Direitos autorais em reforma**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011.

EMERJ. **Falsificação e Pirataria na Moda**. Youtube, 24 ago. 2017. Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=N5teAIRLmPM>. Acesso em: 17 de set. de 2022.

INPI. **Guia Básico**. Ministério da Economia, Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/guia-basico>. Acesso em: 1 de out. de 2022.

JUNIOR, João Ibaixe; SABÓIA, Valquíria. **Caso Christian Louboutin contra Yves Saint Laurent: Nascimento do Direito da Moda**. Fashion Law, 2014. Disponível em: <http://www.fashionlawvs.com.br/2014/07/caso-christian-louboutin-contra-yves.html>. Acesso em: 8 de ago. de 2022.

LOURENÇO, Juliana Margarida. **O Amparo Legal sobre os produtos da Moda no Brasil**. Disponível em: [https://www.academia.edu/49809646/Artigo\\_Cienti\\_fico\\_JULIANA\\_MARGARIDA\\_LOUR\\_ENC\\_O](https://www.academia.edu/49809646/Artigo_Cienti_fico_JULIANA_MARGARIDA_LOUR_ENC_O). Acesso em: 25 de jun. de 2022.

MARIOT, Gilberto. **Fashion Law: a moda nos tribunais**. São Paulo: Editora Estação das Letras, 2016.

MIGALHAS. **Mantida decisão que proibiu a 284 de vender bolsas similares às da Hermés**. Migalhas, 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/244232/mantida-decisao-que-proibiu-a-284-de-venderbolsas-similares-as-da-hermes>. Acesso em: 17 de ago. de 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Global Trade in Fake Goods Worth Nearly Half a Trillion Dollars a Year**, 2016.

PAULA, Ana Cristina de Cruz de. **A Propriedade Intelectual no Direito da Moda – Fashion Law**. Universidade Unigranrio. Disponível em: [http://blogs.unigranrio.br/bibliotecavirtual/files/2020/09/A-propriedade-intelectual-no-direitoda-moda\\_Fashion-Law.pdf](http://blogs.unigranrio.br/bibliotecavirtual/files/2020/09/A-propriedade-intelectual-no-direitoda-moda_Fashion-Law.pdf). Acesso em: 18 de set. de 2022.

PINHEIRO, Aline. **Itália multa consumidor para acabar com falsificação**. Conjur, 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-jun-08/direito-europa-acabar-falsificacaoitalia-multa-consumidor>. Acesso em: 20 de set. de 2022.

SANCHES, Sydney Limeira. Direitos Patrimoniais do Autor. **Revista CEJ**, Brasília, n. 21, p. 36-39, 2003. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/543/723>. Acesso em: 17 de ago. de 2022.

SANTOS, Adriana Costa dos. “O Dinamismo da economia e seus paradoxos na proteção do consumidor”. In: SANTOS, Adriana Costa dos. **Combate à Pirataria e Agressão a Direitos**



**de Propriedade Intelectual e Industrial:** o Pensamento de Magistrados do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011. p. 10-15.

SOUZA, Deborah Portilho Marques de. **A propriedade intelectual na indústria da moda:** formas de proteção e modalidades de infração. Dissertação (Mestrado Profissional em Propriedade Intelectual e Inovação), Instituto Nacional da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro, 2015.

TERRA. **Leilão com bens de Clodovil tem até bolsa de luxo falsa.** Terra, 2012. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/videos/leilao-com-bens-de-clodovil-tem-atebolsa-de-luxo-falsa,410987.html>. Acesso em: 18 de set. de 2022.

UOL. **A história de uma camisa pirata.** Uol, 2022. Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/reportagens-especiais/a-historia-de-uma-camisapirata/#page10>. Acesso em: 18 de ago. de 2022.

RECLAME AQUI. **Vendedor vende produto falso e o enjoei não toma providência.** Reclame Aqui, 2021. Disponível em: [https://www.reclameaqui.com.br/enjoei/vendedorvende-produto-falso-e-o-enjoei-nao-toma-providencia\\_6fV2\\_-n\\_abRm-KYh/](https://www.reclameaqui.com.br/enjoei/vendedorvende-produto-falso-e-o-enjoei-nao-toma-providencia_6fV2_-n_abRm-KYh/). Acesso em: 20 de set. de 2022.



## XV. FREIOS E CONTRAPESOS: SUA EFICÁCIA NA SEPARAÇÃO DOS PODERES DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA FRENTE AO PAMPRINCIPIOLOGISMO

Danilo Mathias Ruivo<sup>1</sup>  
Fernando Rodrigues de Almeida<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS. 2.1 Freios e contrapesos no constitucionalismo. 2.2 Abertura da racionalidade por uma moldura semântica no neoconstitucionalismo. 3 RACIONALIDADE E ATIVISMO JUDICIAL. 3.1 O problema do decisionismo na democracia. 3.2 O problema da hipergênese do poder judiciário. 4. PRINCIPIOLOGIA E MOLDURA SEMÂNTICA. 4.1 A virada linguística. 4.2 A abertura semântica como afirmação formal da democracia parlamentar. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo compreender se o pensamento de Monstequieu em dividir os poderes do Estado em Legislativo, Executivo e Judiciário garantiria a sua eficácia na federação brasileira à luz da nossa Carta Magna, trazendo como contraponto a teoria do pamprinciologismo como causa de uma possível preponderância de um dos Poderes sobre os demais. Essa hipótese será deduzida a partir das condições que ocasionariam um latente desequilíbrio democrático. Far-se-á necessário uma certa introdução aos conflitos filosóficos de Carl Schmitt e Hans Kelsen para que avancemos aos prováveis problemas gerados por determinados desequilíbrios em consequência do neoconstitucionalismo e também do chamado pós-positivismo, enquanto se discorre sobre a importantíssima virada linguística e sua abertura semântica. Com isso o presente trabalho utiliza-se de método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Freios e contrapesos. 2. Neoconstitucionalismo. 3. Pamprinciologismo.

**ABSTRACT:** This work aims to analyse's Monstequieu's thought to separate the powers of the State into Legislative, Executive and Judiciary, it would guarantee its effectiveness in the Brazilian federation in the light of our constitution, bringing as a counterpoint the theory of pamprinciologism as a cause of a possible preponderance of one of the Powers of the republic over the other powers. As well, this work dealing with the conditions that would cause a hidden democratic imbalance. A certain introduction to the philosophical conflicts of Carl Schmitt and Hans Kelsen will be necessary so that we can move on to the probable problems

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Faculdade Maringá (CESPAR). E-mail para contato: danilomruivo@gmail.com.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (bolsista CAPES/PROSUP), sob Orientação do prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira; Graduado em Direito e Mestre em Teoria do Estado e do Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (Bolsista CAPES/PROSUP) Orientado pelo Professor Dr. Oswaldo Giacóia Jr. e Coorientado por Professor Dr. Roberto Bueno Pinto; Coordenador do curso de Direito da Faculdade Maringá (CESPAR); Professor de Filosofia do Direito e Direito Constitucional na Faculdade Maringá (CESPAR); Membros dos Grupos de Pesquisa Direito e Memória (Faculdade Maringá); Rede Internacional de Estudo Schmittianos (RIES/UFU); Ética, Política e Religião (PUCCamp); BIOÉTICA/UNIVEM;. Professor e Advogado; Atua principalmente nos seguintes temas: Direitos da Personalidade; Filosofia do Direito; Teologia Política; Filosofia Política; Direito Constitucional, Teoria Crítica do Direito; Análise política da Teologia gnóstica e proto-cristã. Homepage: <https://professorfernandoalmeida.com/> Contato: fernandordealmeida@gmail.com.



generated by the imbalances as a result of neoconstitutionalism and also the self- called post-positivism while discussing the very important linguistic turn and its semantic opening. This work utilizes the method hypothetical-deductive by bibliography research.

**KEY-WORDS:** 1. Checks and balances. 2. Neoconstitucionalism. 3. Pamprincipiologism.

## 1. INTRODUÇÃO

Desde Platão se tem a noção que a concentração dos poderes em um só ente ou pessoa é o método perfeito para conduzir a nação à governança nos moldes tirânicos. Como forma de coibir tal concentração absoluta de poder, nasce o sistema de freios e contrapesos, onde o poder controla o próprio poder, ou seja, cada poder é autônomo e exerce determinada função a ser controlada pelos outros poderes. Assim, para a preservação do Estado de Direito, há de se ter estruturas democráticas seguras e resolutas, sendo de suma importância conhecer a Tripartição dos Poderes, bem como suas nuances, com o intento de conscientização da defesa da nossa Carta Magna, objetivando impedir atos antidemocráticos que colocariam em risco a democracia.

Pois bem, essa introdução ao pensamento político constitucional vem a datar das relações entre os hebreus, sustentada por uma forma clássica, que de tal sorte o Estado seguia uma forma teocrática. Essas ideias primárias, de certa maneira, foram basilares para a concepção do constitucionalismo contemporâneo, do qual institui formas garantistas sob o manto dos direitos fundamentais.

Para alcançar o discernimento de reconhecer a necessidade do constitucionalismo para uma organização ideal do Estado pelo prisma da garantia de uma vida digna do povo, teorias como a de Carl Schmitt e de Hans Kelsen foram de suma importância. Enquanto, respectivamente, um levantara a inevitável necessidade de uma autoridade soberana, chegando a um decisionismo implacável; o outro, por sua frente, intentava um purismo metodológico a ser seguido categoricamente. Resta frisar que não se faz possível esgotar o debate entre tais teorias neste único estudo, trataremos em linhas gerais, as condições resultantes delas e suas expressões marcantes na história.

Quando falamos de democracia, estamos, na verdade, referindo-nos a um regime de governo onde sua causa e razão é o povo, e deste emana todo o poder, em contraste ao autoritarismo ou absolutismo. Assim como pontuamos no início, é preciso do equilíbrio da Tripartição dos Poderes, sem o protagonismo de qualquer um deles, pois caso isso ocorra, estaremos dando ensejo ao enfraquecimento da democracia. À medida que o decisionismo estaria paralelo ao autoritarismo, o positivismo jurídico também poderia encontrar certos desafios, pois as leis, em determinados casos, estão suscetíveis ao erro, que desaguardariam por inflar com aspectos morais, éticos e sociais as decisões do Poder Judiciário.

Assim, quando se observa tais problemáticas, em meados do século XX, acontece um movimento representando a relação entre a filosofia e a linguagem no ordenamento jurídico. Essa virada linguística vem para tentar coibir um possível protagonismo de algum dos poderes, intentando a garantia da democracia parlamentar, protegendo sua forma constitucional.



## 2. SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

### 2.1. Freios e contrapesos no constitucionalismo

Sob o baluarte da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vigora a separação dos poderes que governam este Estado Democrático de Direito. Tal forma de descentralizar o poder é produto de um profundo contexto histórico no Estado de Direito que visa refrear e neutralizar a formação de poderes hegemônicos no Estado.

Nessa separação, da qual a teoria fora concebida por Montesquieu (2007, p. 168-169), verifica-se que para o pleno desenvolvimento do Estado é preciso da partição dos poderes em três órgãos, sendo eles o: Executivo, Legislativo e Judiciário. De tal sorte, o Poder Executivo estaria incumbido de executar, fiscalizar e gerir as leis do país; para o Poder Legislativo caberia a propositura de leis; e o Poder Judiciário seria responsável por julgar e aplicar as leis.

E através dessa estruturação de poderes, surge a teoria dos freios e contrapesos, que,

pelos palavras de José Afonso da Silva, é o caracterizador da harmonia entre os poderes:

*[...] os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos (SILVA, 2014, p. 113).*

Podemos observar então, que a autonomia de cada poder é fundamental para o equilíbrio e manutenção do Estado. Sendo assim, plenamente livre o exercício das suas respectivas funções, das quais apenas restará suscetível ao controle dos outros poderes com o fim de conter possíveis abusos do mesmo. Em outras palavras, o poder freará o poder.

### 2.2. Abertura da racionalidade por uma moldura semântica no neoconstitucionalismo

Inicialmente, faz-se necessário formularmos uma rápida análise sob a ótica histórica, filosófica e teórica do direito constitucional.

Esse fenômeno jurídico-político teve sua origem entre as relações dos hebreus, onde fora concebido o constitucionalismo hebreu, passando para o constitucionalismo grego, depois o constitucionalismo romano, e por fim o constitucionalismo inglês. Todo esse esquema inicial é chamado pela doutrina de constitucionalismo antigo (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 35).

Posteriormente, ponto este que julgamos primordial para o entendimento da temática, veio a ser demarcado o constitucionalismo moderno, surgido ao fim da Primeira Guerra Mundial, o qual trouxe os direitos fundamentais de segunda geração. Aqui, o Estado tem uma atuação positiva e fica responsável por efetivar os direitos sociais com o intuito de garantir uma vida digna na sociedade.

Nesse período, predominava o positivismo jurídico (do qual trataremos adiante) com suas escritas rígidas, dando a Constituição ares não mais de uma mera carta política, mas sim de uma norma jurídica máxima, manifestada pela sua supremacia formal.



*O formalismo de Kelsen ao fazer válido todo conteúdo constitucional, desde que devidamente observado o modus faciendi legal e respectivo, fez coincidir em termos absolutos os conceitos de legalidade e legitimidade, tornando assim tacitamente legítima toda espécie de ordenamento estatal ou jurídico. Era o colapso do Estado de Direito clássico, dissolvido por essa teorização implacável. Medido por seus cânones lógicos, até o Estado nacional-socialista de Hitler fora Estado de Direito. Nada mais é preciso acrescentar para mostrar a que ponto inadmissível pôde chegar o positivismo jurídico-formal. A juridicidade pura se transformou em ajuridicidade total. (BONAVIDES, 2004, p. 175)*

Nessa noção de constitucionalismo moderno, a Lei e o Princípio da Legalidade<sup>3</sup> eram os elementos de legitimação do Direito, o campo de validade das normas jurídicas se baseava apenas em seu caráter formal, não se valorava princípios metajurídicos de moral ou direito natural.

Pois bem, através do positivismo jurídico, o Poder Legislativo detinha sua onipotência, legitimando grandes massacres ao rigor da Lei. Pelas palavras de Paulo Bonavides:

*[...] o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei [...]. A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana. (BONAVIDES, 2004, p. 424)*

Após os grandes acontecimentos que permeiam o século XX, momento marcado pelas intervenções estatais autoritárias, evidenciando a máxima onipotência do Estado em desfavor da liberdade individual, o constitucionalismo moderno que gozava desse positivismo jurídico bárbaro, foi amplamente questionado. Desse modo, foi ganhando grande apreço o constitucionalismo norte-americano, do qual trazia em seu texto a imposição de limites ao legislador sob o manto dos direitos fundamentais. Aplicando, nesse momento, a ideia do pós-positivismo que garantiria a interpretação e aplicação do direito constitucional pelo prisma moral e valorização humana, unindo o jusnaturalismo ao positivismo.

Assim fora concebido o neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo contemporâneo como também é chamado, advindo da consequência da insuficiência do Estado em assegurar a dignidade humana pela teoria jurídica anterior. Este movimento compreende os direitos fundamentais de terceira geração trazendo a forma de se interpretar o Direito pela ótica da relevância dos direitos humanos, sendo a dignidade da pessoa humana o cerne da Constituição.

---

<sup>3</sup> É importante pontuar, até para os fins que o presente trabalho pretende chegar, que utilizamos o termo “princípio da legalidade” por se tratar da forma mais reconhecida de expressão jurídica, mas entendemos que tal norma não apresenta um mandamento de otimização, tampouco uma hermenêutica que permita uma abertura semântica, portanto conquanto, para fins didático-metodológicos nomeamos esse dispositivo normativo da forma habitual, entendemos a legalidade, por se tratar de uma norma de resultado pleno, como uma regra.



### 3. RACIONALIDADE E ATIVISMO JUDICIAL

#### 3.1. O problema do decisionismo na democracia

Quando se trata de Constituição, é impossível se dissociar de Carl Schmitt, pois, como é sabido, este foi um dos primeiros a tratar sobre o tema de forma organizada e metodológica, construindo assim a teoria decisionista como elemento de validade do sistema normativo. Sendo o precursor desta corrente de pensamento jurídico, Schmitt defendia a ideia de ter como base fundamentadora, a excepcionalidade.

Para ele, em tempos de exceção, não há fonte formal de Direito que tenha seu normativismo aplicado. Dessa forma, Schmitt encontra sua força depositada na hipótese onde a fonte de todo Direito seja uma autoridade soberana, sendo desde a legitimidade da Constituição uma consequência de seu decisionismo.

*A soberania consistiria então num arbítrio desvinculado e, conseqüentemente, na possibilidade de uma autoridade pessoal relativizar, abolir ou suspender as normas que dela emanam. É nesse sentido que a soberania se determinaria como a possibilidade de, diante da lei, decidir uma exceção à norma por ela constituída (SÁ, 2009, p. 08).*

Essa decisão soberana defendida por Schmitt é a materialização de todo o poder do Estado nas mãos de um indivíduo, travestida com pressuposto de que na democracia parlamentar não haveria a possibilidade de decisão em tempos de “nada jurídico”, do qual o autor chamava de “estado de exceção”. Porém, nesse ponto, observa-se que as ideias do autoritarismo e do decisionismo se desenvolvem e estão ligadas na impossibilidade parlamentar de decisão, ocorrendo a suspensão normativa com o intuito de reestruturação da ordem de maneira objetiva e essencialmente soberana<sup>4</sup>.

Portanto, o decisionismo de Schmitt choca-se intimamente com os ideais sustentados pelo positivismo normativista de Kelsen, o qual entende que o povo é quem deve ser soberano, ou seja, “se deve haver sociedade e, mais ainda, Estado, deve haver um regulamento obrigatório das relações dos homens entre si, deve haver um poder. Mas, se devemos ser comandados, queremos sê-lo por nós mesmos” (KELSEN, 2000, p. 28).

Para estabelecer todo esse sistema normativo, Kelsen utiliza como fundamento final das normas jurídicas, uma outra norma. Em outras palavras, pela lição do ilustre Fernando

Rodrigues de Almeida (2021, p. 47), “logo, a produção normativa é legítima por basear-se em uma norma superior e ser produzida pelo próprio ordenamento. Ou seja, o sujeito de conhecimento produtor da norma é, ao mesmo tempo, sujeito de direito definido por uma norma interna [...]. A norma produz a norma, que encontra legitimidade em outra norma superior”.

Nesse fulcro, para Kelsen, a democracia parlamentar seria a única forma viável de alcançar a equidade dos sujeitos de direito, pois o poder emanará do povo através de seus representantes, dos quais irão defender seus ideais no parlamento.

---

<sup>4</sup> Cabe aqui um interlúdio para observar que, por mais que o presente artigo não pretenda esmiuçar o trabalho schmittiano, apenas considerá-lo como um importante elemento do constitucionalismo moderno. É relevante estatuir que o autoritarismo de Schmitt não é visto como um sistema tirânico, mas sim uma expressão popular pelo Soberano a partir da Teologia Política, ou seja, nas palavras do autor, trata-se da união entre o Estado, o Movimento e o Povo [Staat, Bewegung, Volk] (SCHMITT, 1993, p. 12) em que há a formação do estado a partir de uma democracia vicária, fundamentada em um movimento identitário de um povo autodeterminado.





*Impedir o domínio de classe é o que o princípio majoritário - no âmbito do parlamentarismo - tem condições de realizar. Já é característico que, na prática, ele se mostre compatível com a proteção da minoria. De fato, a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares. (KELSEN, 2000, p. 67)*

Na democracia parlamentar não vemos espaço para decisionismos, pois há a possibilidade de participação pluralista no constitucionalismo democrático, isso através da escolha de seus representantes pelo voto. Em outras palavras, destes emanará a vontade do povo nas tomadas de decisões e o curso que o Estado seguirá.

### 3.2. O problema da hipergênese do poder judiciário

Destarte, a maneira tripartite de poderes, formada pela união harmônica do Executivo, Legislativo e Judiciário ainda pode encontrar certos percalços no seu caminho ao controle ideal e eficaz.

Pelo juspositivismo de Kelsen, a função do judiciário seria a de dizer o Direito por meio de sua aplicação ao caso concreto, sendo de suma importância que a autoridade judiciária abdique de juízos de valor, visando a imparcialidade e a devida tutela jurisdicional do Estado, exercendo assim seu papel social esperado.

Dessa forma, em hipótese alguma caberia aos mesmos, a função de modificar ou desrespeitar o Direito Positivo, muito menos a criação de novas normas. Há uma obrigação com a ordem jurídica ainda que as leis estejam suscetíveis ao erro. Assim, Streck (2018, p.

230) em poucas palavras, mas com excelência, diz que “em uma democracia, quem faz as leis é o parlamento e o Judiciário as faz cumprir”.

O Judiciário está sob o manto do controle de constitucionalidade da lei, e fora confiado a este órgão o exercício dessa prática. Porém, por essa competência, há de se ter cautela, pois, pelas palavras de Paulo Bonavides, isso é capaz de produzir:

*[...] um grave problema teórico, decorrente de o juiz ou tribunal investido nas faculdades desse controle assumir uma posição eminentemente política.*

*Com efeito, ao adquirir supremacia decisória tocante à verificação de constitucionalidade dos atos executivos e legislativos, o órgão judiciário estaria tutelando o próprio Estado. Graves objeções relativas, pois, à preservação de princípios básicos como os da separação e igualdade de poderes acompanham de perto a fórmula do controle judiciário, sem contudo lograr uma quebra da extraordinária importância que se tem atribuído ao seu emprego [...]. (BONAVIDES, 2004, p. 301)*



Por esse prisma, vemos que o Poder Judiciário se diferencia dos demais poderes a começar pelo seu exercício técnico da função pública<sup>5</sup>. Como se sabe, as autoridades judiciárias são admitidas sob certas qualidades em razão de seu conhecimento jurídico, enquanto o Poder Legislativo e Executivo tem no seu exercício, essência e características políticas.

Acontece que, o Poder Legislativo, do qual se confia o compromisso social, promovendo os desejos e anseios do povo na forma de criação das leis, muitas das vezes se encontra em conflito, assim como o Poder Executivo, recaindo sobre o Poder Judiciário certa função de promover a Justiça com a devida sensibilidade social, deixando de lado a severidade do positivismo instituído, assumindo, por consequência, certo protagonismo que pode estar a fragilizar a democracia.

Não é de se estranhar que, dessa forma, o purismo jurídico-científico do Direito acaba por se inflar com aspectos morais, éticos e sociais, indo na contramão do que Hans Kelsen formulara, onde se buscava o controle jurisdicional sobre o formalismo hierárquico das leis, sem qualquer influência que não fosse normatizada.

Migrando para o Brasil contemporâneo, com efeito do já exposto, Lenio Streck observou e concebeu a teoria chamada de “pamprincipiologismo”, da qual, pelas palavras do mesmo:

*O pamprincipiologismo é um subproduto do constitucionalismo contemporâneo que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse pamprincipiologismo faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional. (STRECK, 2018, p. 291)*

Não há dúvida que é preciso se ater ao equilíbrio dos Poderes para a manutenção do Estado, pois quando um enfraquece, ou está completamente concentrado na resolução de tensões pragmáticas, outro se tornará protagonista. Na mesma linha de raciocínio, Lenio faz algumas observações:

*É como se ocorresse uma espécie de “hiperestesia” nos juristas que os levasse a descobrir, por meio da sensibilidade (o senso de justiça, no mais das vezes, sempre é um álibi teórico da realização dos “valores” que subjazem o “Direito”), a melhor solução para os casos jurisdicalizados. (STRECK, 2012, p. 09)*

A normatividade de enunciados principiológicos dá luz ao chamado “pós-positivismo” ou “neopositivismo”, onde encontramos então uma ponderação entre lei e moral, ou seja, uma intervenção dos valores e princípios no desfecho de casos espinhosos no Poder Judiciário.

Face ao exposto, gradualmente surgem mais princípios com relevância normativa, o que, sob o prisma do purismo metodológico, pode vir a desvirtuar a natureza da Constituição da qual desde seu nascedouro se embebedou da fonte dos direitos fundamentais; logo, seu formalismo hierárquico foi basilar na sua criação.

<sup>5</sup> Por mais que não haja espaço para essa discussão no presente trabalho isso pode ser complementado em Luhmann (LUHMANN, 1983, p. 48), com a ideia de hipertrofia da autopoiese dos sistemas sociais.



#### 4. PRINCIPIOLOGIA E MOLDURA SEMÂNTICA

O presente tópico se concentrará na função sistêmica normativa a partir da virada linguística e com o advento da hermenêutica principiológica, isso porque, devemos observar que a fundamentação da abertura cognitiva da principiologia não permite uma superação da função normativa do positivismo metodológico, ao contrário do que uma possível hipertrofia jurídica causaria.

##### 4.1. A virada linguística

É oportuno frisar que no século XX, ao passo que fora se observando as lacunas insuperáveis e as insuficiências do positivismo jurídico aplicado nos casos de alta complexidade, o modelo jurídico positivista de Kelsen abre as portas à discricionariedade judicial para a resolução destes, dando espaço para elaboração de um discurso filosófico ajustado aos moldes da cientificidade.

Nesse fulcro, Herbert Hart em sua obra de fundamental importância para o Direito, chamada “O Conceito de Direito”, manifesta grandes críticas ao formalismo e ceticismo sobre as regras. Assim, Hart leciona que:

*[...] haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qual quer decisão que seja correta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. (HART, 2001, p. 336)*

Destarte, a referida criação do direito é, no entanto, a criação de uma norma que procede de um texto legal anteriormente validado ou se justifica pela ausência do mesmo. Dessa forma, os filósofos passaram a canalizar suas forças na linguagem em todos os sentidos, gerando assim a chamada virada linguística, representando a relação entre a filosofia e a linguagem, principalmente no ordenamento jurídico.

Toda essa virada linguística tem seu alicerce na hermenêutica do direito, mas uma hermenêutica que está além de uma mera interpretação. Essa hermenêutica vem carregada por um conceito mais extenso e complexo, o qual se explica através da soma de teorias que nos conduz finalmente à interpretação ou compreensão da coisa, e isso se dá não somente pela análise da norma expressa, mas da valoração do que possa atribuir sentido e significado. Por esse prisma, Fernandes (2020, p. 173) suscita que:

*A compreensão, necessariamente, acontece em uma dimensão histórica, o que exige do estudioso uma tomada de consciência de que, em cada tempo, em cada momento histórico, as visões de mundo podem ser - para não dizer que necessariamente serão - distintas do momento presente, o que, indubitavelmente, fecha as portas para qualquer ambição objetivante por parte da hermenêutica.*

Portanto, essa ideia de discricionariedade fica limitada ao entendimento lógico que deriva da soma de fatores que não envolvam a pura vontade do interpretador, e a virada linguística é exatamente isso: a hermenêutica do direito com base na conservação da ordem positivista, sem alterações legais, intentando uma segurança jurídica adequada.



Para sustentar essa ideia, podemos observar que pela leitura de Almeida (2022, p. 316), o mesmo, brilhantemente ensina que “a principiologia necessita de uma relação estrita entre a fundamentação do enunciado e seu significado linguístico, a partir de uma metodologia ordinatória dos limites possíveis do exercício de linguagem”.

Sendo assim, parece que a virada linguística trouxe não a necessidade de vencer o purismo metodológico de Kelsen, mas sim de obter uma moldura semântica onde o discurso fundamentador se organizaria aos moldes da cientificidade.

Essa forma de aplicabilidade do Direito foi ganhando grande impulso na segunda metade do século XX, tendo cada vez mais consideração, principalmente no início do século XXI, conforme se demonstrará no tópico seguinte.

#### 4.2. A abertura semântica como afirmação formal da democracia parlamentar

É pertinente dizer que, em virtude da virada linguística, quando Hart trata das críticas ao formalismo e ceticismo sobre as regras, trouxe à tona a noção de textura aberta do Direito. Dessa abertura semântica, haveriam espaços vazios dos quais seriam preenchidos pela discricionariedade judicial, aos moldes do preceito legal.

Isso significa dizer que o direito consistiria em um sistema de regras que devem ser exploradas a partir da textura aberta da linguagem. Isso posto, convém observar que nas palavras do próprio autor:

*A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. (HART, 2001, p. 148)*

Partindo dessas considerações, cabe trazermos a este estudo, a noção da força normativa da Constituição, teoria concebida por Konrad Hesse sobre a temática em pauta.

Hesse defende uma perspectiva deontológica (vinculada à teoria kelseniana do “dever-ser”) que preserve o caráter normativo da Constituição, mas para isso deve haver a vontade de se cumprir a Constituição.

Hesse, em sua teoria, apresenta três qualidades a serem consideradas para que se tenha o interesse de submeter-se a ordem normativa:

*[...] [1ª] compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. [2ª] Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). [3ª] Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. (HESSE, 1991, p. 19-20)*

Isso é, quanto mais o conteúdo normativo e a realidade atual tiverem correlação, maior será a consciência social e conseqüentemente, maior cooperação do coletivo; faz-se necessário que o conteúdo normativo tenha a inata capacidade de se moldar às condições sociais, políticas e econômicas atuais.

Assim, a capacidade do conteúdo normativo de se ajustar ao cenário em que a sociedade se encontra, garante-se pela abertura semântica e hermenêutica constitucional.



Tarefa essa confiada ao Poder Judiciário, pois este estaria habilitado para tanto. Assim, Hesse, sopesando esse entendimento, apresenta o seguinte ponto:

*O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma*

*“está em vigor” ou “está derogada”; não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica. (HESSE, 1991, p. 13)*

Convém observar que a força normativa da Constituição não deriva somente da vinculação a um cenário atual, e isso nos leva diretamente ao posicionamento de Lenio Streck, pois se verdade fosse, é evidente que o caminho vai de encontro ao protagonismo judicial conforme se pontuou em algum momento neste trabalho. Assim, para garantia da democracia parlamentar, a forma constitucional deve permanecer mediante o balanço entre a Constituição jurídica e a Constituição real conforme postulado por Konrad Hesse.

Como já visto, o neoconstitucionalismo veio para atender a necessidade de vencer o positivismo legalista, trazendo a ponderação de valores às decisões. Todavia, conforme Streck leciona, diante dessa situação, o neoconstitucionalismo estaria suscetível a um forte ativismo judicial anunciada pela teoria do pamprincipiologismo:

*O neoconstitucionalismo acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial, que à diferença do fenômeno da judicialização da política (que ocorre de modo contingencial, isto é, na insuficiência dos demais Poderes do Estado), apresenta-se como uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente. [...] Ou seja, o mundo prático que é concreto ou, na falta de uma melhor palavra, pragmático, paradoxalmente é retratado ao modo da abstratidade própria da ideia de sistema. A percepção originária de que os princípios não possuíam densidade semântica conteve, bem ou mal, o avanço da “pamprincipiologia”, mas o equívoco no diagnóstico da crise fez com que os princípios elevassem o grau de discricionariedade, decisionismo e arbitrariedade. (STRECK, 2014, p. 133-134)*

Parece conveniente dizer que há a necessidade de uma moldura semântica delimitadora, onde o Poder Judiciário estaria integrado. A democracia não pode submeter-se ao exercício subjetivo do magistrado, pois isso se traduziria na fragilização dela.

Por fim, em virtude da hermenêutica procura-se o equilíbrio entre o positivismo clássico, dotado de uma concepção objetivista na qual a lei e o direito teriam o mesmo conceito; e o neopositivismo, possibilitador de uma desenfreada criação de princípios de relevância normativa.

## 5. CONCLUSÃO

Com o fim não de esgotar o tema, mas sim de trazer a temática para o debate, neste trabalho abordamos desde as formas clássicas do constitucionalismo à sua forma



contemporânea, trazendo os recortes históricos e filosóficos que foram basilares para a consolidação da democracia no Estado de Direito. Contudo, face ao exposto, parece oportuno destacar a seguir certas conclusões de relevo.

Em primeiro lugar e de fundamental importância, fomos capazes de verificar a indiscutível necessidade da autonomia de cada poder para o exercício, equilíbrio e manutenção do Estado. Fazendo com que o Executivo, Legislativo e Judiciário se encontrem num cenário para o livre desempenho de suas respectivas funções, caso contrário, restará invocada a teoria dos freios e contrapesos onde o poder freará o próprio poder.

Não é de se estranhar que o Direito é considerado um organismo vivo. Isso fica demonstrado com o passar dos séculos, pois o Direito foi se moldando e sempre se encontrará em constante evolução, assim como viera a ser concebido o neoconstitucionalismo: consequência da insuficiência do Estado em assegurar a dignidade humana pela teoria jurídica anterior, atentando-se a uma interpretação e aplicação do direito constitucional por um prisma moral e valorização humana, unindo, assim, o jusnaturalismo ao positivismo para que então se alcance a democracia desejada, onde sua causa e razão é o povo, e deste emana todo o poder.

Faz-se importante ressaltar que, na democracia parlamentar, não encontramos qualquer espaço para decisionismos proclamados por uma autoridade soberana, a qual veio a ser defendida por Carl Schmitt. Nela encontramos a participação pluralista, onde o povo escolhe seus representantes através do voto, os quais irão defender seus ideais no parlamento, bem como o curso que o Estado seguirá.

Se por um lado nos resguardamos de uma autoridade soberana, a qual ditaria o curso de todas as decisões, não encontraríamos sentido, caso esse decisionismo estivesse na mão de qualquer um do tríplice divisão dos poderes. Quando se trata do Poder Judiciário, através do chamado “pós-positivismo” ou “neopositivismo”, encontramos então uma ponderação entre lei e moral, ou seja, uma intervenção dos valores e princípios, que expõem gradualmente mais princípios com relevância normativa, o que causa um certo corrompimento da Constituição e conseqüentemente o enfraquecimento da democracia como um todo.

E como bem fora dito, o Direito estará sempre a se moldar, e posto isso, com a virada linguística, a aplicabilidade do Direito encontrou uma nova roupagem. Obteve uma moldura semântica onde o discurso fundamentador das decisões se organizaria aos moldes da cientificidade, ou seja, faz-se necessário um elo justo entre a fundamentação do enunciado e seu significado linguístico. Caminhando ao purismo metodológico de Hans Kelsen, tentando uma indubitável segurança jurídica.

Em última análise, por essa abertura semântica delimitadora, baseada na hermenêutica jurídica, trouxe o sopesamento do positivismo clássico, com suas escritas rígidas, manifestada por uma supremacia formal; e o neopositivismo, o qual traria um inflar das decisões do Poder Judiciário com aspectos morais, éticos e sociais.

Por fim, mesmo diante de todos os apontamentos apresentados, reitero a necessidade do debate acadêmico-jurídico para a conscientização da temática posta, pois, conforme podemos observar pela teoria do pamprincipiologismo, ainda há certas lacunas e problemas a serem enfrentados, acusando ser indispensável um rigor mais eficiente nas fundamentações dos julgamentos aplicados diariamente pelos Tribunais.



## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Rodrigues de. **Validade contra a gênese: sobre poder, direito e violência**. 1. ed. São Paulo: LiberArs, 2021.

\_\_\_\_\_. **Personalidade contra o meio: sobre a natureza de indivíduo, pessoa e personalidade como direito**. Tese de Doutorado. Maringá: Universidade Cesumar, 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.  
CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SÁ, Alexandre Franco de. **O poder pelo poder: Ficção e ordem no combate de Carl Schmitt em torno do poder**. Tese de Doutorado. Disponível em [https://eg.sib.uc.pt/bitstream/10316/610/2/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Doutoramento\\_Alexandre%20Franco%20de%20S%C3%A1\\_O%20Poder%20p.pdf](https://eg.sib.uc.pt/bitstream/10316/610/2/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Doutoramento_Alexandre%20Franco%20de%20S%C3%A1_O%20Poder%20p.pdf). Coimbra: Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 2006.

SCHMITT, Carl. **Staat, Bewegung, Volk**. Hamburg: Hanseatische verlagsanstalt, 1933.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

\_\_\_\_\_. **Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 49, n. 194, abr./jun, 2012.



## XVI. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA: ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

Kim Rafael Serena Antunes<sup>1</sup>  
Fernando de Almeida<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. 2.1 Aspectos Fundamentais. 2.2 Finalidades. 2.3 A regulamentação normativa do incidente de assunção de competência. 2.4 Procedimento. 2.5 Requisitos para a instauração do incidente. 2.6 Legitimados. 2.7 Incidência e competência: qualquer Tribunal – segundo grau ou Tribunais Superiores. 3 ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. 3.1 O tratamento simplista dado pelo CPC/2015 e a lacuna procedimental da matéria. 3.2 A necessidade de uma procedimentalidade definida. 4 EXEMPLOS DE PROCEDIMENTALIDADE: REGIMENTO INTERNO, UMA NOVA LEGISLAÇÃO FEDERAL OU LEGISLAÇÃO ESTADUAL. 4.1 Regimentos internos dos Tribunais. 4.2 Nova legislação federal. 4.3 Legislação estadual. 5 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) COMO EXEMPLO DE PROCEDIMENTALIDADE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo de pesquisa o instituto do Incidente de Assunção de Competência previsto no artigo 947, do Código de Processo Civil, sobretudo os aspectos procedimentais. Esse incidente sofreu uma reformulação legislativa para uma adaptação a esse novo sistema de precedentes judiciais para uma adaptação a esse novo sistema de precedentes judiciais vinculantes, como uma melhoria em sua própria incidência, com novas funções e maior profundidade, com uma importância abrangente. Diante disso, dada a existência e validade do instituto no CPC/2015, a sua suscitação é plenamente possível por qualquer dos legitimados, com a necessidade da pronta resposta jurisdicional, ainda que não haja um procedimento específico para seguir, a jurisdição, nos moldes delineados pelo ordenamento deve ser exercida. O presente tem a metodologia de revisão de bibliografia, com a proposição de uma pesquisa dogmática sobre o tema, analisando, como exposto, o instituto do incidente de assunção de competência, em todos os seus detalhes, bem como propondo segundo as doutrinas utilizadas, uma sistemática procedimental, para que melhor represente o instituto e o que dele se espera na processualística civil brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Incidente de Assunção de Competência. 2. Procedimentalidade. 3. Repercussão Social.

**ABSTRACT:** The present work aims to research the institute of the Incident of Assumption of Competence provided for in article 947 of the Code of Civil Procedure, especially the procedural aspects. This incident has undergone a legislative reformulation for an adaptation

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Faculdade Maringá. E-mail: kimrafas@gmail.com.

<sup>2</sup> Doutor, mestre e graduado em Direito, professor e coordenador do curso de Direito da Faculdade Maringá.





to this new system of judicial precedents for an adaptation to this new system of binding judicial precedents, as an improvement in its own incidence, with new functions and greater depth, with a comprehensive importance. In view of this, given the existence and validity of the institute in the CPC/2015, its arousal is fully possible by any of the legitimized, with the need for a prompt judicial response, even though there is no specific procedure to follow, the jurisdiction, along the lines outlined. by the order must be exercised. The present has the methodology of bibliography review, with the proposition of a dogmatic research on the subject, analyzing, as exposed, the institute of the incident of assumption of competence, in all its details, as well as proposing, according to the doctrines used, a procedural system, so that it better represents the institute and what is expected of it in Brazilian civil procedure.

**KEYWORDS:** 1. Incident of Assumption of Competence. 2. Procedurality. 3. Social Repercussion.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva estudar o instituto de Incidente de Assunção de Competência, o qual é previsto no artigo 947, do Código de Processo Civil. Esse incidente sofreu uma reformulação legislativa para uma adaptação a esse novo sistema de precedentes judiciais vinculantes, sobretudo com a lacuna existente na legislação, o qual não se preocupou tanto em tratar legislativamente da procedimentalidade do incidente, isso porque, fora deixado em aberto o próprio meio pelo qual os Tribunais devem considerar o trâmite procedimental.

Num primeiro momento, se analisarão os aspectos fundamentais do incidente de assunção de competência, bem como os requisitos de admissão do incidente, os quais somente se darão em casos de recursos, de remessa necessária ou de processo de competência originária do respectivo Tribunal. Ainda, deve envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social – sem a repetição em múltiplos processos, o que acaba se diferenciando do incidente de resolução de demandas repetitivas, que estabelece a exigência de múltiplos processos.

Após isso, discorreremos ainda acerca dos legitimados para suscitar o incidente de assunção de competência, os quais são legitimados, o relator, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

Se analisará em seguida, quanto ao cabimento do incidente de assunção de competência, quantos aos requisitos necessários a fim de suscitar tal instituto, os quais são pressupostos para a instauração do incidente: questão de direito; repercussão social; prevenir ou compor divergência; e ausência de multiplicidade.

Se estudará quanto o aspecto procedimental do incidente, não obstante a mudança expressiva do Código de Processo Civil de 2015, o atual código não se preocupou tanto em tratar legislativamente da procedimentalidade do incidente, isso porque, fora deixado em aberto o próprio meio pelo qual os Tribunais devem considerar o trâmite procedimental.

Considerando a suscitação do incidente de assunção de competência em um Tribunal, não há como se furtar de analisá-lo, isso porque, com a necessidade de que haja um modelo a ser seguido, um procedimento específico, seja para os legitimados, os quais



poderão segui-lo para suscitação, bem como para o Tribunal, para exercer a sua jurisdição – nesse caso, teria que estar previsto no próprio Regimento Interno do respectivo Tribunal.

Diante disso, se analisarão os exemplos doutrinários a fim de demonstrar a possibilidade de suprir a lacuna procedimental diante da ausência na legislação, os quais foram os regimentos internos dos Tribunais, uma eventual nova legislação federal e legislação estadual.

Seguindo, será exposto em um capítulo, o intuito de trazer um procedimento como exemplo, no caso previsto nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, para motivar uma análise quanto a necessidade de um procedimento que poderá ser eventualmente debatido nos casos de incidente de assunção de competência, o qual é difícil imaginar uma decisão pautada nos mesmos moldes procedimentais dos outros institutos formadores de precedentes judiciais, sobretudo quando tal incidente, também possui vinculação de precedentes, garantindo ainda mais, segurança jurídica para os Tribunais.

## 2. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

### 2.1. Aspectos Fundamentais

Antes de adentrar propriamente dito nos aspectos fundamentais do incidente de assunção de competência, vale ressaltar a sua conceituação, que, no entendimento de Vinicius Silva Lemos (2022, p. 65):

*É um meio processual incidental de formação de precedente vinculante, com o intuito de compor ou prevenir divergência quando houver uma relevante questão de direito, com a grande repercussão social, sem multiplicidade, em recurso, remessa necessária ou ação de competência originária.*

De certo modo, para o autor, o incidente de assunção de competência, acaba preenchendo as eventuais lacunas na formação de precedente alusivos às matérias de suma importância, tanto para a sociedade, quanto para o direito – todavia, tais matérias não são possíveis em caso de institutos repetitivos, já que possui requisitos de múltiplos processos que discutem a mesma matéria.

O incidente não possui o escopo de um conglomerado de demandas, ou seja, não tem a serventia de realizar gestão de estoque de demandas, aliás, Lemos (2022, p. 65), entende que “o intuito é discutir grandes questões jurídicas que não estão, necessariamente, incididas em demandas ou questões repetitivas.” Mas que tão somente, tenham relevância de questões de direito em face da grande repercussão social.

Portanto, se há lacuna decorrente dos repetitivos, deve ser preenchida pelo incidente de assunção de competência.

Para entendermos mais sobre seus aspectos fundamentais, faz-se necessário expor a regulamentação, conforme estabelecido no Código de Processo Civil, no Capítulo III, que fala sobre Do Incidente de Assunção de Competência, no artigo 947, *caput*, *ipsis litteris*:

*Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência*



*originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.*

Com efeito, a admissão do incidente somente se dará em casos de recursos, de remessa necessária ou de processo de competência originária do respectivo Tribunal. Ainda, deve envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social – sem a repetição em múltiplos processos, o que acaba se diferenciando do incidente de resolução de demandas repetitivas, que estabelece a exigência de múltiplos processos.

O incidente de assunção de competência evoluiu se, outrora analisar o antigo Código de Processo Civil de 1973, pois agora, se aprimorou as regras antes estabelecidas no artigo 555, § 1º, em especial com a supressão da cisão de julgamento entre dois órgãos diferentes. Diante disso, ao revogar o incidente de uniformização de jurisprudência, o órgão plexo fixava a tese e o órgão fracionário julgava o recurso, reexame ou processo de competência originária aplicando-a. Agora, apenas para o entendimento desta comparação, segundo Neves (2019, p. 1.433), “o próprio recurso, reexame necessário ou processo de competência originária é encaminhado para o órgão pleno, que terá dupla missão: julgá-los e fixar a tese.”

## 2.2. Finalidades

Quanto a finalidade do incidente de assunção de competência, depreende-se do que estipula o artigo 947, § 4º, do Código de Processo Civil, quando se aplica o disposto no *caput*, o qual cumprir-se-ão os requisitos de questão de direito que tenha repercussão social e interesse público, cuja conveniência de tal incidência tem por objetivo “a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.”

Portanto, basicamente o incidente pretende, na sua essência, que a matéria suscitada por um dos seus legitimados, que doravante será analisado, seja uniformizada e estabilizada, até para impossibilitar uma futura instabilidade jurídica ou uma multiplicidade. (LEMOS, 2022, p. 70)

Diante disso, não há a necessidade de uma divergência existente, podendo, para tanto, servir de caráter preventivo para a definição daquela tese jurídica, com viés, segundo Lemos (2022, p. 70), “pacificador logo no início da apreciação da matéria por aquele Tribunal.”

Ocorre que, pela simples prevenção que surge os posicionamentos distintos de um mesmo Tribunal possibilita instaurar o incidente de assunção de competência, o qual possui a finalidade uniformizada e estabilizada a fim de garantir segurança jurídica, bem como a ausência de multiplicidade. Ou seja, retorna basicamente no conceito de Lemos (2022, p. 65), o qual ensina que o incidente possui “o intuito de compor ou prevenir divergência quando houver uma relevante questão de direito, com a grande repercussão social.”



### 2.3. A regulamentação normativa do incidente de assunção de competência

Conforme já mencionado alhures, o incidente de assunção de competência, o qual está disposto no Código de Processo Civil de 2015, inserido através do artigo 947, no livro que dispõe dos processos nos tribunais e os meios de impugnação das decisões.

Não obstante, o incidente de assunção de competência compõe o atual código, houve alteração significativa em comparado com o antigo código de 1973, o qual tinha como principal função a prevenção ou composição de divergência entre câmaras ou turmas dos tribunais, e que não tinha o condão de produzir de uma decisão vinculante, obrigatoriedade para todos os juízes e tribunais subordinados ao órgão que a proferiu. (FERNANDES; ABOUD, 2018, p. 339)

Sendo assim, apesar da nomenclatura expressa no presente instituto, o incidente de assunção de competência não possui natureza jurídica de incidente processual. Vale, portanto, ressaltar neste tópico a clássica conceituação de Alcides Mendonça Lima (1994, p. 338), “incidente é toda situação anômala que fuja à regularidade do processo e que deve ser decidida sem que, necessariamente, influa na solução da lide.”

### 2.4. Procedimento

No que se refere à dimensão procedimental, de acordo com Marcelo Abelha (2006, p. 39), “o incidente processual é um ponto, questão ou ação que recai sobre processo preexistente, formando-se, assim, um procedimento paralelo e autônomo ao processo principal.”

O que está disposto nos §§, 1º e 2º, do artigo 947, do Código de Processo Civil, o qual possuindo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar, que julgará a causa se for nela reconhecido interesse público.

Portanto, na perspectiva de Abboud e Fernandes, (2018, p. 340), “o incidente de assunção de competência é uma técnica de julgamento, o qual, melhor espelha a natureza jurídica desse instituto.”

Com efeito, vencido a tese de que o incidente de assunção de competência não será utilizado para solução de casos repetitivos, o tribunal também decidirá o caso concreto. Tratando-se de técnica de julgamento para casos que versarem a respeito de relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. (ABBOUD; FERNANDES, 2018, p. 340)

O artigo 947, do Código de Processo Civil, estabelece os seguintes pressupostos de admissibilidade, os quais Abboud e Fernandes (2018, p. 340), também exemplificam: “pendência de julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária em tribunal; relevante questão de direito com grande repercussão social e interesse público.”

No mesmo sentido, há um pressuposto negativo de admissibilidade, nos casos de não haver repetição, em múltiplos processos, da questão a ser reconhecida no incidente.



Por fim, no § 4º do mesmo artigo, há inserção de pressuposto alternativo para a admissibilidade do incidente, que é a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal. (ABBOUD; FERNANDES, 2018, p. 340)

## 2.5. Requisitos para a instauração do incidente

Para a instauração do incidente de assunção de competência, o qual possui requisitos taxativos no artigo 947, do Código de Processo Civil, além do conceito trazido alhures Lemos (2022, p. 66), leciona que, são pressupostos para a instauração do incidente: “i) questão de direito; ii) repercussão social; iii) prevenir ou compor divergência; e iv) ausência de multiplicidade.”

Diante disso, para que o incidente de assunção de competência seja possível e viável, há a necessidade de verificação conjunta de relevante questão de direito, grande repercussão social e sem repetição em múltiplos processos. Ainda, para possibilitar o incidente, há a conveniência de prevenção ou composição de divergência entre órgãos fracionários de um mesmo Tribunal. (LEMOS, 2022, p. 66)

Portanto, no mesmo sentido, Neves (2019, p. 1.433-1.434), ensina que se faz “necessário o trâmite de um recurso, remessa necessária ou processo de competência originária para que o incidente seja instaurado, parece não haver dúvidas de que somente os tribunais terão competência para decidi-lo.”

Ainda, a admissão como ensina Medina (2017, p. 1.392), não destoa dos demais autores, pois segundo o autor “a assunção de competência é admitida quando, a despeito de ter grande relevância social, a questão de direito não se repetir em múltiplos processos (cf. art. 947, *caput*, *in fine*, do CPC/2015).”

Conclui-se que, os autores acima demonstraram um interesse comum, mesmo que o *caput* do artigo 947, preceitua quanta a ausência de múltiplos processos em tramitação simultânea sobre determinada matéria. Foram combatíveis quanto a esta questão que se diferencia do incidente de resolução de demandas repetitivas, por exemplo.

## 2.6. Legitimados

Diferente do que o atual Código de Processo Civil trouxe antes de 2015, o de 1973, pela literalidade, o único legitimado a instaurar o incidente de assunção de competência era o relator do processo em voga. Ou seja, não possibilitando nem as partes, ou Ministério Público e, tampouco os membros do colegiado a instauração como, atualmente, é previsto no § 1º, do artigo 947, do Código de Processo Civil de 2015, conforme depreende-se à diante:

*Artigo 947, [...] § 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.*



Nesse sentido, Lemos (2022, p. 75), entende que “essa visão era a interpretação literal da lei, afinal, se o relator poderia realizá-lo de ofício, a parte ou o Ministério Público poderiam requerer que se fizesse de ofício.” Mas ainda haveria diferença na legitimada, mesmo que fosse de ofício do relator. Pois ainda, segundo o autor “se as partes e o Ministério Público tivessem a legitimidade direta para requererem a instauração do IAC forçariam a análise pelo colegiado.”

Ou seja, sem essa legitimidade, poderiam todos esses sugerirem para o relator a instauração do incidente de assunção de competência. Portanto, o atual ordenamento, ao ampliar a legitimidade, automaticamente, aumenta as possibilidades processuais e cognitivas do próprio incidente, com a expectativa de maior utilização do incidente quando fosse necessário.

Como vimos nos tópicos anteriores, embora o intuito pelo qual o incidente de assunção de competência é instaurado, de modo geral, resulta na busca pela uniformização de jurisprudência, formalização de precedentes judiciais e, e aí, a estabilidade dos julgados – do mesmo modo, ao ampliar as possibilidades de suscitação, com os novos legitimados, acaba concedendo, como resultado, com maior ênfase ao instituto, com a natural amplitude de suscitações pela pluralidade de legitimados. (LEMOS, 2022, p. 75)

A inclusão destes novos legitimados teve um efeito prático importante, como ensina Lemos (2022, p. 75), a possibilidade do Ministério Público, sobretudo da Defensoria Pública em suscitar o incidente de assunção de competência “não devem ser vistas como legitimadas simplesmente por atuarem com partes do processo, até pelo fato de que se assim o fizessem, não haveria a necessidade de disposição sobre tais entidades.”

Diante disso, é importante distinguir a atuação dessas entidades com os demais legitimados, se o julgador e as partes farão a suscitação por serem atrelados àquele processo, o Ministério Público e Defensoria Pública podem, segundo Lemos (2022, p. 75), “independentemente se atuarem na demanda, “com a possibilidade de adentrarem para tal desiderato, com a intenção para a proposição de tal medida ao relator, em processos totalmente alheios à sua atuação.”

Para isso, é evidente de que além da suscitação do incidente de assunção de competência, necessariamente, precisam fundamentar os motivos de utilizarem processos que não atuam, ou seja, os quais não são partes, contudo que cumprem a função do Ministério

Público e Defensoria Pública dentre de suas atribuições. (LEMOS, 2022, p. 76)

## **2.7. Incidência e competência: qualquer Tribunal – segundo grau ou Tribunais Superiores**

Quanto ao cabimento do incidente de assunção de competência, vimos anteriormente quantos aos requisitos necessários a fim de suscitar tal instituto, os quais são pressupostos para a instauração do incidente: questão de direito; repercussão social; prevenir ou compor divergência; e ausência de multiplicidade.

Diante disso, o § 2º, do artigo 947, do Código de Processo Civil preceitua que “o órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.”



E em seguida, completa o § 3º, do mesmo artigo, o qual prevê que “o acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.”

Isto posto, no entendimento de Lemos (2022, p. 79), quanto o incidente de assunção de competência, o qual “é cabível em qualquer instância em um Tribunal, sem a especificação sobre a sua incidência em Tribunais de segundo grau ou Superiores, entendendo-se, portanto, que há uma total amplitude sobre a sua competência e incidência.”

Dessa maneira, é evidente que o legislador se preocupou em delinear a possibilidade da incidência e suscitação do incidente em recurso ou competência originária, sem a devida delimitação de qual seria o Tribunal cabível, o que leva a crer, por lógica de entendimento, segundo Lemos (2022, p. 79), “de que é possível em qualquer recurso (além da remessa necessária no Tribunal de segundo grau) ou ação de competência originária e em qualquer dos Tribunais, sem destacar que seja em Tribunal de segundo grau ou superior.”

Ocorre que, o incidente de assunção de competência acaba ganhando uma importância a mais, haja vista ser o instituto inserto ao microsistema de formação de precedentes vinculantes cabível em todos os Tribunais e instâncias, que segundo qual não ocorre com os demais, como por exemplo do incidente de resolução de demandas repetitivas que, em regra, somente cabe em recursos de Tribunal de segundo grau; recursos excepcionais repetitivos nos Tribunais Superiores; e a repercussão geral somente no Supremo Tribunal Federal. (LEMOS, 2022, p. 79-80)

De todo o modo, frisa-se a necessidade de discussão acerca do cabimento em qualquer Tribunal, isto porque, no próprio Código de Processo Civil, no artigo 947, não parece considerar todos os detalhes ao incidente de assunção de competência quando interliga com outros institutos, sobretudo no caso de reclamação, que se possibilita a reclamação por meio de um precedente vinculante formado em um Tribunal Superior, com a necessidade de que essa reclamação fosse, de igual modo, direcionado a esse Tribunal Superior, o que as alterações propostas pela Lei nº 13.256/2016, conforme se vê:

*Art. 988, [...] § 5º É inadmissível a reclamação: [...] II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.*

Desta forma, enseja em retirar essa possibilidade quanto aos precedentes formados em repetitivos em Tribunais Superiores, esquecendo sobre a possibilidade do incidente de assunção de competência nessa esfera. (LEMOS, 2022, p. 80)

Mas para todos os efeitos, é cabível o incidente de assunção de competência em qualquer Tribunal, em qualquer instância, o que aumenta a importância e amplitude do próprio instituto com a necessidade de que seja mais bem utilizado.

### **3. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA**

Mesmo considerando a mudança expressiva do Código de Processo Civil de 2015 sobre o instituto de incidente de assunção de competência, no que se refere a inclusão de novos legitimados, bem como a vinculação de precedentes para os demais juízes



subordinados – o atual código não se preocupou tanto em tratar legislativamente da procedimentalidade do incidente, isso porque, fora deixado em aberto o próprio meio pelo qual os Tribunais devem considerar o trâmite procedimental. (LEMOS, 2022, p. 87)

Considerando a suscitação do incidente de assunção de competência em um Tribunal, não há como se furtar de analisá-lo, isso porque, com a necessidade de que haja um modelo a ser seguido, um procedimento específico, seja para os legitimados, os quais poderão segui-lo para suscitação, bem como para o Tribunal, para exercer a sua jurisdição – nesse caso, teria que estar previsto no próprio Regimento Interno do respectivo Tribunal.

Destarte, embora tenha a necessidade segundo Lemos (2022, p. 87), “de que haja uma definição sobre a procedimentalidade, ainda que o CPC/2015 não tenha se debruçado sobre a questão.” Fica evidente de que os Tribunais detêm uma prerrogativa suspostamente regidos pelos próprios regimentos do Tribunal respectivo.

Portanto, é de suma importância ir à diante sobre o tema proposto, haja vista a ausência de procedimentalidade em si, as possibilidades de criação de um procedimento e a busca do melhor procedimento possível, dialogando com autores que possuem a mesma intenção para o instituto e sua efetividade.

### **3.1. O tratamento simplista dado pelo CPC/2015 e a lacuna procedimental da matéria**

Conforme o *caput* do artigo 947, do Código de Processo Civil de 2015, o qual traz a seguinte redação: “É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.”

Depreendendo-se do referido artigo, este acabou trazendo apenas a conceituação do incidente de assunção de competência, bem como os requisitos para a sua instauração, com a exceção de prever ou mencionar quais seriam os meios procedimentais pertinentes para o devido trâmite. Isso porque, fora o *caput* acima mencionado, se restringiu a apenas quatro parágrafos, os quais como fora exposto alhures, restringem-se sobre a legitimidade, a necessidade de especificação posterior de um órgão colegiado específico de cada Tribunal, cabimento, vinculação, sua incidência para prevenção ou composição de divergência. (LEMOS, 2022, p. 87)

Destarte, todos os pontos trazidos pelo *caput* e parágrafos são de suma importância, cujo cuidado do legislativo fora para o devido entendimento da amplitude do incidente de assunção de competência, bem como a sua utilidade processual. Contudo, é evidente no tocante a possível defasagem no tratamento com a procedimentalidade do incidente, sem nenhum trato legal, cabendo uma lacuna material enorme na construção do incidente. (LEMOS, 2022, p. 88)

Afinal, no entendimento de Lemos (2022, p. 88), “a falta de uma procedimentalidade normativa deixa em aberto o cerne do instituto, a sua efetividade, desde os meios de suscitação, cada fase até o julgamento.”

Portanto, é vultoso fazer alguns questionamentos para chegar num consenso de que há necessidade de uma procedimentalidade do incidente, pois, dentro dos critérios já





ventilados, o momento iminente para o pleito, se este pode ser realizado pelo relator para o órgão colegiado maior ou necessita de anuência de seus pares, ou, ainda, se for realizado pelas partes, Ministério Público ou Defensoria Pública, quem deve analisar: o órgão fracionário originário ou destinatário do incidente? (LEMOS, 2022, p. 88)

Afinal, como utilizar o incidente de assunção de competência sem o conhecimento de sua procedimentalidade? Todas essas, e muito mais, são questionamentos atinentes ao incidente, que, com a necessidade de serem respondidas para um melhor entendimento do próprio instituto.

### **3.2. A necessidade de uma procedimentalidade definida**

A ausência de uma procedimentalidade específica no Código de Processo Civil, acaba deixando uma lacuna ampla, no tocante a própria utilização do incidente, cuja possibilidade de utilização pode ser usada em muitas situações diversas, conseqüentemente permitindo diversas inovações, criações, modulações sobre a sua funcionalidade. (LEMOS, 2022, p. 89)

Diante desta falta específica, qual será o tratamento a ser dado em cada Tribunal?

Este questionamento é muito importante para levarmos à diante esta problemática. O que o Código de Processo Civil dispõe, por exemplo, que o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento interno indicar. Ou seja, somente nesse ponto há a dúvida quanto a propositura do incidente, se dará perante o seu próprio órgão ou o órgão julgador?

Ainda, se for provocado via requerimento, se poderá responder monocraticamente ou se tem que colocar a matéria para a deliberação do colegiado?

Desse modo, esses dois pontos são exemplos do que a falta da procedimentalidade em consequência na lacuna deixada pelo ordenamento processual.

Frisa-se que segundo Lemos (2022, p. 89), “essa lacuna não continuará quando for suscitado um incidente de assunção de competência, em qualquer Tribunal, uma vez que o órgão julgador, na pior das hipóteses, caso não haja disposição no regimento interno.” Ou seja, deveria o legislador propor uma procedimentalidade específica, e não ficar a mercê do que dispõe cada Tribunal, seja pelo regimento interno ou decisões judiciais para tanto.

## **4. EXEMPLOS DE PROCEDIMENTALIDADE: REGIMENTO INTERNO, UMA NOVA LEGISLAÇÃO FEDERAL OU LEGISLAÇÃO ESTADUAL**

O incidente de assunção de competência necessariamente precisa assim como outros incidentes uma delimitação de sua procedimentalidade, dada a sua vigência e a possibilidade de suscitação pelos legitimados, no entendimento de Lemos (2022, p. 90, “o que importa na impossibilidade dos Tribunais em recursar a tramitação de um incidente de assunção de competência somente pelo fato de que não há uma procedimentalidade.”

Em qualquer dos modos prováveis de regulamentação, os quais sejam por regimento interno dos Tribunais, nova legislação federal, ou a legislação estadual, os quais serão enfrentados a seguir, evita-se uma mera discricionariedade judicial sobre o próprio



procedimento, o que tornaria ainda mais complexa a lacuna existente, dada a insegurança jurídica que imperaria. (OLIVEIRA, 2010, p. 7).

#### 4.1. Regimento interno dos Tribunais

O regimento interno de um Tribunal é uma norma jurídica, segundo ensina Oliveira (2020, p.), pois ainda, segundo Lemos (2022, p. 90), “que com atuação limitada a regular a estrutura daquele próprio Tribunal, tais quais suas divisões, bem como delimitar suas competências.” Isso porque, podemos extrair do artigo 96, inciso I, alínea a, da Constituição Federal, conforme redação à diante:

*Art. 96. Compete privativamente: I – aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;*

Diante disso, o poder legislativo dos Tribunais, via sua norma regimental, qual se limita a definir a sua própria estrutura e nas pertinentes competências para cada órgão, com o devido funcionamento desses.

Contudo, embora haja uma disposição constitucional para assegurar uma certa limitação na utilização da norma regimental, os Tribunais cada vez mais utilizam dos regimentos internos para deliberar pontos omissos dos ornamentos, os quais são sobre procedimentos e até sobre normal processual. (LEMOS, 2022, p. 91)

Um exemplo prático, é sobre a existência do Agravo Regimental, o qual decorre de decisões em que o ordenamento anterior não dispunha de recurso para tal possibilidade.

Conclui-se segundo Lemos (2022, p. 94):

*Talvez o regimento interno de um Tribunal não seja o melhor meio para que seja definida a procedimentalidade do incidente ou qualquer procedimentalidade, contudo a realidade passa por esse aspecto, com a inserção de tais prontos em diversos regimentos internos, com a confusão normativa sobre o real procedimento incidente, e, ainda, sobre a competência dos órgãos dos próprios Tribunais.*

Portanto, o procedimento regulamentado juntos ao Tribunais, não se confunde com a própria delimitação do funcionamento do órgão interno, seja pela competência do relator e suas diretrizes, bem como por delinear os moldes de competência procedimental do próprio julgamento do incidente de assunção de competência, com o modo de admissibilidade, julgamento, dentre outros pontos.

#### 4.2. Nova legislação federal

Quanto a uma nova legislação federal, no entendimento de Lemos, seria o melhor caminho, com a determinação de quais os pontos necessários para que o instituto seja melhor empregado, com a definição sobre diversas indagações, tais quais sobre suscitação, admissibilidade, competência, julgamento, dentre outros pontos.



Não obstante, apesar de ser pertinente a existência de uma regulamentação por lei federal, com a retirada de quaisquer dúvidas sobre a sua devida procedimentalidade, tal lacuna como ensina Lemos, “não parece ser tamanha que enseje um projeto de lei federal específico para suprir essa falha legislativa existente no CPC/2015.”

Haja vista, segundo Lemos que seria, melhor talvez, em momento posterior, um projeto de reforma do ordenamento processual, o que deve ocorrer a cada década, pertinente seria essa inclusão e delimitação clara de procedimentalidade atinente ao incidente. (LEMOS, 2022, p. 95)

Diante disso, não há menção sob qualquer discussão sobre qualquer lei federal atinente a esta previsão procedimental do incidente de assunção de competência, descartandose, portanto, que tal delimitação ocorra via uma nova legislação processual específica.

### 4.3. Legislação estadual

Quanto a legislação estadual, importante mencionar que compete a União sobre o direito processual, conforme exposto no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal que prevê o seguinte: “compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.”

Já com relação aos Estados e Distrito Federal dispõem sobre a possibilidade legislativa para legislar sobre os procedimentos, conforme artigo 24, inciso XI, da Constituição Federal, conforme a seguir: “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XI - procedimentos em matéria processual.”

O que ficaria num impasse desta possibilidade de uma possível legislação estadual, quanto a distinção de procedimento e processo.

Segundo Theodoro Jr. (2006, p. 44), “processo é o sistema como um todo, o conjunto de regras que ordenam a relação entre as partes e o Estado-juiz, impondo as regras do jogo jurisdicional em si, ou seja, a composição da lide em juízo através de uma relação jurídica.”

O procedimento é a manifestação ordenada dos atos processuais, a interligação a cada instituto e fase processual, mediante um desenvolvimento linear em busca do provimento jurisdicional. (LIEBMAN, 1985, p. 40)

Conclui-se conforme ensina Lemos (2022, p. 96), “de certa maneira, o processo é macro e o procedimento seria micro.”

A procura para diminuir a lacuna imposta no incidente de assunção de competência seria por meio da procedimentalidade, ou seja, o procedimento de trâmite, julgamento e vinculação jurisprudencial. Isso significar dizer que, se os Estado detêm competência para legislar sobre o procedimento, haveria, portanto, a falta de unidade para todos os Estados. Ou seja, não serviria para o incidente de assunção de competência a incidência em Tribunais Regionais Federal, tampouco nos Tribunais Superiores. (LEMOS, 2022, p. 100)



## 5. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) COMO EXEMPLO DE PROCEDIMENTALIDADE

Neste tópico, o intuito é trazer um procedimento como exemplo, no caso previsto no incidente de resolução de demandas repetitivas, para motivar uma análise quanto a necessidade de um procedimento para o incidente de assunção de competência.

Inicialmente, conforme ensina Medina (2017, p. 1.396), “podem pedir a instauração do incidente o juiz ou o relator, as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública (cf. art. 977, *caput* e incisos, do CPC/2015).”

Segundo o artigo 981, do Código de Processo Civil, o ofício ou a petição são endereçados ao tribunal competente.

Admitindo-se o incidente de resolução de demandas repetitivas e por conseguinte suspensos todos os processos pendentes, no entendimento de Didier Jr. (2016, p. 639), o qual ensina que “poderá o relator requisitar informações, não apenas ao juiz (ou relator) do processo ou recurso originário, mas também ao juiz ou relator de qualquer uma das causas em que se discuta a questão de direito.”

Ainda, no artigo 976, o pedido deve ser instruído com documentos que demonstrem a presença dos pressupostos referidos. Ocorre que, o relator deve determinar a intimação: a) das partes do processo pendente no tribunal (aquele que deu origem à instauração do IRDR); b) dos demais interessados, que são as partes dos processos repetitivos suspensos; c) dos *amici curiae*, que são pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia (art. 138, CPC); d) do Ministério Público, que funciona no IRDR, quando não tiver suscitado, como fiscal da ordem jurídica, conforme artigo 976, § 2º, do Código de Processo Civil. (DIDIER JR., 2016, p. 639)

Salvo no que prevê o parágrafo único do artigo 978, do Código de Processo Civil, o qual leciona que o incidente é instaurado a partir de causa que tramita no tribunal, que, então, também julgará. Diante disso, segundo Medina (2017, p. 1.397), “não há, no caso, necessariamente, escolha de algumas causas que representem a controvérsia, para que a questão que nelas se apresenta seja decidida, aplicando-se a solução às demais.”

Conforme o artigo 978, do Código de Processo Civil, o incidente deverá ser julgado pelo órgão responsável pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Já com relação ao parágrafo único, este, restringe a competência do órgão ao julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária de onde se tiver originado o incidente, e não abrange outros processos em trâmite no tribunal, ao qual se aplicará a tese firmada.

Portanto, ensina Medina (2017, p. 1.398), “a regra prevista no parágrafo único do art. 978 do CPC/2015 também não incide, a nosso ver, quanto o incidente se originar de causas que tramitem em 1.º grau de jurisdição.”

Depreendendo-se do artigo 979, *caput*, do Código de Processo Civil, deve-se dar à instauração e julgamento do incidente ampla publicidade, viabilizando-se o conhecimento de todos aqueles que, de algum modo, possam vir a ser afetados pela decisão. (MEDINA, 2017, p. 1.398)

Inclusive, quanto ao procedimento que obriga a publicidade conforme mencionou o artigo alhures, importante destacar que há a previsão no parágrafo primeiro, quanto deverá



constar em caso de banco de dados em meio eletrônico mantido pelo Tribunal, ou ainda constando junto ao Conselho Nacional de Justiça. (MEDINA, 2017, p. 1.398)

Diante disso, Medina (2017, p. 1.398), ensina que “deve ser dada preferência ao julgamento do incidente, face a ampla repercussão que terá, em relação aos demais processos em que a questão se repetir.”

Isso porque, conforme o artigo 982, prevê que o incidente deve ser julgado no prazo de um ano – se findar, a princípio, cessa a suspensão dos processos decorrente do incidente.

Quanto a tramitação do incidente, ele deverá observar o que dispõem os artigos 976 ss. do Código de Processo Civil, mas incide, no que couber, o disposto nos artigos 929 ss, do Código de Processo Civil.

O exame da admissibilidade do incidente será realizado pelo órgão colegiado, e não pelo relator, monocraticamente conforme exposto no artigo 932, inciso II, do Código de Processo Civil.

Admitindo-se o incidente pelo órgão colegiado, conforme artigo 981, o relator deliberará sobre a suspensão dos processos pendentes.

Em caso versando sobre questões de direito constitucional ou federal infraconstitucional, pode-se requerer ao Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça que a suspensão se estenda a todo território nacional, conforme parágrafo terceiro do artigo 982, do Código de Processo Civil.

Quanto ao julgamento do incidente, o qual deverá observar o disposto no artigo 984, do Código de Processo Civil, o que deve ser aplicado de forma subsidiária o que consta no artigo 937 e ss.

Cumpridas todas as etapas previstas no artigo 983, do Código de Processo Civil, o relator solicitará a inclusão do IRDR na pauta de julgamento do órgão competente para apreciá-lo. Os quais, os autos serão apresentados ao presidente do órgão, cuja pauta de julgamento será designada, ordenando a publicação da pauta. (DIDIER JR., 2016, p. 640) Há ainda, a previsão quanto a sustentação oral, observando o que preceitua o artigo 984, inciso II, alínea a, do Código de Processo Civil.

Quanto a fundamentação do acórdão, Medina (2017, p. 1.399), ensina que o incidente “realiza-se de modo peculiar. Ao se proferir uma sentença, por exemplo, exige-se que a fundamentação seja completa, sendo desnecessário, porém o exame de todos os fundamentos que possam conduzir ao mesmo resultado (cf. art. 489, § 1.º, IV do CPC/2015).”

Com efeito, contra a decisão que julga o mérito do incidente cabe recurso extraordinário ou especial, desde que presentes as condições previstas nos artigos 102, III e 105, III, ambos da Constituição Federal.

Importante mencionar que tal recurso contra a decisão que julgou o mérito do incidente poderá ser interposto por parte no processo referido no pedido de instauração do incidente e por parte em processo em que tenha ficado suspenso, conforme artigo 996, do Código de Processo Civil, os quais poderiam ser qualificados como terceiros prejudicados.

Isto posto, o julgado que decidiu o mérito do recurso extraordinário ou especial, terá a tese aplicabilidade em todo o território nacional, conforme dispõe o artigo 987, § 2º, do Código de Processo Civil.



Portanto, conclui-se que, no entendimento e ensinamento de Mendes (2017, p. 200), “os mecanismos processuais precisam interagir com vários fatores, para que possam cumprir o seu escopo. Certamente, a organização do Poder Judiciário é um destes importantes elementos, por diversas razões.” Por isso, faz-se necessária a existência de um guia procedimental quanto para termos um trâmite processual e seguir seu aparato a fim de se garantir segurança jurídica processual.

## 6. CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou estudar o instituto de Incidente de Assunção de Competência, o qual é previsto no artigo 947, do Código de Processo Civil. Esse incidente sofreu uma reformulação legislativa para uma adaptação a esse novo sistema de precedentes judiciais vinculantes, sobretudo com a lacuna existente na legislação, o qual não se preocupou tanto em tratar legislativamente da procedimentalidade do incidente, isso porque, fora deixado em aberto o próprio meio pelo qual os Tribunais devem considerar o trâmite procedimental.

Num primeiro momento, se analisou os aspectos fundamentais do incidente de assunção de competência, bem como os requisitos de admissão do incidente, os quais somente se constitui em casos de recursos, de remessa necessária ou de processo de competência originária do respectivo Tribunal. Ainda, deve envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social – sem a repetição em múltiplos processos, o que acaba se diferenciando do incidente de resolução de demandas repetitivas, que estabelece a exigência de múltiplos processos.

Após isso, fora discorrido ainda, acerca dos legitimados para suscitar o incidente de assunção de competência, os quais são legitimados, o relator, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

Se analisou em seguida, quanto ao cabimento do incidente de assunção de competência, bem como aos requisitos necessários a fim de suscitar tal instituto, cujo os pressupostos para a instauração do incidente são: questão de direito; repercussão social; prevenir ou compor divergência; e ausência de multiplicidade.

Se estudou o aspecto procedimental do incidente, não obstante a mudança expressiva do Código de Processo Civil de 2015, o atual código não se preocupou tanto em tratar legislativamente da procedimentalidade do incidente, isso porque, fora deixado em aberto o próprio meio pelo qual os Tribunais devem considerar o trâmite procedimental.

Considerando a suscitação do incidente de assunção de competência em um Tribunal, não há como se furtar de analisá-lo, isso porque, com a necessidade de que haja um modelo a ser seguido, um procedimento específico, seja para os legitimados, os quais poderão segui-lo para suscitação, bem como para o Tribunal, para exercer a sua jurisdição – nesse caso, teria que estar previsto no próprio Regimento Interno do respectivo Tribunal.

Diante disso, se analisaram os exemplos doutrinários a fim de demonstrar a possibilidade de suprir a lacuna procedimental diante da ausência na legislação, os quais foram os regimentos internos dos Tribunais, uma eventual nova legislação federal e legislação estadual.

Por fim, fora exposto em um capítulo, o intuito de trazer um procedimento como exemplo, no caso previsto nos incidentes de resolução de demandas repetitivas, para



motivar uma análise quanto a necessidade de um procedimento que poderá ser eventualmente debatido nos casos de incidente de assunção de competência, o qual é difícil imaginar uma decisão pautada nos mesmos moldes procedimentais dos outros institutos formadores de precedentes judiciais, sobretudo quando tal incidente, também possui vinculação de precedentes, garantindo ainda mais, segurança jurídica para os Tribunais.

## REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Suspensão da segurança**: sustação da eficácia de decisão proferida contra o Poder Público. ed. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ABBOUD, Georges; FERNANDES, Ricardo Yamin. **Requisitos legais para instauração do incidente de assunção de competência**. Revista de Processo, São Paulo, v. 43, n. 279, p. 339-356, maio 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 jun 22.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016**. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13256.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13256.htm). Acesso em: 17 jun 22.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. ed. 13. Salvador: Juspodivm, 2016.

LEMONS, Vinicius Silva. **O incidente de assunção de competência**: Da conceituação à Procedimentalidade. ed. 2. São Paulo: Juspodivm, 2022.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. ed. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito processual civil**. ed. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDONÇA LIMA, Alcides. **Dicionário do Código de Processo Civil brasileiro**. ed. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. ed. 12. Salvador: Juspodivm, 2019.

NERY, Rosa Maria de Andrade; JR., Nelson. **Código de processo civil comentado**. ed. 16. São Paulo: RT, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. ed. 4. São Paulo: Saraiva, 2010.



\_\_\_\_\_. **Regimentos internos como fonte de normas processuais.** O poder normativo dos tribunais. Salvador: Juspodivm, 2020.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** ed. 44. Rio de Janeiro: Forense, 2006.





## XVII. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E OS IMPACTOS EMPRESARIAIS

Alan Daniel Calvi<sup>1</sup>  
Diego Fernandes Vieira<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD). 3 DOS IMPACTOS DA LGPD PARA AS ATIVIDADES EMPRESARIAIS. 4. DOS PRINCIPAIS IMPACTOS DA LGPD NO VAREJO E A LEI DO CADASTRO POSITIVO. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** O grande avanço tecnológico que se deu nas últimas décadas, nos proporcionou vivenciar a “era da informação”. Este momento tem sido crítico em alguns aspectos, pois neste meio informativo circulam também dados pessoais de quem utiliza o principal vetor destas informações, a internet. Desta perspectiva, se faz necessário que surjam alguns questionamentos sobre como nossos dados estão sendo protegidos mediante tamanha exposição, principalmente em redes sociais, compras on-line entre outras situações. A partir deste olhar, e com o surgimento de uma nova lei chamada de Lei Geral de Proteção de Dados, o presente trabalho teve como objetivo, analisar detalhadamente as alterações trazidas no texto da Lei 13.709/2018 a LGPD de maneira a esclarecer os pontos alterados e elencar suas implicações na área empresarial, como também especificar as modificações da Lei 13.853/2019 e demonstrar as nuances quanto a sua aplicação, ainda o efeito da nova LGPD na atividade empresarial. Com isso, também foi observado a análise das alterações no texto da nova lei geral de proteção de dados, apresentando a sua quantidade de artigos, suas distribuições em capítulos e suas respectivas sessões, bem como as modificações que ocorrem da Lei nº 13.853 de 08 de julho de 2019 que alterou a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Assim, por meio de pesquisas em livros, revistas eletrônicas, artigos científicos, obras doutrinárias, leis e jurisprudências acerca do tema trazendo embasamento para a temática. Desta feita trazendo pontos como a explicação do que é essa Lei, como ela surgiu, a sua aplicação nas empresas, bem como seus desafios para o meio empresarial, como a empresa criar essa proteção de dados e mapeamentos desses e com isso a gestão do consentimento. Nesta perspectiva, é notável que a nova lei trouxesse impactos sobre as empresas privadas como também governamentais e suas subsidiárias. Com isso, é essencial que haja a prevalência da Ética no tratamento e assim a proibidade de dados é ainda uma excelente prática sendo uma maneira indispensável para excelentes resultados finais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito eletrônico; Direito Empresarial; Proteção de Dados; Personalidade.

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Faculdade Maringá. E-mail: alancalvi@hotmail.com.

<sup>2</sup> Mestre em Ciências Jurídicas pela UniCesumar - Universidade Cesumar, Maringá - PR. Bolsista Taxa do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP/CAPES). Pós-graduado em Psicologia Educacional, Direito Civil e MBA em Gestão Empresarial pela Uniasselvi - Centro Universitário Leonardo da Vinci, Paranavaí - PR. Professor no curso de Direito da Faculdade Maringá - FAC, Maringá - PR. E-mail: diego.vieira\_180@hotmail.com.



**ABSTRACT:** The large technological advance that has occurred in recent decades has allowed us to experience the “information age”. This moment has been highly critical, as this informational territory also circulates personal data of those who use the main vector of this information, the internet. From this perspective, it becomes necessary that some questions arise about how our data is being protected through such exposure, mainly on social networks, online shopping, among other situations. From this point of view, and with the emergence of a new law called the General Data Protection Law, the objective of this work was to analyze in detail the changes brought in the text of Law 13.709/2018 to the GDPR in order to clarify the changed points and list their implications in the business area, as well as specifying the amendments to Law 13.853/2019 and demonstrating the nuances regarding its application, as well as the effect of the new LGPD on business activity. This way, the analysis of the changes in the text of the new general data protection law was also observed, presenting its number of articles, their distribution in chapters and their respective sections, as well as the changes that occur from Law No. 13,853 of July 8, 2019, which amended Law No. 13,709, of August 14, 2018. Thus, through research in books, electronic journals, scientific articles, doctrinal works, laws and jurisprudence on the subject in parallel with the case study bringing foundation to the subject. This time bringing points such as the explanation of what this Law is, how it came about, its application in companies, as well as its challenges for the business environment, how the company creates this data protection and mapping of these and with it the management of consent. From this perspective, it is notable that the new law brought impacts on private companies as well as government companies and their subsidiaries. Therefore, it is essential that ethics prevail in the treatment and the prohibition of data is still an excellent practice and an indispensable way for better final results.

**KEY-WORDS:** 1. LGPD 2. *Business Law* 3. Data Protection

## 1. INTRODUÇÃO

Diante das inúmeras mudanças trazidas pelas inovações tecnológicas, cada vez mais rápidas e frequentes no campo da informação, nota-se uma relação de causa e efeito que afeta diretamente a relação entre as pessoas e como lidam com sua vida pessoal. Desta perspectiva, é fundamental compreender o panorama geral da sociedade atual, onde a forma mais comum de se conectar é virtual, diferente de uma realidade onde o presencial era majoritário. Neste contexto, a troca constante de informações e dados pelo meio virtual torna-se uma pauta importante, principalmente por gerar um enorme sistema econômico virtual.

Ao passo dessa situação, pode-se tomar como exemplo as ferramentas chamadas *cookies*, que são geradas ao acessar um site. Estas ferramentas se mantêm armazenadas no dispositivo de mídia do usuário, dando início a uma série de monitoramentos, como rastreamento de navegação e pesquisas. É notório como esses usuários estão sendo constantemente monitorados, com dados coletados e armazenados para, por exemplo, receber anúncios de acordo com suas ações no dispositivo utilizado. Perante esta conjectura, ainda sem regulamentação, o direito do titular aos seus dados é violado ao serem



utilizados para fins econômicos pela empresa sem que o próprio tenha total consciência disto, havendo uma violação da sua vida íntima.

Esta é uma das razões para se considerar a proteção dos dados pessoais, que é inerente à proteção da privacidade de cada utilizador. A partir daí, pode-se imaginar uma legislação que trate do tema, desde o consentimento até a eventual responsabilidade por danos.

Entende-se que todas essas atividades que o usuário realiza *online* serão consideradas e analisadas, por meio de dados que serão armazenados e processados, inclusive transferidos para outros países, seja para fins comerciais ou políticos, por isso, urge salientar que devido aos enormes desenvolvimentos tecnológicos e informacionais que têm ocorrido no planeta, há a necessidade de uma legislação própria sobre a proteção de dados pessoais.

A globalização e suas peculiaridades trouxeram significativo valor à informação, tornando-a um ativo valioso no mercado, seja para projetos públicos ou privados. Portanto, ao se tratar da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, que ainda não está totalmente em vigor, é importante destacar que esta pesquisa não pretende ser exaustiva dos temas abordados.

## 2. DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)

Considera-se dado pessoal aquele que se encontra atrelado à projeção, à extensão ou à dimensão de uma determinada pessoa, tanto na sua esfera individual, quanto em sua esfera relacional. Nos termos do artigo 5º da LGPD, dado pessoal é qualquer

*Informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, considerada como dado pessoal sensível - e sujeito a tratamento diferenciado - em relação à origem racial ou étnica, crenças religiosas, opiniões políticas, filiação a sindicatos ou organizações religiosas, filosóficas ou políticas Dados Pessoais Naturais, dados relativos à saúde ou vida sexual, dados genéticos ou biométricos, quando associados a uma pessoa singular. (BRASIL, 2019)*

Para melhor compreensão acerca da atual base normativa para proteção dos dados pessoais, cumpre, primeiramente, apresentar uma breve evolução histórica do tratamento legal da privacidade e dos dados pessoais. Embora a Constituição do Império, de 1824, já reconhecesse o direito à privacidade ao proteger o “segredo da carta” e a “inviolabilidade da casa”, tal direito vinha apoiado sobre um lastro proprietário, haja vista ter como finalidade proteger os meios, e não o conteúdo privado em si.

Os debates doutrinários a respeito do direito à privacidade tiveram início em 1890, quando Samuel Warren e Louis Brandeis publicaram o emblemático artigo nomeado “*The right to privacy*”, na *Harvard Law Review*. No texto, os autores discorrem sobre a necessidade de se ampliar a concepção do referido direito, dada a crescente divulgação, à época, de notícias sensacionalistas e de fofocas – o que decorria, diretamente, dos avanços tecnológicos que vinham facilitar a captação e divulgação desses tipos de conteúdo, em especial a invenção das máquinas fotográficas portáteis. Segundo Warren e Brandeis, seria preciso que a lei assegurasse às pessoas o direito de serem deixadas em paz (“*the right to*



*be left alone*”), sendo que a sua infração viria a configurar uma violação ao direito da personalidade. (HAVARD, 2007)

Em 1948, foi publicada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações – estabelecendo, em seu artigo 12, que

*Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.*

Na década de 1970, surgem várias leis e decisões judiciais – expedidas em diversos países –, bem como são aprovados diversos acordos internacionais que, em diferentes graus, compartilham o entendimento de que a privacidade constitui uma projeção da personalidade, merecendo, portanto, tutela jurídica. (MACIEL, 2019, p. 8).

Em razão da evolução acerca da tutela jurídica eficiente da privacidade e dos dados pessoais, em 23 de novembro de 1995, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia publicaram a Diretiva 95/46/CE, relativa à proteção das pessoas singulares (pessoas físicas) no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. (COTS, 2019)

Assim, a fim de assegurar um maior nível de segurança jurídica para a circulação de dados pessoais na União Europeia, optou-se por criar o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR), que, revogando a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), estabeleceu regras de proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

O novo Regulamento (GDPR) foi publicado em 27 de abril de 2016, mas somente passou a ser aplicável a partir de 25 de maio de 2018. Paralelamente, no Brasil, a partir da década de 90, também começaram a surgir diplomas legais que alçaram a proteção da privacidade e dos dados pessoais a um novo patamar.

Os principais pontos do novo regulamento da GDPR podem ser consideradas:

1. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que disciplina a criação de bancos de dados de consumidores e que prevê o direito de o consumidor ter livre acesso aos dados arquivados sobre a sua pessoa;
2. A Lei do Habeas Data (Lei 9.507/1997), que é, em sua essência, a ferramenta jurídica para assegurar o conhecimento e a retificação de dados.
3. O Código Civil (Lei 10.406/2002), que detalhou os direitos inerentes à personalidade, dentre os quais se encontram a privacidade e a intimidade; e que previu expressamente a adoção de medidas necessárias, pelo juiz, mediante pedido do interessado, para cessar eventual violação à sua vida privada;
4. A Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.821/2007, que dispõe sobre o prontuário eletrônico e a proteção de dados médicos;
5. A Lei do Cadastro Positivo (Lei n.º 12.414/2011), que disciplina a formação e a consulta a bancos de dados com informações de adimplemento de pessoas, naturais e jurídicas – visando à formação de histórico de crédito –,



bem como reconhece os direitos dos titulares dos dados, atrelando o tratamento à finalidade pretendida;

6. A Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/2011), que disciplina o tratamento dos dados pessoais no âmbito de sua aplicação; e
7. O Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/2014 e o Decreto n.º 8.771/2016), que abordam consideravelmente o tratamento de dados pessoais em trânsito pelo ambiente da internet. (BRASIL, 2016 p.1-2)

Finalmente, em 14 de agosto de 2018, diante da pressão decorrente da entrada em vigor do GDPR e após o escândalo do caso *Cambridge Analytica*<sup>3</sup>, foi promulgada no Brasil a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei Federal n.º 13.709/2018 (LGPD), que trata sobre a proteção de dados pessoais e é claramente inspirada no GDPR, embora apresente pontos de divergência (MACIEL, 2019, p. 17).

No atual contexto informacional, a LGPD busca harmonizar e atualizar conceitos de modo a mitigar riscos e a estabelecer regras claras sobre a proteção dos dados pessoais. (MALDONADO; BLUM, apud. 2019, p. 23). A LGPD se aplica a todo o processamento de dados pessoais de entidades privadas, indivíduos e governo, se (1) os dados forem coletados ou processados no Brasil ou (2) o processamento é para fins de oferecer ou fornecer bens ou serviços no Brasil. A LGPD não se aplica aos dados processados exclusivamente para uso pessoal de um indivíduo, para fins artísticos, trabalho jornalístico ou acadêmico ou para fins de segurança nacional. (MACIEL, 2019)

A LGPD se aplica às empresas presentes e operando no Brasil similarmente ao Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados - RGPD. A LGPD também visa explicitamente ter alcance extraterritorial: o Artigo 3 faz a LGPD aplicável às empresas de fora:

“independentemente do país em que a entidade sede ou o país onde os dados estão localizados” (BRASIL, 2018, *on-line*). Se o processamento de dados ocorrer no Brasil, se a finalidade do processamento for fornecer ou fornecer bens ou serviços no Brasil, ou se os dados processados tiverem sido coletados no Brasil. Resta saber como as autoridades brasileiras buscarão aplicar a LGPD às empresas fora do país. A nova lei afeta empresas de todos os setores que fazem negócios no ou com o Brasil. Empresas de tecnologia, saúde, seguros, companhias aéreas e hotéis estão entre as que provavelmente enfrentarão obrigações substanciais de conformidade. Empresas que não operam diretamente no Brasil também podem ser impactadas, por exemplo, no recebimento de dados de empresas que operam no Brasil. Empresas dentro e fora do Brasil precisarão considerar requerer que suas contrapartes contratuais cumpram a LGPD (DONEDA, 2011)

De acordo com o autor, a LGPD define dados pessoais amplamente como "Informações relacionadas a um indivíduo identificado ou identificável". O termo "identificável" amplia o escopo da LGPD além das informações que identificam explicitamente um indivíduo (MALDONADO; BLUM, 2019).

---

<sup>3</sup> O caso, que foi revelado em 2018, envolveu o uso de dados de 87 milhões de usuários, segundo a rede social informou à época. A Cambridge Analytica usou essas informações a serviço da campanha de Donald Trump na eleição presidencial dos Estados Unidos em 2016. O Facebook já havia sido processado devido ao caso em 2018.



Assim, pode-se afirmar que o Direito do Trabalho será um dos mais impactados pelo advento da LGPD, em virtude de a relação de emprego envolver constante fornecimento, utilização, transferência e armazenamento de dados pessoais, sendo que esta nova lei será aplicada a todas as empresas, independentemente de seu porte e/ou atividade exercida.

### 3. DOS IMPACTOS DA LGPD PARA AS ATIVIDADES EMPRESARIAIS

Ao passo que houve um grande progresso digital, a quebra das barreiras culturais, políticas e econômicas foi inevitável. Esta quebra foi o que ensejou novos pensamentos doutrinários, objetivando proteger interesses coletivos que possam ser ameaçados por esses avanços tecnológicos. Faz-se haver a necessidade de conectar ser humano, tecnologia e jurídico.

Tecnologia e globalização trouxeram inúmeros avanços, mas, na mesma medida, levantaram inúmeros problemas. Sabe-se que na atualidade é possível obter dados de forma rápida e dinâmica, principalmente porque a tecnologia se misturou de forma estratégica à vida humana, de forma quase simbiótica. Nesse sentido vão os estudos de Andrade (2008, p. 10):

*Contudo, o desafio quanto a essa questão ainda se revela instigante, uma vez que com o advento das novas tecnologias da informação, em especial a internet, o acesso e a divulgação de dados e informações ganharam uma dimensão pouco imaginável para os padrões tecnológicos de algumas décadas atrás. A interligação dos computadores através de uma rede mundial possibilitou grandes avanços no que se refere às comunicações e o surgimento de inúmeros serviços e recursos que antes estavam inseridos no dia-a-dia da humanidade.*

A doutrinadora Liliana Minardi Paesani ressalta que nunca, em nenhum período da história humana, foi possível tanta informação compilada em um único espaço, de acesso tão simples e ágil. Como exemplo pode-se citar o acesso à literatura de todo o mundo e o recebimento de notícias em tempo real que a internet proporciona.

*A informação está disponível. É possível acessar bibliotecas em todos os cantos do planeta. É possível receber a notícia no exato momento em que o fato acontece. É possível acompanhar as façanhas do ser humano, seus feitos prodigiosos ou suas catástrofes. Eis o milagre da informação em tempo real, como se diz. Em contrapartida, a vida privada da pessoa humana está cada vez mais desnudada por curiosos de toda natureza. Há interesses políticos, econômicos, sociais que tentam justificar tamanha invasão (PAESANI, 2003, p. 13).*

Em razão destes acontecimentos nascem costumes que exercem forte influência na forma de pensar dos Doutrinadores. Esta forma de pensar leva em consideração o direito à informação, conforme previsto no art. XXX da Constituição Federal de 1988, o direito à livre expressão da atividade intelectual, artística, científica, e outros, que se encontram desatualizados ao se levar em consideração as modificações sociais dos últimos anos, com o progresso tecnológico como protagonista (BRASIL, 1988, *on-line*).



Estes direitos, da mesma forma, colidem com outros que também possuem previsão constitucional, tais como intimidade, vida privada, honra e imagem. Os avanços tecnológicos facilitam o rastreamento da vida privada, de modo que se conhece detalhes íntimos e hábitos humanos, através das redes sociais ou de compras efetuadas com cartão, sem contar que estas informações são retransmitidas facilmente. (MALDONADO, 2019)

É notório que o mundo atual se encontra globalizado quase em sua totalidade e isto se deve aos avanços tecnológicos. Mas, criou-se uma busca pela homogeneização dos costumes e das culturas de consumo, de modo que os mesmos produtos possam ser produzidos em escala global.

O art. 6º, caput, da LGPD, define que as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé. Trata-se da boa-fé de princípio, que disciplina amplamente relações jurídicas de direito público e privado. Tem por conteúdo essencial, a par das diversas funções que desempenha no sistema jurídico, a eficácia criadora de deveres anexos àqueles que decorrem da lei ou do conteúdo expresso da relação jurídica. (BRASIL, 2019)

É comum que a ela se associem os deveres de cooperação e lealdade, assim como o respeito às legítimas expectativas das partes. No caso do tratamento de dados pessoais, a boa-fé fundamenta a tutela das legítimas expectativas do titular dos dados frente ao controlador (artigo. 10, II, da LGPD), o que se delineia, sempre a partir das circunstâncias concretas em que se deu o consentimento, a finalidade de uso e tratamento dos dados que foi indicada na ocasião e o modo como foram compreendidas as informações prévias oferecidas. (MALDONADO, 2019)

A tutela da confiança do consumidor, neste caso, abrange tanto a crença das informações prestadas quanto a quem tem acesso a esses dados, por força do consentimento dado, para que não haja um comportamento de modo contraditório a elas e respeite a vinculação à finalidade de utilização informada originalmente (COTS, 2019).

Nesta esteira, no momento em que a difusão dos dados ocorre de forma tão rápida, seria inimaginável há apenas algumas décadas atrás este modelo, que foi possibilitado pela internet, que, como sabido, modificou por completo a forma com que os seres humanos se comunicam e o dinamismo com que passaram a pensar. Assim, nas palavras de Paesani (2003, p. 18)

*Sob o ponto de vista jurídico, ocorre o impasse do Direito ante o fato da globalização. Torna-se necessário estabelecer que o Direito é uma ciência de segundo grau e, como tal, depende do conhecimento da realidade a que se refere. Portanto, não basta conhecer a norma, é indispensável conhecer preliminarmente o fenômeno que se quer disciplinar por meio da lei, estudar as situações concretas em que será aplicada e prever os efeitos que surgirão da interação entre a situação de fato e o preceito normativo. (grifo do autor)*

É possível entender porque o Direito não possui meios de se integrar ao dinamismo da *internet*, tendo em conta o comportamento majoritariamente conservador que se percebe no legislador. Assim sendo, há a necessidade de uma mudança de pensamento por parte do legislador, de forma que ele consiga se adaptar às mudanças tecnológicas e, ao mesmo



tempo, preservar os direitos do ser humano, em especial sua privacidade, de modo a se alcançar a justiça por qualquer eventual dano ocorrido.

Dessa forma, fica claro que as reformas constitucionais no Brasil são necessárias para renovar e evitar qualquer injustiça e a rápida evolução social que acompanha as novas tecnologias, como demonstrado nas palavras de Canotilho (1998, p. 347):

*Os direitos fundamentais são estudados enquanto direitos jurídicos positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exato desta positivação jurídica é a constituição. A positivação dos direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de fundamental rights colocados no lugar do cumeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os “direitos dos homens são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até por vezes, mera retórica política”, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Grundrechtsnormen).*

Os direitos fundamentais são abordados no sentido de que são direitos constitucionais positivos, podendo ser agregados e considerados naturais e imutáveis. No entanto, o estudioso afirma que a positividade por si só não é suficiente, ela deve ser posta sob o pretexto de direitos fundamentais, pois sem tal positividade, os direitos fundamentais são apenas construções abstratas que não são protegidas pela lei. (AGUIAR, 2021).

O grande problema relacionado à regulamentação das tecnologias, mais especificamente à *internet*, é que esta não possui um local palpável em que possa ser explorada, e a legislação atual enquadra apenas entidades mais tradicionais. Assim sendo, se vê a importância da LGPD na mudança deste pensamento, trazendo maior dinamismo ao Direito e ao Poder Judiciário como um todo.

Por estes ensinamentos é possível tecer uma conexão entre os princípios constitucionais e os crimes cibernéticos que os afrontam. Tem-se que a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna é o basilar para a proteção das ações praticadas no meio virtual.

Além disso, pode-se citar a livre expressão de ideias, atividades intelectuais, artísticas, científicas e comunicativas aplicadas em ambiente virtual, o que leva a uma discussão sobre os constrangimentos na relação entre liberdades de expressões e bens protegidos pelo direito penal. De fato, a Constituição Federal também prevê a proteção da honra e da intimidade, os direitos mais violados em ambientes virtuais, bem como a violação de dados, sejam senhas ou e-mails.

A globalização trouxe mudanças drásticas na sociedade, de modo que a legislação claramente não está preparada para proteger direitos que podem ser violados por tais mudanças, que é o grande desafio do direito do século XXI, ou seja, se atualizar constantemente para proteger a vitalidade da sociedade em rede, promovendo uma responsabilização justa e adequada para os praticantes de crimes cibernéticos.

O artigo 5º da Lei Geral de Proteção de Dados apresenta requisitos para o tratamento de dados pessoais, que constituem verdadeiras premissas para que seja





efetuado de acordo com as disposições legais. São princípios da atividade de tratamento de dados, conforme leciona Grossi (2020):

- a. Finalidade: para fins legítimos, específicos, explícitos e informados do titular, não podendo ser efetuado qualquer tratamento posterior de forma incompatível com esses fins;
- b. Adequação: a compatibilidade do tratamento com a finalidade para a qual o titular dos dados foi informado, no âmbito do tratamento;
- c. Necessidade: limitar o tratamento ao mínimo necessário para atingir a sua finalidade, abranger os dados relevantes, ser proporcional à finalidade do tratamento dos dados e não excessivo;
- d. Transparência: informações claras, precisas e de fácil acesso sobre o desempenho do processamento e respectivos agentes de processamento, cumprimento do sigilo comercial e industrial;
- e. Não discriminação: não é possível o tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; e
- f. segurança: a utilização de medidas técnicas e administrativas capazes de proteger os dados pessoais de acesso não autorizado e destruição, perda, alteração, comunicação ou divulgação acidental ou ilícita;
- g. Prevenção: tomar medidas para prevenir danos causados pelo tratamento de dados pessoais;
- h. Prestação de contas e prestação de contas: o agente demonstre que foram tomadas medidas eficazes para demonstrar o cumprimento e cumprimento das regras de proteção de dados pessoais, incluindo a eficácia das medidas;
- i. Acesso gratuito: consulta facilitada e gratuita sobre a forma e duração do tratamento e a integridade dos seus dados pessoais;
- j. Qualidade dos dados: a exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados,
- k. conforme exigido e para fins de seu processamento. (GROSSI,2020 p.416-418)

Conforme os princípios acima mencionados, a LGPD autoriza manipular os dados: com a anuência do titular; no cumprimento das obrigações legais ou regulamentares do controlador; quando há necessidade de executar um contrato ou processo preliminar de contrato ao qual titular é parte, deve atender a solicitações de pessoas; o exercício normal dos direitos em processos judiciais, administrativos ou arbitrais; para proteger a vida ou a segurança pessoal do titular ou de terceiros; para proteger a saúde, procedimentos realizados por profissionais de saúde ou entidades de saúde; para satisfazer os responsáveis pelo tratamento ou Necessário para os interesses legítimos de terceiros, salvo se os direitos e liberdades fundamentais do titular exigirem a proteção dos seus dados pessoais; para proteção do crédito; pelas administrações públicas, para o tratamento e partilha de dados necessários para a implementação de políticas públicas, por instituições de pesquisa realizada para garantir o máximo de anonimato dos dados pessoais. (GROSSI,2020)

Nesse ponto, é importante destacar que, quando se fala em consentimento, a LGPD refere-se à manifestação livre, informada e inequívoca do consentimento do titular para o tratamento de seus dados pessoais, que deve ser por escrito de forma conspícua, Ou de outra forma de expressar os desejos do proprietário.



Deve referir-se à finalidade específica: a autorização geral para o tratamento de dados pessoais será inválida. Quando a finalidade do tratamento de dados pessoais for alterada e inconsistente com o consentimento original, o titular deve ser informado da finalidade da alteração, podendo o consentimento ser retirado caso não concorde com a alteração. Quando o tratamento for condição de fornecimento de produtos ou serviços ou exercício de direitos, o titular será informado desse fato e das formas como poderá exercer os seus direitos. (GROSSI, 2020)

Finalmente, o consentimento pode ser retirado a qualquer momento através de um procedimento livre e conveniente após a manifestação expressa do titular dos dados, aprovação do tratamento realizado em apoio ao consentimento anteriormente expresso, embora não seja necessário o cancelamento, mas é necessária uma renúncia de consentimento para os dados expressamente divulgada pelo titular dos dados.

A LGPD estabeleceu penalidades muito rígidas, incluindo: advertências; observação de divulgação de incidentes; exclusão de dados pessoais; bloqueio, suspensão e/ou proibição parcial ou total de atividades relacionadas ao tratamento de dados pessoais; pessoas jurídicas, grupos ou negócios regidos por direito privado O Grupo aplica multa de até 2% (2%) sobre o lucro (excluindo impostos) do exercício anterior, até um total de 50.000.000,00 reais (50 milhões de reais) por infração. (GROSSI,2020)

As referidas penalidades não substituem a aplicação de sanções administrativas, civis ou penais previstas em legislação específica. A inobservância ao princípio da segurança pode, em caso de dano ao titular, gerar responsabilidade civil e criminal solidária entre controlador e operador e o dever de reparar os danos, sem prejuízo das sanções administrativas, existindo, inclusive, a possibilidade de inversão do ônus da prova a favor do titular dos dados pessoais quando for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular dos dados pessoais for excessivamente onerosa para o mesmo. (COTS,2019)

Esses, em linhas gerais, são os contornos da LGPD, que se apresenta como uma normativa detalhada no tocante à proteção e privacidade de dados no Brasil, o que comprova a relevância da temática de tratamento de dados pessoais no cenário atual.

Compreensivelmente, os dados estão sendo negociados em qualquer lugar na Internet, seja uma pesquisa no Google, uma compra de assinatura da Netflix, uma inscrição de perfil em uma rede social ou até mesmo uma busca por um local em aplicativos e sites de localização. atividades realizadas *online* serão considerados e analisados dados, que serão armazenados e processados, inclusive transferidos para outros países, seja para fins comerciais ou políticos, conforme visto neste estudo. Por isso, urge salientar que devido aos enormes desenvolvimentos tecnológicos e informacionais que ocorrem no planeta, há a necessidade de uma legislação própria sobre a proteção de dados pessoais. A globalização e suas características trouxeram significativo valor à informação, tornando-a um ativo relevante para o mercado, tanto para a iniciativa pública quanto para a privada, de modo que “quem tem acesso aos dados têm acesso ao poder” ( Pinheiro, 2018, p. 50) .

Portanto, ao se tratar da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, que ainda não está totalmente em vigor, é importante destacar que esta pesquisa não pretende ser exaustiva dos temas abordados. No entanto, este estudo visa fornecer uma análise desse ambiente acadêmico e compartilhar a experiência de pesquisa durante sua criação.



#### 4. DOS PRINCIPAIS IMPACTOS DA LGPD NO VAREJO E A LEI DO CADASTRO POSITIVO

Privacidade não se trata apenas do segredo das informações dos usuários, trata-se dos limites que ele quer estabelecer e das formas que ele quer ou não compartilhar. Alguns dados, principalmente aqueles usados em sites da *web*, são compartilhados com uma determinada finalidade, como, por exemplo, compras no *e-commerce*.

Houve um tempo que para se abrir uma conta bancária era necessário preencher diversos formulários com dados pessoais, ou para fazer uma consulta médica, gavetas enormes de prontuários deveriam ser acessadas. Isso gerava grande trabalho, tanto para consultar, quanto para protegê-las. A digitalização resolveu tudo isso e, agora, bancos de dados são alimentados todos os dias com um enorme número de informações, inclusive pessoais (BASTOS, 2018).

De acordo com Frederico da Costa (2013, p. 3-4), apesar de todo o progresso social e econômico resultante da evolução tecnológica e da facilidade de acesso à informação proporcionada pela internet, não podemos ignorar que o que o progresso também causa problemas como, por exemplo, o acesso quase ilimitado a dados que, muitas vezes, dizem respeito à privacidade e até mesmo a intimidade dos cidadãos.

Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 203-204) esclarece:

*A cada pessoa corresponde um conjunto de informações. Algumas delas são públicas e a pessoa interessada não pode impedir o acesso de terceiros ou mesmo sua divulgação. Nesse caso se encontram os nomes dos pais e dos avós, data e local de nascimento e outras.. As demais são informações privadas, que se encontram em laudos médicos, prontuários escolares, faturas de cartão de crédito, contas de telefone, etc. Cada pessoa tem o direito de manter reservadas as informações não públicas que quiser. Este é o direito à privacidade.*

O consumidor pode compartilhar no meio digital os seus dados de forma voluntária por meio de preenchimento de cadastros para determinada finalidade. Porém, estes dados se mal utilizados podem gerar situações constrangedoras para o consumidor o deixando exposto (COELHO, 2010).

Surge assim, a Lei Geral de Proteção de Dados, que determina como as empresas deverão fazer o tratamento de dados, estabelece parâmetros de como estes dados devem ser coletados, armazenados, processados e destruídos. Ela regulamenta as atividades de tratamento dos dados pessoais, sejam elas feitas por meios digitais ou físicos. Segundo a lei

*Dado pessoal é toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. O cuidado que a empresa deve ter com os dados pessoais é a garantia de que eles não serão usados de forma indevida, por meio de violação de privacidade, fraudes com a nossa identidade, discriminação ilícita, exposição sobre informações íntimas de clientes, etc. (BRASIL, 2019)*

Assim como descreve o art. 2º sobre os fundamentos da proteção de dados pessoais da LGPD:



- I. *respeito à privacidade;*
- II. *Autodeterminação da informação;*
- III. *liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião;*
- IV. *inviolabilidade da intimidade, honra e imagem;*
- V. *desenvolvimento econômico e tecnológico e inovação;*
- VI. *Livre Empresa, Livre Concorrência e Defesa do Consumidor; e*
- VII. *Direitos humanos, livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e exercício da cidadania pelas pessoas físicas.*  
(BRASIL, 2019)

O titular dos dados deve ter a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”. Porém, estes dados se mal utilizados, podem gerar ações ilícitas e por isso, todos os que tratam dados pessoais precisam ter consciência de que infringir a LGPD pode gerar consequências como: ressarcimento de danos, sanções administrativas, processos penais cíveis (MENDES, 2020).

Além disso, se for constatada infração, poderá ser instituída uma advertência para estipular um prazo com medidas para corrigir tal feito, ou multa de até dois por cento do que fatura a empresa ou pessoa do direito privado, podendo responde o grupo situado no Brasil no seu último exercício, deixando de lado os tributos, tendo um limite máximo de R\$ cinquenta milhões de reais por infração, ainda nesse sentido multa diária, também no limite acima tratado, deve-se ainda publicar o ato que o fez infringir a regra depois de apurar e corrigi-la ainda bloquear e eliminar esses dados a quais foram comprometidos, suspensão em partes do funcionamento do banco de dado afetado no período máximo de seis meses sendo que, isto pode ser prorrogado até se regularizar a infração podendo também ser suspenso todas as atividades em que se tenha tratamento de dados tudo isso dispostos na Lei nº 13.853, de 2019. A LGPD visa trazer mais transparência para o uso de dados pessoais, o que, naturalmente, chama a atenção das pessoas para o uso de seus próprios dados, das demais pessoas e, no caso das empresas, para a criação de processos que atendam aos requisitos da Lei. Ter uma lei de proteção de dados pessoais também acaba colocando o país em uma posição mais favorável no cenário mundial. Desta forma, faz-se necessário falar sobre os impactos da LGPD no mercado Varejo e a Lei de Cadastro Positivo.

A LGPD tem um impacto importante sobre o marketing de varejo. As bases de dados construídas com o objetivo de manter a comunicação entre os varejistas e seus consumidores precisam ser revisitadas com o objetivo de avaliar se o tratamento dos dados está sendo realizado para as finalidades específicas que justifiquem o seu uso e de acordo com a base legal adequada.

Uma forma de legitimar o tratamento dos dados pessoais presentes em tais bases de dados é entrar em contato com os consumidores e solicitar o seu consentimento para o uso dos dados, sempre explicando para quais atividades eles serão utilizados, e acordo com a exposição de motivos, com a coleta e a disseminação de informações sobre adimplemento, as pessoas poderão se beneficiar do registro de pagamentos em dia de suas obrigações, de modo a permitir a construção de seu histórico de crédito. (GROSSI, 2020)



Dessa forma, o mercado de crédito e de varejo poderá diferenciar de forma mais eficiente os bons e os maus pagadores, com a consequente redução do risco de crédito por operação, que permitirá a redução dos custos vinculados à expansão do crédito de uma forma geral. Importante destacar também, que a criação do histórico de crédito é particularmente benéfica para os bons pagadores de baixa renda, que em geral são percebidos pelo mercado como de alto risco, e, por isso, pagam as mais altas taxas de juros do mercado.

Ainda segundo a exposição de motivos e redação original da Lei, ao disciplinar a formação do histórico de crédito, a lei estabeleceu regras claras sobre as garantias e os direitos dos cidadãos em relação às suas informações pessoais, de modo a permitir a adequada proteção da privacidade do cidadão e possibilitar o tratamento de dados pessoais sob um patamar de licitude e boa-fé. (BIONI,2019)

Os dados pessoais merecem uma tutela importante pelo ordenamento jurídico, pois eles representam a própria pessoa e o seu tratamento influencia diretamente a sua vida, modelando e vinculando a sua privacidade e as suas oportunidades, escolhas e possibilidades. A sua utilização, portanto, deve ter como fundamento à autodeterminação de cada pessoa em relação à utilização de suas próprias informações, permitindo que o cidadão possa escolher livremente a sua entrada no cadastro, bem como o seu cancelamento.

Em suma, buscou-se dotar o País de um arcabouço legal que incentivasse a troca lícita de informações pertinentes ao crédito e as transações comerciais, reduzindo o problema da assimetria de informações e proporcionando novos meios para redução das taxas de juros e para ampliação das relações comerciais, sem, contudo, renunciar à adequada proteção da privacidade das pessoas.

A despeito de a Lei do Cadastro Positivo prever a possibilidade de exclusão das informações inseridas no cadastro mediante requerimento do cadastrado, a lógica do sistema deixou de ser opt-in, ao retirar a necessidade do consentimento, e se tornou opt-out, promovendo a inserção automática com a possibilidade de posterior exclusão a pedido do cadastrado. Em razão da alteração promovida, entidades de defesa dos direitos dos consumidores criticaram o que chamaram de “invasão de privacidade” decorrente da inclusão automática. Além disso, iniciaram-se os questionamentos da medida, apontando um suposto conflito com a LGPD. (BIONI, 2019)

Surgiu-se assim o ponto de conflito: A LGPD, que protege a privacidade dos cidadãos foi violada pela Lei do Cadastro positivo e sua inclusão automatizada? Ocorre que, muitas pessoas acreditam, equivocadamente, que o tratamento de dados no Brasil, a partir da entrada em vigor da LGPD, somente poderá ser realizado mediante expresso consentimento do seu titular.

Tal premissa equivocada faz com que várias pessoas continuem relegando a discussão sobre dados pessoais para um plano secundário, na medida em que acreditam que, bastará que não permitam e assim o tratamento dos seus dados pessoais não ocorrerá. Contudo, é importante deixar claro que a Lei Geral de Proteção de Dados em seu artigo 7º prevê dez hipóteses de tratamento de dados, sendo que o consentimento do titular é apenas uma delas. (GROSSI, 2020)

Cumprir notar ainda que, muito embora à primeira vista a LGPD e a Lei do Cadastro Positivo possam aparentar algumas divergências, superada a questão da ausência da



necessidade do consentimento prévio do consumidor, autorizada pela LGPD, a Lei do cadastro Positivo contém disposições que garantem os direitos de informação e privacidade dos consumidores em relação aos seus dados pessoais, assim como garantem a liberdade de manutenção ou não destes dados no cadastro positivo.

Considerando as particularidades impostas por essa nova legislação, conclui-se que a implementação efetiva da LGPD dependerá de vários fatores, passando pela adoção de boas práticas, realização de treinamentos em todos os setores das empresas, bem como a revisão profunda de normas, contratos e manuais, de modo a minimizar ou até mesmo eliminar os riscos da não observância aos preceitos da Lei Geral de Proteção de Dados.

## 5. CONCLUSÃO

A disciplina do tratamento de dados pessoais se dá no contexto da sociedade informacional, tecnológica e digital, em meio à concretização da computação ubíqua, pervasiva e inteligente, que impõe ampla discussão sobre novas soluções jurídicas que venham com o intuito de regular a atuação dos *players* do mercado e de proteger a parte mais vulnerável da relação.

Assim sendo, é necessário que o Direito compreenda e absorva as dificuldades de se dar ao titular de dados pessoais a garantia de que suas escolhas sejam verdadeiramente fruto de uma manifestação de vontade livre e informada. Trata-se de uma questão substancial para que o debate acerca da legislação.

Urge a implementação de medidas regulatórias e fiscalizatórias que promovam, com eficácia, a autodeterminação informativa daquele que está no epicentro das questões de privacidade: o cidadão. Somente assim, mediante uma harmonização do arranjo jurídonormativo da privacidade com as ferramentas tecnológicas que lhe são subjacentes é que poderemos pensar numa real relação de paridade entre o titular dos dados e os operadores de tratamento, ou varejos, empresas e grandes comércios, alcançando o fim pretendido – qual seja, a sua capacidade e autonomia para o controle de seus dados pessoais.

Fica evidente que o caminho percorrido pela privacidade, desde a sua existência como direito inominado e presente nas entrelinhas das jurisprudências e doutrinas, até o advento de normativas como a GDPR e a LGPD, foi trilhado de forma lógico-racional, e a construção da ideia de proteção de dados pessoais não surge como obstáculo ao desenvolvimento tecnológico, mas sim como incentivo para que isto ocorra num escopo de criatividade voltada para o bem comum.

A proteção do titular como ponto central da regulamentação da proteção dos dados pessoais, contudo, não pode ser um obstáculo ao desenvolvimento econômico e aos avanços tecnológicos, o que impõe ao Jurista o grande desafio de criar soluções que, ao mesmo tempo, assegure ao titular dos dados a proteção de seus direitos e, também, permita o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação através da livre iniciativa e da livre concorrência.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Allan Diego Mendes Melo de. **O direito à intimidade e à vida privada em face das novas tecnologias da informação**. Piauí, 2008.



ARAÚJO, Marcelo Barreto de. **Comércio Eletrônico**; Marco Civil da Internet; Direito Digital. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2017.

BARBOSA, A. F. **ICT Households and Enterprises 2010**. Survey on the Use of Information and Communication Technologies in Brazil, São Paulo: Brazilian Internet Steering Committee, 2011. Available at: <http://www.cetic.br/tic/2010/index.htm> Acesso em: 10/10/2022.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 79.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, setembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. **Escuta Telefônica**. Brasília, DF, julho de 1996.

BRASIL. Lei complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. **Lei do Sigilo das Operações Bancárias**. Brasília, DF, janeiro de 2001.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF, 2002.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Lei de Acesso à Informação no Brasil**. Brasília, DF, novembro de 2011.

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. **Lei de Crimes Cibernéticos**. Brasília, DF, novembro de 2012.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Marco Civil da Internet**. Brasília, DF, abril de 2014.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Brasília, DF, agosto de 2018.

CARVALHO NETO, Frederico da Costa. **Novas Ferramentas e Privacidade**. 2013. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=07d34e2419c61216>. Acesso em: 08/05/2022.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição** Direito Constitucional Positivo. 11 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

COELHO, FÁBIO ULHOA Curso de Direito Civil, Parte Geral, Editora Saraiva, 4ª edição, São Paulo, 2010.

COTS, Márcio, e OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada**. 2ª ed. Rev. Atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

DUDH. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acessado em:



FEDERAL TRADE COMMISSION. **Our History.** Disponível em: <http://ftc.gov/aboutftc/our-history>.

GERHARDT, T. E.; SILVEIRA, D. T. **Métodos de pesquisa.** 1 ed. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GOVERNO BRASILEIRO, 2011. **Projeto de lei** - Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, Disponível, em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/PL/2011/msg326---24ago2011.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2011/msg326---24ago2011.htm) Acesso em: 15/03/2022.

GROSSI, Bernardo Menicucci. **Lei Geral de Proteção de Dados.** Uma análise preliminar de sua implantação no contexto empresarial. Editora Fi. Porto Alegre. 2020

HIRAYAMA, Mônica Sayuri. As Transformações Sociais Desencadeadas pela Internet e Redes Sociais nos Universos Analógicos e Digital. **Revista Anagrama: Revista Científica Interdisciplinar da Graduação**, 7. ano, 2. ed. São Paulo – SP, dez. 2013/fev. 2014. Disponível em: <http://revistas.usp.br/anagrama/article/view/78994>. Acesso em: 08/05/2022.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2009

KAMINSKI, O.; LEONARDI, M. **O direito à privacidade e proteção aos dados pessoais no Brasil.** 2010. Disponível em: [http://www.seminarioprivacidade.cgi.br/anteriores/i\\_seminario/programa.htm](http://www.seminarioprivacidade.cgi.br/anteriores/i_seminario/programa.htm) Acesso em: 09/05/2022.

LEMOS, Ronaldo et al. **GDPR: a nova legislação de proteção de dados pessoais da Europa.** 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/gdpr-dadospessoaiseuropa25052018>. Acesso em: 15/03/2022.

LEX. Europa. **Regulamento Geral de Proteção de Dados** Disponível em: <https://eurlex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>. Acessado em: 15/03/2022.

MACIEL, Rafael Fernandes. **Manual Prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18).** 1ª ed. Goiânia: RM Digital Education, 2019.

MALDONADO, Viviane Nóbrega e OPICE BLUM, Renato; coord. LGPD: **Lei Geral de Proteção de Dados comentada.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MONTEIRO, Renato Leite. **O Impacto da Regulação Geral de Proteção de Dados da UE em Empresas Brasileiras.** 2018. Disponível em: <https://baptistaluz.com.br/institucional/o-impacto-da-regulacao-geral-de-protecao-dedados-daue-em-empresa-brasileira/>. Acesso em: 15/03/2022.

OLIVEIRA, M. F. **Metodologia científica:** um manual para a realização de pesquisas em administração. Catalão: UFG, 2011.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet:** liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.





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

TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Considerações sobre a proteção do direito à imagem na internet. **RIL Brasília** a. 54 n. 213 jan./mar. 2017 p. 173-198. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril\\_v54\\_n213\\_p173.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p173.pdf). Acesso em: 25/09/2022

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, v. 50, n. 200 out./dez. 2013. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril\\_v50\\_n200\\_p61.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf). Acesso em: 25/09/2022

VALPÔRTO, Ângela. **Privacidade na internet: o uso de dados na publicidade**. 2017. Disponível em: <https://www.inlocomedia.com/blog/2017/10/06/privacidadenainternet-o-usode-dados-na-publicidade/>. Acesso em:

KROES, Kroes. World Economic Forum Agenda. Acesso disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/authors/neeliekroes>. Acessado em: 25/09/2022

WARREN, Samuel. BRANDEIS . Louis. The right to privacy. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf> Acessado em: 25/09/2022



## XVIII. O CONTEXTO DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS NA ATUALIDADE

Beatriz Furlan<sup>1</sup>  
Claudia Regina Vroniuk<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS E SEUS ASPECTOS GERAIS. 3 AS PRINCIPAIS MODALIDADES DE TRÁFICO DE PESSOAS. 3.1 Tráfico de pessoas a fins de exploração sexual. 3.2 Tráfico de pessoas a fins de retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo humano. 3.3 Tráfico de pessoas em decorrência de políticas migratórias. 4 TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS E SEUS PRINCIPAIS TRATADOS INTERNACIONAIS. 5 O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E ANÁLISE DA LEI 13.344/16. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** O objetivo deste artigo científico é o estudo sobre o tráfico internacional de pessoas, que fere direitos humanos essenciais. O trabalho é fundamentado em leis, artigos científicos e Tratados Internacionais que protegem e que nos faz refletir de como é pouco falado e comentado em nossa presente sociedade. Neste artigo tratar-se-á quais são os tipos mais comuns do tráfico internacional de pessoas, e como acontecem, com finalidade de alerta para o tema pouco abordado em pesquisa acadêmica, trazendo um sistemático debate sobre o tráfico internacional de pessoas. O tema possui lei específica, na qual se pontuará pontos mais afincos da proteção das vítimas, sejam elas crianças, mulheres, homens, LGBTQIA+, ou idosos. E ainda a importância da Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico Internacional de Pessoas. A metodologia utilizada para realização do presente trabalho foi a pesquisa teórico científica, em bibliografias, tais como, livros, legislações, artigos científicos e doutrinas, que versam sobre o tráfico internacional de pessoas, visando mostrar como acontece e seu enfrentamento através dos tratados internacionais e abordagens dos órgãos competentes.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. Direito Internacional. 2. Tráfico Humano. 3. Exploração.

**ABSTRACT:** The purpose of this scientific article is the study of international trafficking in persons, in which it is a very serious crime, which violates the most essential human rights, based on laws and articles that protect and that makes us analyze and reflect on how is little talked about and commented on in our present society. In this article, we will go into more depth about the most common types of international trafficking in persons, and how they occur, with the aim of alerting to the topic that is rarely addressed in academic research, bringing a systematic debate on international trafficking in persons. The theme has a specific law, in which we will point out more relevant points of protection of victims, whether they are children, women, men, LGBTQIA+, or the elderly. And also the importance of Prevention, Suppression and Punishment of International Trafficking in Persons. The methodology used to carry out the present work was the theoretical scientific research, in bibliographies, such as books,

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Faculdade Maringá.

<sup>2</sup> Advogada. Professora Universitária. Mestre em Direito. Doutoranda em Direito Empresarial e Cidadania pela Faculdade de Direito do Centro Universitário de Curitiba (Unicuritiba). E-mail: advclairevo@outlook.com.



legislation, scientific articles and doctrines, which deal with international trafficking in persons, aiming to show how it happens and its confrontation through international treaties and approaches of Organs competent bodies.

**KEY-WORDS:** 1. International Right. 2. Human Trafficking. 3. Exploration.

## 1. INTRODUÇÃO

Segundo o Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas e de acordo com a ONU News no ano de 2018, aproximadamente 50 mil vítimas foram denunciadas em cerca de 148 países. As mulheres e meninas permanecem sendo as principais vítimas. Na qual cerca de metade das traficadas eram mulheres, e ainda um equivalente de 20% eram meninas menores de 18 anos. E ainda, os outros 20% são homens adultos e 15% meninos menores de 18 anos. (ONU News, 2021).

Dentro desse contexto, a pesquisa trabalha o Tráfico Internacional de Pessoas como violação do princípio basilar da dignidade humana, e com os princípios dos Direitos Humanos, do Direito Penal e do Direito Internacional. Inicialmente, pretende-se abordar os aspectos gerais do crime de Tráfico Internacional de Pessoas, de forma a externalizar um crime grave e pouco discutido, vislumbrando a forma como ocorre, os princípios e quais direitos são violados com sua prática. Em continuidade, ver-se-á as modalidades do Tráfico de Pessoas, dentre eles, o tráfico de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, o tráfico para fins de exploração sexual, o tráfico para trabalho escravo e o oriundo de políticas migratórias.

Na seara internacional verificar-se-á que a Organização das Nações Unidas (ONU) e outras organizações internacionais em conjunto com os Estados externam preocupação com essa temática, e buscam através dos Tratados Internacionais encontrar formas para prevenir, reprimir e punir, além de conscientizar a população mundial acerca do Tráfico Internacional de Pessoas. E por fim, será realizada a análise da Lei nº 13.344/16, que trata da punição do Tráfico de Pessoas cometido em território nacional contra vítima brasileira ou estrangeira e no exterior contra vítima brasileira, de forma a prevenir e reprimir o tráfico de pessoas.

## 2. O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS E SEUS ASPECTOS GERAIS

O desenvolvimento global derrubou barreiras físicas antes intransponíveis, na atualidade as pessoas se locomovem com maior facilidade e o progresso por via indireta motivou o mercado de tráfico humano. Nota-se que pouco se fala sobre esse assunto, a maioria das pessoas desconhecem essa realidade, mas o tráfico internacional de pessoas está presente em todos os países, se tornando um fenômeno global. O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, promulgado pelo Brasil através do Decreto nº 5.017/2004, em seu artigo 3º, "a", traz o significado da expressão tráfico de pessoas:

*A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à*



*entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos. (BRASIL. DECRETO Nº 5.017, 2004)*

Dessa forma, o tráfico de pessoas poderá ser empregado mediante ameaça, coação ou a obrigação da vítima a fazer o que os traficantes desejam, mesmo sem o consentimento do ofendido, na qual estes poderão sofrer restrições quanto a liberdade, e ser ainda deslocado para lugares na qual não possui anuência, o tráfico ainda pode ter diversas formas, conforme mencionado no artigo como a exploração sexual, o trabalho escravo ou forçado na qual trataremos especificadamente cada uma.

Conforme Priscila Siqueira e Maria Monteiro (2014, p. 24) vender gente dá muito lucro, pois “[...] a pessoa traficada é uma cifra, um dado comercial. Ontologicamente, a pessoa traficada vira “coisa”, “peça”, torna-se mercadoria de consumo e venda”. Além da capitalização do ser humano, o tráfico internacional de pessoas atualmente, ainda é de difícil comprovação, pois grande parte das vítimas temem que os traficantes possam fazer mal a suas famílias, prática comum de amedrontar as vítimas são as ameaças, e com o medo do pior as vítimas acabam aguentando e não denunciando.

As instabilidades políticas, econômicas e sociais pelas quais muitos países da atualidade se deparam, incentivam as pessoas a se arrisarem na busca de melhor qualidade de vida, como descrevem as autoras Priscila Siqueira e Maria Monteiro:

*As condições socioeconômicas de milhões de pessoas no mundo se constituem em um dos fatores causadores desse crime. A fome, a falta de condições de saúde e educação, a falta de possibilidades de uma vida melhor, fazem com que pessoas sejam ludibriadas com as chances de um melhor emprego, de um casamento feliz, de perspectivas melhores para elas e sua família. (SIQUEIRA; MONTEIRO, 2015. p. 29).*

A ausência de condições mínimas de dignidade leva milhares de pessoas no mundo a se arrisarem em outros países, muitas vezes cansadas de passar fome e sede, sem terem acesso à saúde, educação e até mesmo moradia, o que as leva a procurar condições melhores, seja para a própria pessoa ou para sua família, tornando-se vítimas em potencial de pessoas inescrupulosas que se aproveitam da vulnerabilidade humana.

A complexidade do tráfico humano, como explica Thais Rodrigues (2013, p.20), implica formas diferentes de agir “...não há um modelo padrão de aliciamento, nem um tipo específico de modus operandi. Além disso, existem graus diferentes de exploração, que oferecem desde uma relativa liberdade à vítima até sua completa escravização”. Como há formas diferentes de exploração, fica difícil estabelecer um padrão, podendo, em algumas situações, existir uma certa “liberdade” no viver.

Desde março de 1999, a Organização das Nações Unidas (ONU) mantém um programa de combate ao tráfico de pessoas, denominado UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime) em cooperação com o Instituto das Nações Unidas de Pesquisa sobre Justiça e Crime Inter-regional (UNICRI), que tem escritório no Brasil. O programa atua em três áreas: prevenção, proteção e criminalização. Na área de prevenção, o UNODC trabalha com governos para realizar campanhas de rádio e televisão, distribui cartilhas



informativas e busca parcerias para conscientizar a população sobre o risco de promessas vindas do exterior resultarem em riscos de tráfico de pessoas. (UNODC, Tráfico de Pessoas e Contrabando de Migrantes).

Além da prevenção, é necessário que haja a proteção das vítimas, na qual a UNODC coopera com os países para promover treinamento para policiais, promotores, procuradores e juízes, e neste caso a polícia e o Poder Judiciário devem utilizar-se das normas e procedimentos para garantir a segurança física e a privacidade das vítimas do tráfico.

E finalmente, no tangente à criminalização a UNODC busca fortalecer os sistemas de justiça dos países para que o maior número de criminosos seja julgado. Para isso, é preciso que o tráfico de pessoas seja previsto como crime nas legislações nacionais, que haja a devida aplicação da lei e que as autoridades sejam capazes de inibir a ação dos agentes do tráfico. (UNODC, 2020).

Considerando uma perspectiva dos últimos 15 anos, o número de vítimas aumentou e a situação mudou, passando a triplicar o número de vítimas menores de 18 anos, sendo os meninos usados mais comumente no trabalho escravo, e as meninas para exploração sexual. A porcentagem de homens traficados aumentou, passando de 10% para 20%, de crianças de 10% para mais de 30% e em relação as mulheres tiveram porcentagem menor, passando de 70% para menos de 50%. No geral, 50% das vítimas foram traficadas para fins de exploração sexual, 38% para fins de trabalho forçado ou escravo e 6% para atividades criminosas subordinadas. (ONU News, 2021).

As novas tecnologias têm um papel negativo na exploração de pessoas, já que através da internet é possível que os traficantes transmitam ao vivo a exploração de suas vítimas, o que permite a transmissão simultânea do abuso de uma vítima para vários consumidores em todo o mundo. (UNODC, Global Report on Trafficking in Persons 2020 (United Nations publication, Sales No. E.20.IV.3).

### **3. AS PRINCIPAIS MODALIDADES DE TRÁFICO DE PESSOAS**

O tráfico internacional de pessoas é amplo, pode incluir crianças, adolescentes, mulheres, homens, homossexuais, travestis e transexuais. A finalidade pode ser a exploração sexual, tráfico de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, ou até mesmo para trabalho forçado, dentre outras finalidades. Verifica-se dessa forma, que possui diversas modalidades, tipos e elementos de tráfico de pessoas.

Há uma amplitude e complexidade em relação as modalidades do tráfico de pessoas, examinando o entendimento atual do conceito e aplicação de cada uma das formas e categorias do tráfico internacional de pessoas, sob a ótica internacional e sua relação com as leis e aplicações brasileiras.

#### **3.1. Tráfico de pessoas a fins de exploração sexual**

O tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual pode ocorrer de diversas formas, visto que se trata de um tipo específico de exploração, repleto de particularidades, como por exemplo, quando mulheres são iludidas com propostas de trabalho no exterior, sendo que no Brasil existe um tipo penal para essa modalidade de exploração:



*Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alugar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:*

*V - Exploração sexual. (BRASIL. DECRETO Nº 2.848, 1940)*

Ou seja, é considerado crime com a finalidade de exploração sexual todo aquele que agênciar a vítima, como é o caso de modelos ou dançarinas que vão para o exterior com finalidade de trabalho, transporte, como é o caso de levar as vítimas de forma obrigacional para os lugares onde serão exploradas, no caso de compra de vítimas, no qual os próprios criminosos vendem a pessoa traficada e por fim aloja a vítima sob violência ou ameaça ao trabalho forçado da utilização do corpo alheio, que neste caso tem pena prevista pelo próprio Código Penal de 4 a 8 anos e multa. (BRASIL. DECRETO Nº 2.848, 1940).

Dentre os artifícios utilizados para as explorações sexuais, a violência é a mais comum, e em alguns casos é utilizado o emprego de entorpecentes para que a vítima não reaja, e seja obrigada a essa situação, dessa forma, retrata Guilherme Nucci, no tocante aos crimes violentos, que:

*Crimes violentos contra prostitutas e outras pessoas, para fins de real exploração sexual, envolvendo fraude, engano, vício de consentimento, devem ser severamente investigados e punidos, até mesmo considerados hediondos. Isto abrange, naturalmente, o tráfico de pessoas promovido pelo crime organizado. (NUCCI, 2015, p. 223).*

O crime organizado e os responsáveis por todo esse desgaste das vítimas, deveriam ser punidos de forma a não colocar, no futuro, mais pessoas nessas mesmas condições de exploração. Dessa forma, o tráfico internacional para fins de exploração sexual tem como principais vítimas não só mulheres, mas também crianças e adolescentes. O mesmo deveria ser penalizado por se tratar de um crime onde fere principalmente a autoestima, a dignidade, o psicológico e o valor social da pessoa. Podendo ainda, a pessoa que sofreu a exploração sexual, caso consiga voltar para casa ser julgada pela sociedade, ao invés de ser acolhida.

Os ardis utilizados pelos traficantes, incluem a esperança de trabalho digno, e promessas de trabalho como modelos de grandes marcas do vestuário, ou em empresas, sendo que, ao chegarem ao destino, são escravizadas para o abuso sexual, como objetos, e muitas vezes são descartadas como lixo. Embora seja um crime, o tráfico de pessoas é um “negócio” lucrativo para o crime organizado.

Vale ressaltar que existem duas maneiras diferentes de se diferenciar a exploração sexual, da prostituição, pois ambas não se confundem, visto que há pontos específicos em cada uma delas, em que difere a aceitação e a obrigação, conforme Rodrigues trata:

*A prostituição é o modo habitual de vida daquele que se entrega à prática sexual mediante retribuição financeira. Quando a prostituição é voluntária, sendo o consentimento válido, entendemos que fica excluída a exploração. Aqui novamente se afirmar que não cabe ao Estado intervir na esfera privada da pessoa plenamente capaz. Contudo, tratando-se de menor, pessoa vulnerável, ou presentes a fraude, coação ou violência, fica evidenciada a exploração. (RODRIGUES, 2013, p.75)*

Ou seja, fica evidenciado que a prostituição é quando a pessoa tem a anuência do que está fazendo, já a exploração sexual é quando a pessoa é obrigada e coagida ao sexo,



não tendo consentimento. Neste caso a prostituição não se tratará de crime, visto que a própria pessoa tem a consciência e vontade, entretanto, já a exploração se trata de crime, na qual o criminoso com finalidade de lucro, se beneficia de corpo de terceiros, de forma impositiva e violenta.

### 3.2. Tráfico de pessoas para fins de retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo humano

O tráfico de pessoas para fins de retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo humano se dá de diversas formas, e para diversas finalidades, visto que o mesmo acontece quando pessoas de vários lugares do mundo, procuram se beneficiar com tecidos, órgãos, sendo estes, na maior parte das vezes, de pessoas com capital para a compra e transplante, este mesmo se qualifica como crime, conforme o Código Penal brasileiro:

*Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: [...]*

*I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo. (BRASIL. DECRETO Nº 2.848, 1940).*

Entretanto, para que haja o tráfico de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, precisa haver também a pessoa que necessita desse órgão, além disso um médico habilitado a fazer o transplante do item que a pessoa necessita. Ou seja, devem ser responsabilizados além de quem traficou a pessoa, o médico e o indivíduo que paga para ter esse órgão. Vale ressaltar ainda, que conforme Priscila Siqueira e Maria Quinteiro (2014. p. 47), o tráfico de tecidos e órgãos é “uma política ou prática segundo a qual um órgão é tratado como mercadoria, nomeadamente sendo comprado, vendido ou utilizado para obtenção de ganhos materiais”.

Os órgãos humanos se tornam um produto lucrativo para as máfias internacionais. Existe o chamado turismo do transplante, neste caso, quem tem dinheiro acaba se beneficiando de pessoas humildes, pois os países “doadores” são normalmente países pobres e vulneráveis. Priscila Siqueira e Maria Quinteiro, explicam que:

*O turismo dos transplantes se dá exatamente ao contrário. Normalmente, é o turista do país rico que vem em busca de “doadores” de órgãos e tecido nos países pobres. Os turistas do Primeiro Mundo são menos ameaçados por esse crime perverso. São os jovens pobres que habitam as regiões periféricas do planeta os mais vulneráveis a ele. (SIQUEIRA, MONTEIRO, 2014. p. 47).*

Brayan Azevedo comenta a legalização da compra de órgãos por alguns países:

*A demanda da busca por órgãos é tamanha que alguns países oferecem estímulo ao turismo de transplantes, a exemplo do Irã, que é o único país do mundo que legalizou o comércio de órgãos instituindo um modelo de mercado, e que conta com 137 agências e 23 clínicas ilegais, apenas para os transplantes de rins segundo a OMS. Ante a preocupação com o aumento dessa procura, a OMS, por meio de resolução da assembleia mundial da saúde em 2004, solicitou aos países-membros para “tomarem*



*medidas no sentido de proteger os grupos mais pobres e vulneráveis contra o turismo de transplante e a venda de tecidos e órgãos, prestando atenção ao problema mais vasto do tráfico internacional de tecidos e órgãos humanos.” (AZEVEDO, 2021. p. 01).*

Dessa forma, nota-se que é muito importante que haja um estímulo para que os próprios países possam ampliar a quantidade de doadores legais, com propósito de diminuir e deter o tráfico de órgãos e tecidos ilegais.

### 3.3. Tráfico de pessoas em decorrência de políticas migratórias

As políticas migratórias ocorrem para regularizar a situação do migrante pelo mundo, com finalidade de proteção do individual, ocorre que muitos migrantes ao saírem de seus países de origem, acabam sendo traficados. “O contrabando de migrantes afeta quase todos os países do mundo. Ele mina a integridade dos países e comunidades e custa milhares de vidas a cada ano.” (UNODC, escritório de ligação e parceria no Brasil). O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), como responsável da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (UNTOC) e seus Protocolos, assiste os Estados na implementação do Protocolo contra o Contrabando de Migrantes por via Terrestre, Marítima e Aérea (Protocolo dos Migrantes).

A situação de vulnerabilidade do migrante, que deixa seu país de origem muitas vezes só com a roupa do próprio corpo, o expõe como vítima fácil para exploração sexual, do trabalho escravo ou até mesmo a servidão.

Muito se fala sobre a confusão e diferença entre contrabando de migrantes e tráfico de pessoas, pois ambos têm como meta um benefício financeiro, ou seja, o lucro sobre venda das vítimas. A diferença está no consentimento do migrante, forma de exploração e se é ou não de caráter transnacional, visto que somente assim é possível a distinção entre os dois tipos de crime, como afirma a UNODC:

*Consentimento: O contrabando de migrantes, mesmo em condições perigosas e degradantes, envolve o conhecimento e o consentimento da pessoa contrabandeada sobre o ato criminoso. No tráfico de pessoas, o consentimento da vítima de tráfico é irrelevante para que a ação seja caracterizada como tráfico ou exploração de seres humanos, uma vez que ele é, geralmente, obtido sob malogro.*

*Exploração: O contrabando termina com a chegada do migrante em seu destino, enquanto o tráfico de pessoas envolve, após a chegada, a exploração da vítima pelos traficantes, para obtenção de algum benefício ou lucro, por meio da exploração. De um ponto de vista prático, as vítimas do tráfico humano tendem a ser afetadas mais severamente e necessitam de uma proteção maior. Caráter Transnacional: Contrabando de migrantes é sempre transnacional, enquanto o tráfico de pessoas pode ocorrer tanto internacionalmente quanto dentro do próprio país”. (UNODC, 2020).*

Ou seja, o consentimento é quando a pessoa acata aquilo que está sendo proposto, entretanto, no caso do tráfico de pessoas o consentimento é desnecessário, e para que haja a configuração da exploração no tráfico de pessoas é necessário que após a chegada da vítima





ocorra a sua exploração com fins lucrativos. Vale ressaltar que o tráfico pode ocorrer tanto dentro, quanto fora do país.

A Lei de Migração brasileira nº 13.445/17 traz o tipo penal da promoção de migração ilegal: “Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”. Incurrendo na mesma pena quem promove a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro. (BRASIL. Lei nº 13.445, 2017).

Ou seja, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de um brasileiro em país estrangeiro, sem o consentimento para fins de exploração é considerado tráfico de pessoas em decorrência de políticas migratórias. Hodiernamente, verifica-se essas situações nos conflitos no Oriente Médio e com refugiados da guerra da Ucrânia.

#### 4. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS E SEUS PRINCIPAIS TRATADOS INTERNACIONAIS

O Tráfico Internacional de pessoas e os principais Tratados Internacionais são estabelecidos de acordo com a definição da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, segundo o qual:

*Art. 3º. o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos. (BRASIL. Decreto Lei Nº 5.017, 2004).*

Em 29 de Maio de 2003, o Brasil assinou um tratado importantíssimo para a proteção e reconhecimento do Tráfico Internacional de Pessoas, que é o Protocolo de Palermo, que traz a punição do Tráfico de Pessoas e do Crime Organizado Transnacional, em especial quando as vítimas são mulheres e crianças, sendo posteriormente promulgada, a Lei Ordinária Federal, pelo Decreto Nº 5.017, de 12 de março de 2004. (BRASIL. Decreto Lei Nº 5.017, 2004).

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, na qual foi promulgada Lei, através do Decreto de Lei Nº 5.016 de 12 de março de 2004, em que sua finalidade é a proteção dos migrantes. (BRASIL. Decreto Lei Nº 5.016, 2004).

Outro protocolo importante, é a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que em 12 de março de 2004, foi promulgada o Decreto de Lei Nº 5.015, de 12 de março de 2004, que trata os tipos de grupos criminosos, máfias, os tipos de confisco etc. (BRASIL. Decreto Lei Nº 5.015, 2004).



E por fim, o Decreto Nº 5.948 de 26 de outubro de 2006, foi aprovado a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, tendo como principal objetivo desenvolver princípios, diretrizes e ações para prevenir e reprimir o tráfico de pessoas e atender as vítimas de acordo com as normas e instrumentos nacionais e internacionais de direitos humanos. (BRASIL. Decreto Lei Nº 5.948, 2006). De forma geral, vemos que os Tratados, Portarias, e Leis são essenciais para que haja a punição e repressão desse crime tão frequente no mundo.

## 5. O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E ANÁLISE DA LEI 13.344/16.

A Lei 13.344/16 cuida da punição sobre o tráfico de pessoas cometido em território nacional contra vítima brasileira ou estrangeira e no exterior contra vítima brasileira, de forma que o previna e reprima. Segundo o Artigo 2º da Lei 13.344/16, para que haja enfrentamento é necessário que haja tais princípios como por exemplo o respeito à dignidade da pessoa humana assim como a garantia dos direitos humanos, não sendo permitido a discriminação por qualquer motivo seja de gênero, orientação sexual, etnia etc. Além disso, cuida do apoio que deve ser dado as vítimas do tráfico. (BRASIL. Lei Nº 13.344, 2016).

Artigo 3º da Lei 13.344/16 aborda o enfrentamento, na qual através de movimentos entre o governo e os entes responsáveis que ocorrera o fortalecimento do tráfico na federação, na qual deve haver vínculos com governos e ONGs nacionais e internacionais, para que assim possa incentivar a participação social no controle do tráfico e a cooperação de instituições nas políticas do tráfico de pessoas. Vale ressaltar que as diretrizes buscam construir uma rede de combate ao tráfico de pessoas, envolvendo todas as áreas do governo e em conjunto com a sociedade, para que assim fortaleça e incentive a cooperação internacional, assim como a atuação em áreas com altos índices de criminalidade, como aeroportos, rodovias, fronteiras e portos. (BRASIL. Lei Nº 13.344, 2016).

Dessa forma, verifica-se para que haja enfrentamento do tráfico, necessita de respeito as diferenças, aos direitos individuais e a dignidade humana, assim como incentivos de modo geral para repressão, para que se possa disseminar o tráfico de pessoas, não apenas em nível nacional, mas em intermédio internacional, dando exemplo e sendo exemplo de país para os outros países.

Em relação a prevenção o Artigo 4º da Lei 13.344/16, diz:

*Art. 4º A prevenção ao tráfico de pessoas dar-se-á por meio:*

- I. da implementação de medidas Inter setoriais e integradas nas áreas de saúde, educação, trabalho, segurança pública, justiça, turismo, assistência social, desenvolvimento rural, esportes, comunicação, cultura e direitos humanos; II - de campanhas socioeducativas e de conscientização, considerando as diferentes realidades e linguagens;*
- II. de incentivo à mobilização e à participação da sociedade civil; e*
- III. de incentivo a projetos de prevenção ao tráfico de pessoas”.*  
(BRASIL. Lei Nº 13.344, 2016).

Para que haja a prevenção então, faz-se necessário incentivo para conscientizar e mobilizar a população mostrando a verdadeira realidade, para que seja evitado o pior, e implementando as medidas supramencionadas vê-se que é a melhor maneira para o alcance e



compreensão das pessoas que nem ao menos sabem da realidade do tráfico de pessoas. Vale ressaltar que a forma mais eficiente de conscientização é a prevenção, seja através de campanhas, de incentivo e mobilização a falar mais sobre esse assunto de pouca abordagem. (BRASIL. Lei Nº 13.344, 2016).

Entretanto, ao notar que já ocorreu o tráfico, o Estado tem o dever de reprimir para que cesse pela raiz, fazendo e dando apoio a investigações e julgando os criminosos, como trata o Artigo 5º da Lei 13.344/16, que retrata a repressão do tráfico de pessoas, na qual poderão os órgãos de justiça nacionais e internacionais, trabalhar em conjunto para que os autores sejam responsabilizados. (BRASIL. Lei Nº 13.344, 2016).

Deve-se responsabilizar os traficantes para que ocorra a justiça necessária pelo sofrimento das vítimas, lembrando que o cuidado com a vítima inclui sua proteção e atendimento em diversos aspectos, como elucida o artigo 6º da Lei 13.344/16:

*Art. 6º A proteção e o atendimento à vítima direta ou indireta do tráfico de pessoas compreendem:*

- a. - assistência jurídica, social, de trabalho e emprego e de saúde;*
- b. - acolhimento e abrigo provisório;*
- c. - atenção às suas necessidades específicas, especialmente em relação a questões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, raça, religião, faixa etária, situação migratória, atuação profissional, diversidade cultural, linguagem, laços sociais e familiares ou outro status;*
- d. - preservação da intimidade e da identidade;*
- e. - prevenção à revitimização no atendimento e nos procedimentos investigatórios e judiciais;*
- f. - atendimento humanizado;*
- g. - informação sobre procedimentos administrativos e judiciais [...].*  
(BRASIL. Lei Nº 13.344, 2016).

Portanto, a vítima terá todo o suporte necessário para se reestabelecer, com a finalidade de que possa voltar a sua vida com dignidade, intimidade e com seus direitos individuais reconstituídos. Vale ressaltar que, para os brasileiros no exterior esse suporte se dará através do consulado brasileiro, onde receberá auxílio após cessar a exploração ou violência, reintegrando socialmente a vítima do tráfico de pessoas. (BRASIL. Lei Nº 13.344, 2016).

O artigo 7º da Lei 13.344/16 com as alterações acrescentadas dos Artigos 18-A e 18-B da Lei nº 6.815/80, retrata que as vítimas do tráfico de pessoas no Brasil, terão direito a residência permanente, independente de como estiver a relação migratória e terá a cooperação policial, judicial ou administrativa. E neste caso, o Ministério de Estado da Justiça e Cidadania determinará a concessão da residência permanente da vítima do tráfico. (BRASIL. Lei Nº 13.344, 2016).

Em relação ao processo, o Art. 8º da Lei 13.344/16 aborda que após as investigações, se houver provas concretas do crime, poderá o Poder Judiciário decretar medidas conforme requerido pelo Ministério Público, que assegurem os bens, como por exemplo casa, carro, dinheiro do acusado que vieram por meio do tráfico de pessoas, e quando o bem estiver



deteriorado ou depreciado, ou de difícil manutenção, será feita à alienação antecipada para preservar o valor do bem, após isso, provada a legalidade da procedência dos bens, direitos e valores, o juiz decidirá pela liberação total ou parcial dos bens, mantendo-se as restrições sobre os bens necessários e suficientes para reparar os danos, mais multas e correção monetária devidos à infração penal. E por fim, após a decisão de mérito, o Poder Judiciário determinará pelo perdimento do bem. (BRASIL. Lei Nº 13.344, 2016).

Já em referência ao Art. 9º e 10 da Lei 13.344/16, retrata que poderá ser aplicado subsidiariamente o que se refere à organização criminosa, investigação criminal, meios de obtenção da prova e o procedimento criminal de quem comete o tráfico de pessoas, e o que couber ao poder público, será este obrigado a criar um sistema de informações, com banco de dados, na qual ajude diretamente ao combate do tráfico de pessoas. (BRASIL. Lei Nº 13.344, 2016).

Foi incluído na Lei 13.344/16 que o Ministério Público ou o delegado do caso, pode em qualquer momento solicitar coleta e informações das vítimas ou dos suspeitos a qualquer órgão Público ou Privado, devendo ser entregue em até 24 horas, a fim de que haja a prevenção e repressão, onde trata o Artigo 11 da Lei 13.344/16 na qual foi acrescida do Artigo 13-A da Lei nº 3.689/41, traz que o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia deverá solicitar os dados da vítima e dos suspeitos, na qual será feita uma requisição de 24 horas, que conterá o nome da autoridade, o número do inquérito policial e unidade de polícia judiciária responsável pela investigação. (BRASIL. Lei Nº 13.344, 2016).

Será julgado aquele na qual seja comprovada autoria e materialidade, conforme já citado anteriormente, e posteriormente ao crime, caso haja indícios de crime hediondo, como a prática de tortura, tráfico de pessoas, que neste caso, quando não for reincidente deverá cumprir pena de mais 2/3 da pena pré-estabelecida, conforme trata o Art. 12 da Lei nº 13.344/16 e dessa forma estabelece o Art. 13 da Lei 13.344/16 as possíveis formas que vigoram o tráfico de pessoas:

*Art. 13. O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 149-A:*

*Tráfico de Pessoas*

*Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:*

- a. - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;*
- b. - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;*
- c. - submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV - adoção ilegal; ou V - exploração sexual.*

*Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. [...]". (BRASIL. Lei Nº 13.344, 2016).*

Dessa forma, conforme citado há várias formas de cometer o crime de tráfico de pessoas, visto que engloba diversas formas e possibilidades, como por exemplo obrigar a pessoa ao trabalho escravo ou a servidão, bem como a submissão a exploração sexual, adoção legal e a remoção de órgãos e tecidos como é previsto. (BRASIL. Lei Nº 13.344, 2016).



Vale ressaltar que em qualquer caso dessas violações, o suspeito ou criminoso estará sujeito de 4 a 8 anos de reclusão, mais multa, na qual poderá ser acrescida de 1/3 à 1/2 se caso o crime for cometido contra criança, adolescente, deficientes ou maiores de 60 anos, em casos em o crime for cometido por funcionário público exercendo o cargo ou até mesmo por alguém que esteja a serviço em função, e por fim, nos casos em que a vítima for para território estrangeiro. (BRASIL. Lei Nº 13.344, 2016).

Em relação ao enfrentamento disposto pelos Artigos 14 e 15 da Lei 13.344/16, traz que:

*Art. 14. É instituído o Dia Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, a ser comemorado, anualmente, em 30 de julho.*

*Art. 15. Serão adotadas campanhas nacionais de enfrentamento ao tráfico de pessoas, a serem divulgadas em veículos de comunicação, visando à conscientização da sociedade sobre todas as modalidades de tráfico de pessoas. (BRASIL. Lei Nº 13.344, 2016).*

Será comemorado todos os anos o Dia Internacional do Tráfico de Pessoas, no dia 30 de julho. Nesse dia serão veiculadas campanhas educativas para o combate ao tráfico de pessoas, por seus mais diversos meios possíveis de divulgação, como por exemplo televisão, jornais, redes sociais etc. Deve-se ter a consciência do dano as vítimas, que precisam de todo esse apoio da sociedade, para o renascimento a uma vida digna e com seus direitos resguardados novamente, vale ressaltar que a busca pela justiça deve ser incessante, visto que lucram com a vida das vítimas, para que assim sejam punidos.

Para finalizar vislumbra-se a importância do enfrentamento na luta contra o tráfico de pessoas e salienta-se a notoriedade de um assunto tão pouco falado e tão pouco comentado no dia a dia dos brasileiros.

## 6. CONCLUSÃO

Os aspectos do Tráfico Internacional de Pessoas mostram a violação dos direitos humanos mais essenciais, como o direito à liberdade, à dignidade, à vida, de forma a englobar os mais vulneráveis, a busca de melhores condições de vida, afetando homens, mulheres, crianças, idosos, e outros grupos minoritários.

Nesse sentido, vê-se que as modalidades do Tráfico de Pessoas servem para o enquadramento de cada vítima, facilitando para os órgãos responsáveis uma agilidade no atendimento e reinserção na sociedade, vale ressaltar que conforme visto, cada modalidade possui uma peculiaridade e forma de atuação no tráfico de pessoa.

O combate contra o tráfico de pessoas deve ser realizado com base em três princípios: a prevenção, a repressão e a punição, entretanto, deve haver também a conscientização, pois por mais que existam Leis, Tratados Internacionais, e estes falem sobre a conscientização, pouco se ouve e se aborda sobre esse crime tão sério, sendo necessário cada vez mais o alerta da conscientização.

A complexidade do tráfico de pessoas encontra maior dificuldade de enfrentamento pela ausência de dados estatísticos reais. Pensar-se que na contemporaneidade seres humanos são escravizados em troca de lucro traz a sensação de retrocesso na escala de respeito ao ser humano. Essa cadeia criminoso precisa ser combatida com rigor e cooperação internacional. As instabilidades políticas e sociais ao redor do mundo promovem camadas



sociais de pessoas vulneráveis que se tornam alvos fáceis para aliciadores inescrupulosos que no afã do lucro destroem sonhos de uma vida melhor.

O Brasil avançou no combate ao tráfico de pessoas com a aprovação da Lei nº 13.344/2016, que se adequa ao Protocolo de Palermo, do qual é signatário. É o primeiro passo para a discussão e confronto às violências acarretadas em decorrência do tráfico humano. Mas ainda, faz-se necessário maior integração entre os países com maior incidência desse crime, e principalmente, a prevenção através da conscientização dos grupos vulneráveis que são os mais atingidos pelo tráfico humano.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Brayan da Silva. **O processo de governança no enfrentamento ao tráfico internacional de órgãos**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, 2021. p. 1. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/90370>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. **DECRETO Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm). Acesso em 14 Jun. 2022.

BRASIL. **DECRETO Nº 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm). Acesso em 06 Jun. 2022.

BRASIL. **DECRETO Nº 5.016, DE 12 DE MARÇO DE 2004**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5016.htm). Acesso em 06 Jun. 2022.

BRASIL. **DECRETO Nº 5.017, DE 12 DE MARÇO DE 2004**. [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm). Acesso em 06 Jun. 2022.

BRASIL. **DECRETO Nº 5.948, DE 26 DE OUTUBRO DE 2006**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5948.htm). Acesso em 06 Jun. 2022.

BRASIL. **DECRETO Nº 13.344, DE 6 DE OUTUBRO DE 2016**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm). Acesso em 14 Jun. 2022.

BRASIL. **DECRETO Nº 13.345, DE 24 DE MAIO DE 2017**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm). Acesso em 29 Ago. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **PROSTITUIÇÃO, LENOCÍDIO E TRÁFICO DE PESSOAS: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E PENAIIS**. 2ª Ed. revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro. Editora forense, 2015, p. 223.



RODRIGUES, Thais de Camargo. **TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA EXPLORAÇÃO SEXUAL**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

ONU NEWS. **NÚMERO DE VÍTIMAS DE TRÁFICO NUM ANO ULTRAPASSOU 50 MIL NO MUNDO**. <https://news.un.org/pt/story/2021/02/1740252>. Acesso em 23 Ago. 2022.

UNODC. **TRÁFICO DE PESSOAS E CONTRABANDO DE MIGRANTES**. <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/index.html>. Acesso em 15 Jun. 2022.  
UNODC, Global Report on Trafficking in Persons 2020 (United Nations publication, Sales No. E.20.IV.3



## XIX. O INSTITUTO DA FALÊNCIA FRUSTRADA NA LEI DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA (LEI Nº. 14.112/2020)

Rodrigo Moron Rodrigues Santini<sup>1</sup>  
Rodolfo Grellet Teixeira da Costa<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 PROCEDIMENTO FALIMENTAR. 2.1 Juízo Universal. 2.2 Administrador Judicial. 2.3 Arrecadação de bens e Realização do ativo. 2.4 Classificação dos créditos e pagamento dos credores. 3 FALÊNCIA FRUSTRADA. 3.1 Alteração legislativa. 3.2 Importância do encerramento sumário do processo falimentar com ativo insuficiente. 3.2.1 Quantidade elevada de feitos em trâmite. 3.2.2 Retorno do empresário falido ao mercado (*fresh start*) de forma mais célere. 3.2.3 Melhoras nos índices utilizados para classificar o ambiente de negócios brasileiro no Ranking *Doing Business*. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** O presente artigo analisa o instituto da falência frustrada, elucidando, para tanto, as principais fases que ocorrem durante o trâmite do processo de falência, bem como seus aspectos centrais, retratando os principais princípios e objetivos inerentes ao procedimento falimentar. Também se buscou conceituar o fenômeno da falência frustrada, ponderando quais são os requisitos para sua ocorrência, bem como suas consequências e desdobramentos, apontando algumas inovações legislativas trazidas pelo advento da Lei nº 14.112/2020 que se associam ao instituto em comento. Por fim, empenhou-se, principalmente, para explanar os motivos que justificam a imprescindibilidade de o processo de falência que não possui ativos suficientes ser encerrado de forma sumária, sendo expostos dados e indicadores que fundamentam tal necessidade e comprovam que o encerramento sumário da falência sem bens favorece a economia brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Falência. Massa Falida. Devedor.

**ABSTRACT:** This article analyzes the institute of frustrated bankruptcy, thus elucidating the main phases that occur during the bankruptcy process, as well as its central aspects, portraying the main principles and objectives inherent to the bankruptcy procedure. We also sought to conceptualize the phenomenon of frustrated bankruptcy, considering what are the requirements for its occurrence, as well as its consequences and consequences, pointing out some legislative innovations brought about by the advent of Law No. Thus, the objective was to differentiate fraud against creditors from frustrated bankruptcy, conceptualizing both institutes and listing their distinctions. Finally, he endeavored, mainly, to explain the reasons that justify the indispensability of the bankruptcy process that does not have enough assets to be closed in a summary way, being exposed data and indicators that justify this need and prove that the summary closure of the bankruptcy without goods favors the Brazilian economy.

**KEY-WORDS:** Bankruptcy. Bankruptcy mass. Debtor.

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Faculdade Maringá.

<sup>2</sup> Mestre em Direito. Advogado e professor.





## 1. INTRODUÇÃO

Em momento pretérito, o procedimento falimentar em geral era regulado pelo Decreto-Lei nº 7.661/75. Contudo, o decreto em comento fora revogado, de modo que a Lei nº 11.101/2005 tornou-se vigente e passou a regulamentar os processos de insolvência (recuperação judicial, extrajudicial e falência).

Todavia, após passados 15 (quinze) anos de vigência da Lei nº 11.101/2005, na data de 24 (vinte e quatro) de dezembro do ano de 2020, ocorreu o advento da Lei nº 14.112/2020, a qual promoveu precisas alterações e trouxe diversas inovações para os processos de insolvência brasileiros.

Como mencionado, com o advento da Lei nº 14.112/2020, houve diversas alterações e inovações na legislação relativa aos processos de insolvência, modificando consideravelmente tanto o sistema de insolvência do procedimento falimentar como o de recuperação judicial.

Tratando-se especificamente do procedimento falimentar, o advento da Lei nº 14.112/2020 trouxe maior amparo para a atividade empresarial, bem como priorizando a maximização dos ativos da Massa Falida. Destarte, também ocorreram significativas modificações e inovações na legislação falimentar que possibilitaram ao devedor que teve insucesso na última atividade empresarial exercida, o seu retorno a este âmbito de forma mais célere.

Não obstante, o tema central do presente artigo, qual seja o instituto da falência frustrada, também corresponde a uma novidade trazida pela reforma da legislação falimentar, sendo que este não detinha previsão legal na legislação anterior. Assim, com a vigência da nova legislação falimentar, a falência frustrada passou a possuir previsão legal expressa no artigo 114-A da referida legislação.

Diante disso, verifica-se que as alterações legislativas ocorridas ensejaram uma reformulação importante no procedimento falimentar, caracterizado por um novo sistema de insolvência empresarial, tornando-o mais moderno e adequando-o para as situações vivenciadas pelas sociedades empresárias na atualidade.

Assim, no presente trabalho pretende-se apresentar um norte geral a respeito dos principais pontos inerentes ao procedimento falimentar, enaltecendo as alterações e novidades incorporadas na legislação, bem como discorrer sobre a falência frustrada, elucidando seu conceito e desdobramentos, além de analisar as suas vantagens que podem favorecer a economia brasileira.

## 2. PROCEDIMENTO FALIMENTAR

Aprioristicamente, importante se faz conceituar o que seria a falência do devedor.

Dessa forma, compreende-se a falência como um estado em que o devedor (empresário ou sociedade empresária) se encontra empresarialmente insolvente, isto é, este se situa em uma posição irreversível de não possuir mais a capacidade de arcar com suas dívidas junto aos seus credores (SACRAMONE, 2022).

Dessa forma, se atingido tal estado irreversível de insolvência financeira, em certo ponto será decretada a falência da sociedade empresária ou do empresário devedor.

Sendo assim, menciona-se que o procedimento falimentar encontra-se estabelecido na Lei nº 11.101/2005, a qual rege a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do



empresário e da sociedade empresária. Importante se faz salientar que a legislação supracitada foi atualizada recentemente pela Lei nº 14.112/2020, mais precisamente em 24 de dezembro do ano de 2020.

Nesse sentido, a legislação supramencionada preconiza em seu artigo 94 (BRASIL, 2005) as hipóteses em que será decretada a falência do devedor em caso de requerimento de decretação da falência promovido por um terceiro, as quais serão elencadas a seguir.

A primeira hipótese consiste no atraso no pagamento da obrigação de forma injustificada pelo devedor, desde que tal obrigação seja líquida, vencida e convertida em título executivo protestado, bem como que seu valor seja superior a 40 salários-mínimos (SACRAMONE, 2022).

Passando para a segunda hipótese, esta se configura nos casos em que um credor realiza a tentativa de satisfazer seu crédito mediante uma execução em desfavor do devedor, entretanto, esta resta infrutífera. Dessa forma, o devedor que não quitar suas dívidas e que ensejar em frustração de um procedimento executório é, de forma presumida, considerado insolvente pela legislação falimentar, devendo ter sua falência decretada (SACRAMONE, 2022).

Por fim, a última hipótese listada na base legal supramencionada corresponde à prática dos chamados “atos de falência” pelo devedor. Tais atos encontram-se elencados em um rol taxativo contido no inciso III do artigo 94 da Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005). Salienta-se que os atos de falência traduzem-se em ações que o devedor, já consciente de sua situação de insolvência, pratica com o fito de se beneficiar ou de favorecer algum credor em face aos demais. Assim sendo, o devedor que eventualmente praticar os atos elencados no dispositivo legal em comento, terá sua falência decretada, salvo se tais atos fizeram parte do cumprimento do plano de recuperação judicial, tratando-se da hipótese em que o devedor esteja em recuperação judicial, não se aplicando ao processo de falência (MAMEDE, 2021).

Tratando-se dos legitimados ativos para pleitear a falência do devedor, estes se encontram elencados no artigo 97 da Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005).

O inciso I do artigo supracitado traz como primeiro legitimado ativo o próprio devedor, consistindo esta hipótese no pedido de autofalência, regulado pelos artigos 105, 106 e 107 da Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005).

Destarte, o inciso II estabelece que também sejam legitimados ativos o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante. Assim, na hipótese de falecimento do empresário individual, os legitimados ativos mencionados poderão pleitear a falência do espólio, dentro do prazo decadencial de um ano (TOMAZETTE, 2022), conforme estabelecido no artigo 96, §1º da Lei 11.101/2005 (BRASIL, 2005).

Já no inciso III (BRASIL, 2005), este dispõe que o cotista ou acionista do devedor poderá pleitear a autofalência, de modo que se deve observar o contrato social ou a legislação para tanto. Entretanto, se ausente à regulamentação de tal ato dentro do contrato social, deve-se seguir o entendimento de impossibilidade de requerimento de autofalência pelo cotista ou acionista. No que tange à legislação, a Lei Societária dispõe que devem ser promovidas deliberações para definir o pedido de autofalência pelo acionista ou cotista, não podendo um único sócio pleitear a autofalência em detrimento da vontade dos demais sócios (TOMAZETTE, 2022).



No que tange ao inciso IV (BRASIL, 2005), este preconiza que também serão legitimados ativos para pleitear a falência do devedor os seus credores. Impende salientar que na hipótese de o devedor consistir em empresário, este deverá demonstrar a regularidade de seus registros para ingressar com o pedido de falência do devedor. Nesse sentido, o credor que ajuizar o pedido de falência do devedor deverá, juntamente com os requisitos que justifiquem o pedido de quebra, apresentar certidão do Registro Público de Empresas Mercantis que demonstre a regularidade de suas atividades. Ademais, o credor que residir em país estrangeiro também poderá requerer a falência do devedor, desde que preste caução para suprir eventuais perdas e danos causados ao devedor (MAMEDE, 2021).

Assim sendo, o legitimado que almejar ajuizar o pedido de falência deverá observar em conjunto com os requisitos do artigo 94 da Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005), o que prevê o artigo 319 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2005), a fim de acostar a petição inicial de forma correta. Da mesma forma, caso o Magistrado competente vislumbre a ausência de requisitos indispensáveis para apreciação da demanda, deverá intimar o Requerente no prazo de 15 (quinze) dias para que este retifique ou complemente os vícios contidos na exordial, mediante emenda à inicial, desde que os vícios sejam sanáveis, nos termos do artigo 321 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2005). De outra sorte, caso os vícios contidos na exordial não sejam sanáveis, o Magistrado deverá indeferir a inicial e, conseqüentemente, extinguir o feito (SACRAMONE, 2022).

Com isso, se preenchidos os requisitos indispensáveis disciplinados por ambas as legislações supramencionadas, o juízo competente determinará a citação do devedor a fim de que este possa responder ao alegado na inicial (SACRAMONE, 2022).

Após citado, o devedor terá a faculdade de apresentar contestação dentro do prazo de 10 dias corridos, contados a partir da confirmação de leitura da citação. Como defesa, o devedor poderá alegar tanto teses de cunho processual como de mérito. Cumpre salientar que no caso de o autor ter baseado seu pedido de falência na impontualidade injustificada ou na execução frustrada, a legislação falimentar possibilita que o devedor promova depósito elisivo dentro do prazo de dez dias concedidos para apresentação de contestação, devendo este ser no valor do crédito exigido pelo autor, bem como acrescido de juros, correção monetária e honorária advocatícia (SACRAMONE, 2022).

Dessa forma, se realizado o depósito elisivo pelo devedor, estará impossibilitada a decretação da falência, haja vista que afastada a insolvência jurídica, sendo está um preceito para que seja decretada a falência do devedor. Entretanto, o depósito elisivo não será ensejo para a extinção do feito, devendo este prosseguir com o intuito de averiguar qual das partes poderá levantar a quantia depositada (SACRAMONE, 2022).

Na hipótese de não prosperarem as teses de defesa apresentadas pelo devedor e os documentos apresentados cumprirem os requisitos legais, o juízo competente julgará procedente o pedido de falência realizado pelo autor, salvo se houver sido realizado depósito elisivo. Ocorre que, se não prevalecerem às teses de defesa do devedor, bem como se forem preenchidos os requisitos legais e mesmo assim o devedor tiver promovido o depósito elisivo, será julgado procedente o pedido falimentar, todavia, esse será elidido quanto ao depósito, sendo o valor depositado levantado em favor do autor da demanda. Todavia, na hipótese de acolhidos os fundamentos ponderados em sede de contestação, a sentença será proferida no sentido de denegar o pedido falimentar, de modo que a importância depositada em juízo será levantada em nome do devedor (SACRAMONE, 2022).

Passa-se agora a análise das determinações comportadas na sentença que declara a falência do devedor. Com a decretação da quebra da sociedade empresária, inicia-se a fase falimentar, a qual detém caráter complexo, de modo que a sentença declaratória de falência não atende somente ao artigo 489 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2005), (contendo relatório, fundamentação e dispositivo), mas também observa os requisitos estabelecidos no artigo 99 da legislação falimentar (TOMAZETTE, 2022).

Posto isso, a sentença declaratória de falência deverá, além de cumprir o disposto no artigo 489 do Código de Processo Civil: a) Apresentar a síntese do pleito falimentar; b) Identificar precisamente o Falido e seus sócio-administradores; c) Fixar o termo legal de falência, podendo este retroagir em até 90 dias anteriores ao protesto mais remoto vigente, visando evitar a fraude contra credores; d) Determinar a apresentação de relação de credores do Falido e conseqüentemente a publicação do edital informando a abertura do prazo de 15 dias para habilitações e divergências de crédito; e) Determinar a suspensão de quaisquer atos executórios e/ou onerosos em desfavor do Falido, salvo mediante autorização judicial; f) Nomear o Administrador Judicial para atuar como auxiliar de justiça; e g) Intimar o parquet e as Fazendas Públicas para que tomem conhecimento da falência, bem como para que realizem as diligências que compreenderem necessárias (BRASIL, 2005).

À vista disso, é notório que a sentença declaratória de falência origina vários efeitos, não só dentro do âmbito do procedimento falimentar em trâmite, mas também em toda a esfera jurídica que envolva o devedor que teve sua quebra decretada. Entre tais efeitos, destaca-se a formação do Juízo Universal, o qual será elucidado minuciosamente no tópico a seguir.

## 2.1. Juízo Universal

O procedimento falimentar é regido pelo princípio da universalidade durante todo o seu trâmite. O princípio supracitado está previsto no artigo 76 da Lei 11.101/2005 (BRASIL, 2005), sendo que este certifica que a regulamentação do processo de falência seja cumprida.

O referido princípio consiste em dizer que o juízo em que a falência do devedor fora decretada será o único juízo competente para dirimir questões relevantes ao processo de falência em trâmite (MAMEDE, 2021).

Dessa forma, o Juízo Universal visa garantir que todos os credores da Massa Falida fiquem sujeitos ao procedimento falimentar, impossibilitando-os de obterem a satisfação de seus créditos por outro método que não seja através do processo de falência.

Para que tal fato seja realmente efetivo, a legislação falimentar instituiu que o Juízo Universal será o único competente para proceder com a arrecadação dos bens remanescentes do falido, bem como estipulou que este, no momento da sentença declaratória de falência, determinasse que todos os feitos individuais de caráter executório em desfavor da Massa Falida fossem sobrestados, além de proibir que sejam realizados atos que onerem o ativo da Massa Falida (MAMEDE, 2021).

No que tange ao sobrestamento das ações de execução em desfavor da Massa Falida, convém mencionar que, em momento pretérito à vigência da Lei 14.112/2020 (BRASIL, 2020), a legislação falimentar preconizava que ações e execuções em face da Massa Falida deveriam ser suspensas de modo geral, independentemente da fase processual em que se encontravam. Todavia, com o advento da lei supracitada, passou-se a



sobrestar somente os feitos de cunho executório, permitindo-se o regular procedimento das ações em fase de conhecimento, ou seja, as ações que possuam o intuito de reconhecer uma obrigação do falido ou as ações ilíquidas, com o fito de que o possível credor pudesse, eventualmente, incluir seu crédito no rol de credores do Juízo Universal (SACRAMONE, 2022).

Destarte, outra característica inerente ao Juízo Universal é a de que este, nos moldes do artigo 76 da Lei nº 11/101/2005 (BRASIL, 2005), é indivisível, de modo que a partir da decretação da quebra do devedor, será o juízo competente para examinar as demandas em trâmite que versem a respeito do patrimônio do falido, com exceção aos feitos de cunho fiscal, trabalhista e nos quais o falido figurar no polo ativo da ação (MAMEDE, 2021).

Ademais, dito que o Juízo Universal será o competente para analisar as questões de caráter patrimonial da Massa Falida, enfatiza-se também que este será o único juízo competente para proceder com a liquidação dos bens da Massa Falida, assim como promover o rateio do ativo remanescente para posterior pagamento à coletividade de credores, observando sempre o princípio da *par conditio creditorum*, isto é, da igualdade no tratamento entre os credores da massa (SACRAMONE, 2022).

Diante do exposto, pode-se dizer, de forma sucinta, que o Juízo Universal consiste no único competente para tratar das questões que envolvem o patrimônio da Massa Falida, fazendo com que os credores da Massa Falida se submetam ao procedimento falimentar e evitando que satisfaçam seus créditos em feitos estranhos ao processo de falência, objetivando, portanto, que nenhum se beneficie em detrimento dos demais.

## 2.2. Administrador Judicial

O administrador judicial consiste em um auxiliar da justiça nomeado pelo juízo competente para atuar em conjunto durante o procedimento falimentar, devendo tal atuação ser imparcial e diligente, com o intuito de assistir os interesses das partes envolvidas no processo (SACRAMONE, 2022).

Para definir quem poderá ser o administrador judicial, observa-se o artigo 21 da Lei nº 11.101/2005, bem como seu parágrafo único, os quais definem quais são os requisitos legais para que ocorra a nomeação do Administrador Judicial, senão vejamos:

*Art. 21. O administrador judicial será profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas ou contador, ou pessoa jurídica especializada.*

*Parágrafo único. Se o administrador judicial nomeado for pessoa jurídica, declarar-se-á, no termo de que trata o art. 33 desta Lei, o nome de profissional responsável pela condução do processo de falência ou de recuperação judicial, que não poderá ser substituído sem autorização do juiz (BRASIL, 2005).*

Dessa forma, ressalta-se que o Administrador Judicial poderá ser tanto pessoa física como pessoa jurídica especializada no desempenho da função. Existe a hipótese de a pessoa jurídica especializada atuar como administradora judicial pelo fato de o trabalho que será desempenhado exige conhecimento e experiência em diversas áreas, tanto do direito, como econômicas e contábeis. Diante disso, torna-se mais viável reunir a expertise em tais



vertentes que venham a ser exigidas mediante uma única pessoa jurídica especializada (SACRAMONE, 2022).

Todavia, mesmo que seja possível a nomeação de uma pessoa jurídica especializada para figurar como administradora judicial, o parágrafo único do artigo supracitado impõe que seja indicado um profissional responsável pela condução dos trabalhos realizados durante o trâmite do processo de falência.

Destarte, como já mencionado anteriormente, o administrador judicial (pessoa física ou pessoa jurídica) deverá ser nomeado pelo juízo competente no momento em que for proferida a sentença declaratória de falência, podendo o juiz(a) designar profissional de sua confiança para desempenhar o múnus, independente de prévia oitiva dos credores, devedor ou de qualquer terceiro, conforme preconiza o artigo 99, inciso IX da Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005).

Antes de iniciar o desempenho da função de forma efetiva, o juízo competente expedirá o termo de compromisso a fim de que seja oficializada a nomeação do administrador judicial designado. Tal termo deverá ser devidamente assinado pelo administrador judicial nomeado (ou pelo representante da pessoa jurídica especializada) dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas. Ademais, cumpre salientar que a ausência da assinatura dentro do prazo mencionado incorre na presunção de não aceitação do cargo pelo administrador judicial (SACRAMONE, 2022).

Ademais, após oficialmente nomeado, o administrador judicial escolhido passa a conter diversos deveres e responsabilidades sob seu encargo no decorrer do feito, os quais se encontram elencados no artigo 22 da Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005).

Dentre tais deveres, destacam-se: a) a composição da relação de credores, de modo que procederá a verificação da relação de créditos arrolada pelo devedor, isto é, o administrador judicial nomeado deverá averiguar a veracidade de todos os créditos elencados, realizando para tanto a análise dos documentos que embasem o valor do crédito devido e, posteriormente, apresentar uma nova relação de credores; b) incumbir-se da representação da Massa Falida nas ações de cunho patrimonial, visto que o devedor perde sua legitimidade para litigar com a decretação da quebra, de modo que este será substituído pela Massa Falida, a qual deverá ser representada processualmente pelo administrador judicial, sob pena de nulidade dos atos processuais; c) apresentar, dentro do prazo de 40 dias contados a partir da assinatura do termo de compromisso, o relatório circunstanciado, indicando, minuciosamente, quais foram às causas que levaram o devedor ao estado de falência; d) a arrecadação e avaliação dos bens do devedor; e) realizar o ativo do devedor e f) apresentar relatório de encerramento do procedimento falimentar (SACRAMONE, 2022).

Dessa forma, é notório que o administrador judicial, na condição de assistente da justiça, detém várias diligências sob sua responsabilidade. Com isso, impende mencionar que sua atuação para realizar tais diligências não está atrelada a prévia autorização judicial, salvo nos casos que possuam expressa previsão legal. Ou seja, o administrador judicial possui certa autonomia para realizar seus deveres e responsabilidades, podendo recorrer ao juízo universal para pleitear as medidas necessárias para obter êxito em suas diligências (SACRAMONE, 2022).

Em tempo, importante frisar que ao desempenhar tal múnus de auxiliar da justiça, o administrador judicial será remunerado pelo trabalho desempenhado. A referida remuneração será fixada pelo juízo competente, observando, para tanto, a capacidade do devedor, o grau



de complexidade do trabalho que será desenvolvido e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades similares. Ainda, a remuneração fixada pelo juízo não poderá ser superior ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor de venda dos bens que integrem o patrimônio da Massa Falida (SACRAMONE, 2022).

Assim sendo, verifica-se que o Administrador Judicial é imprescindível para que ocorra o regular trâmite do procedimento falimentar, uma vez que lhe são atribuídas diversas responsabilidades do processo, bem como que sua assistência ao juízo é indispensável.

### 2.3. Arrecadação de Bens e Realização do Ativo

Uma vez nomeado o Administrador Judicial designado para desempenhar os trabalhos, este deverá, de forma imediata após sua nomeação, proceder com a arrecadação dos bens da sociedade empresária falida (MAMEDE, 2021).

Isso porque, como já elucidado, após ser decretada a quebra do devedor, este não possui mais o direito de administrar seus bens. Nesse sentido, atendendo a um dos princípios que rege o procedimento falimentar, qual seja o princípio da maximização dos ativos pertencentes ao falido, o Administrador Judicial deverá tomar posse de todos os bens do devedor falido, com o fito de preservar o ativo remanescente e, posteriormente, liquidá-lo e rateá-lo entre os credores da Massa Falida (SACRAMONE, 2022).

Do mesmo modo, baseando-se no princípio da celeridade processual que deve ser inerente ao trâmite do processo falimentar, o Administrador Judicial poderá promover a arrecadação dos bens do falido de maneira autônoma, desde que provido da decisão judicial que o nomeou, não sendo obrigatória a intervenção judicial para que ocorra a arrecadação dos ativos. Todavia, nas hipóteses em que o Administrador Judicial deparar-se com obstáculos para arrecadar os bens do falido, este poderá pleitear ao Juízo Universal as medidas necessárias para que se torne possível tal arrecadação (SACRAMONE, 2022).

No que tange aos bens que deverão ser arrecadados, estes serão todos aqueles que estiverem sob a posse e propriedade do falido, independente do local em que estejam localizados, mesmo que extrapolada a comarca do Juízo Universal Falimentar. Nesta seara, elucida o doutrinador Marcelo Sacramone:

*O cumprimento de sua atribuição de arrecadação não fica limitado à comarca do Juízo Universal.*

*A Lei garante que o administrador judicial arrecade os bens no local onde estiverem. Não necessita o administrador judicial, nesses termos, de qualquer providência jurisdicional para exercer sua atribuição, inclusive além dos limites territoriais a que se circunscreve a competência do juiz. Poderá, assim, em outra comarca ou outro Estado da Federação, arrecadar os ativos, lacrar o estabelecimento, imitir-se na posse do imóvel etc.*

*Apenas caso imprescindível a intervenção judicial em local que extrapole a competência do Juízo Universal, como a necessidade de requerer auxílio policial, ou o arrombamento do estabelecimento, será necessária a expedição de carta precatória ao Juízo competente do local onde o ato de arrecadação deva ser realizado (SACRAMONE, 2022, p. 1411).*



Não obstante, como mencionado anteriormente, todos os bens que estiverem sob a posse e que forem de propriedade do falido devem ser arrecadados como ativo da Massa Falida. Diante disso, no tocante aos bens que se encontrem sob a posse da sociedade empresária falida, é importante salientar que estes deverão ser objeto de arrecadação mesmo sendo propriedade de terceiros. Dessa forma, o terceiro que tiver seu bem arrecadado como ativo do falido poderá pleitear a restituição deste ao Juízo Universal, o qual analisará o referido requerimento observando devidamente o contraditório (TOMAZETTE, 2022).

Quanto aos bens que forem de propriedade do falido, mas que se encontrarem sob a posse de terceiros, por corolário lógico, também devem ser arrecadados, não sendo a posse de terceiros óbices para a devida arrecadação do bem (MAMEDE, 2021).

No mesmo sentido, os bens que estiverem penhorados ou forem objetos de medidas constritivas determinadas por outros juízos também serão arrecadados como ativo da Massa Falida. Isso se justifica pelo fato de todas as demandas de cunho executivo em desfavor de o falido ser suspensas com a decretação da falência, ensejando que todos os credores sujeitem-se ao rateio do ativo remanescente (MAMEDE, 2021).

Portanto, denota-se que incumbe ao Administrador Judicial realizar a arrecadação de bens do falido da forma mais célere possível, de modo que sejam arrecadados todos os bens do falido, observando os princípios da celeridade e maximização dos ativos da Massa Falida para extrair o melhor resultado possível do processo falimentar.

Em tempo, importante mencionar que após devidamente procedida à arrecadação dos bens da Massa Falida, o Administrador Judicial deverá formalizar a listagem dos bens arrecadados mediante o auto de arrecadação. No referido documento, deverá constar o inventário, o laudo de avaliação dos bens arrecadados e a assinatura do Administrador Judicial, do falido e das demais pessoas que auxiliaram na arrecadação dos bens (SACRAMONE, 2022).

Ato contínuo à arrecadação do ativo remanescente da Massa Falida proceder-se-á a realização do referido ativo arrecadado, isto é, a liquidação dos bens para que se possibilite o rateio entre os credores da massa. Na maioria das oportunidades, a liquidação do ativo arrecadado se dá mediante alienação judicial dos bens, embora esta não seja a única modalidade de liquidação do ativo (TOMAZETTE, 2022).

Atualmente, a legislação falimentar vigente possibilita que a realização do ativo arrecadado ocorra antes de findada à fase de verificação de créditos habilitados no rol de credores da Massa Falida. Contudo, à época em que era vigente o Decreto Lei nº 7.661/1945, a realização do ativo só poderia ser iniciada em momento posterior à fase de análise dos créditos pretendidos pelos credores (SACRAMONE, 2022).

Dessa forma, vislumbra-se que com a vigência da lei falimentar, favoreceu-se a Massa Falida Subjetiva, isto é, a comunhão de interesses dos credores, uma vez que se tornou possível à alienação dos bens arrecadados de modo antecedente à verificação dos créditos, evitando que o ativo da massa fosse deteriorado e, por conseguinte, perdesse valor de mercado no momento de sua liquidação (SACRAMONE, 2022).

Entretanto, em que pese seja possível à imediata liquidação dos bens do devedor, não será dado início ao pagamento dos credores logo após o ato da liquidação, uma vez que a imediata realização do ativo objetiva tão somente evitar a deterioração dos bens e não gerar gastos para a Massa Falida no que tange a preservação do ativo, devendo o proveito





econômico derivado de tal liquidação permanecer depositado em juízo até que seja possível dar início ao pagamento dos credores (SACRAMONE, 2022).

Assim, pode-se verificar que a arrecadação dos ativos deve ser procedida da forma mais breve possível pelo Administrador Judicial, bem como que o eventual ativo arrecadado deve também ser liquidado de forma célere com o fito de evitar a deterioração de seu valor de mercado.

#### 2.4. Classificação dos Créditos e Pagamento dos Credores

Diante da suspensão de todas as execuções que tramitam em desfavor da Massa Falida, é cediço que todos os credores do falido sujeitam-se ao procedimento falimentar para que seja alcançada a satisfação de seu respectivo crédito.

Nesse cenário, evidencia-se o princípio da “*par conditio creditorum*”, o qual preza pela igualdade entre todos os credores da Massa Falida. Assim sendo, os artigos 83 e 84 da Lei nº 11.101/2005 (BRASIL, 2005) estabelecem a ordem de preferência para pagamento dos créditos, sendo analisada a natureza do crédito e a condição do titular deste para que houvesse um tratamento privilegiado na ordem de pagamento quanto aos demais créditos (SACRAMONE, 2022).

O artigo 84 da legislação falimentar (BRASIL, 2005) diz respeito aos créditos extraconcursais, os quais possuem tratamento prioritário na ordem de pagamento, devendo ser satisfeitos de forma antecedente aos créditos concursais previstos no artigo 83 da referida legislação (SACRAMONE, 2022).

Com isso, importante se faz conceituar os créditos extraconcursais e concursais. Conceituam-se os créditos extraconcursais como aqueles que forem contraídos pela Massa

Falida em momento posterior à decretação da falência, ou seja, durante o trâmite do processo de falência. Lado outro, os créditos concursais consistem naqueles que foram contraídos pela sociedade empresária em momento pretérito à data em que teve sua quebra decretada (TOMAZETTE, 2022).

Posto isto, após consolidado o quadro geral de credores da Massa Falida, dar-se-á início ao pagamento dos credores (SACRAMONE, 2022). Como já dito, o pagamento dos credores deverá obedecer à ordem supramencionada, devendo satisfazer inicialmente os créditos extraconcursais e, posteriormente, os créditos concursais.

O Juízo Universal será o responsável pelo efetivo pagamento dos créditos, o qual ocorrerá mediante o rateio dos recursos depositados na conta judicial, sendo tais recursos os que foram obtidos da realização do ativo da Massa Falida (SACRAMONE, 2022).

Nesse sentido, realizado o rateio, o Juízo Universal procederá com o pagamento dos credores da massa, sendo devidamente observada a ordem de preferência estabelecida na legislação falimentar, conforme elucidado anteriormente.

### 3. FALÊNCIA FRUSTRADA

Pois bem, uma vez que realizada a síntese a respeito do procedimento falimentar, passa-se agora a discorrer a respeito do principal tema do presente trabalho, qual seja a falência frustrada.

Visando atribuir um conceito ao instituto da falência frustrada, pode-se dizer que se trata na insuficiência de bens de propriedade ou posse da empresa falida constatada pelo



Administrador Judicial, tornando-se impossível arcar com as custas do trâmite do procedimento falimentar e, logicamente, adimplir os créditos dos credores da Massa Falida (SACRAMONE, 2022).

Assim sendo, ato contínuo à verificação de insuficiência de bens para custear as despesas do processo de falência, o Administrador Judicial deverá imediatamente comunicar o Juízo Universal a respeito de tal fato, de modo que, em momento posterior ao posicionamento do promotor de justiça, seja fixado edital comunicando a insuficiência de bens (CAMPINHO, 2021).

Uma vez que publicado tal edital, concede-se aos credores e interessados o prazo de dez dias para se posicionarem, os quais possuem a faculdade de pleitear o prosseguimento do feito falimentar, desde que promovam caução em juízo com o fito de suportar as despesas necessárias pra a continuidade do feito, bem como para possibilitar que o Administrador Judicial diligencie na busca de bens passíveis de arrecadação e posterior liquidação (CAMPINHO, 2021).

Contudo, na hipótese de inexistirem manifestações dos credores e interessados quanto à continuidade do processo de falência dentro do prazo de dez dias contados a partir da publicação do edital supramencionado, o Administrador Judicial deverá proceder com a venda dos bens eventualmente arrecadados, tendo o prazo de trinta dias para vender os bens móveis e sessenta dias para vender os bens imóveis. Não obstante, também incumbe ao Administrador Judicial apresentar seu relatório final do feito falimentar (SACRAMONE, 2022).

Na hipótese de haverem imóveis a serem vendidos e, efetivada tal venda, existirem recursos remanescentes depois de adimplidas as despesas do processo de falência, tais recursos devem ser rateados a fim de que sejam pagos os credores com prioridade absoluta, observando a ordem prevista no artigo 84 da Lei nº 11.101/2005 (SACRAMONE, 2022).

Dessa forma, depois de cumpridas todas as diligências indispensáveis para o término do processo de falência, o Juízo Universal proferirá decisão nos autos determinando o encerramento do feito (SACRAMONE, 2022). Não obstante, uma vez que proferida a decisão pelo juízo universal no sentido de encerrar o procedimento falimentar em decorrência de ausência de ativos, poderá o falido requerer a extinção de suas obrigações, uma vez que a falência frustrada se trata de hipótese de extinção das obrigações do falido por expressa previsão legal na lei falimentar (MAMEDE, 2021).

Nessa toada, o doutrinador Sergio Campinho possui o seguinte entendimento a respeito do tema:

*Inexistindo bens a arrecadar, ou ainda que existentes caso se mostrem insuficientes para fazer face ao pagamento das despesas processuais, o administrador judicial deverá comunicar o fato ao juiz que, em sequência, mandará ouvir os credores, no prazo de dez dias, fixado por meio de edital, a fim de requererem o que for a bem de seus direitos. A qualquer um deles deve ser assegurada a faculdade de dar prosseguimento ao feito, adiantando os valores necessários às despesas, inclusive para a investigação da existência de bens, e ao pagamento dos honorários do administrador judicial.*

*As importâncias despendidas pelo credor ou pelos credores para esse desiderato serão havidas como créditos extraconcursais, nos moldes do inciso I-A do art. 84. Nada requerendo os credores, o administrador*



*judicial promoverá a venda dos bens arrecadados, se for o caso, no prazo máximo de trinta dias para bens móveis e de sessenta dias para bens imóveis, e apresentará o seu relatório. Após tal apresentação, deverá a falência ser por sentença encerrada pelo juiz. Em quaisquer das situações, ou seja, não havendo bens a serem arrecadados ou se os arrecadados forem insuficientes, impõe-se a cientificação do fato ao representante do Ministério Público, antes mesmo da oitiva dos credores, para se manifestar e para que possa providenciar se pertinentes, as medidas relativas à apuração das eventuais responsabilidades criminais (CAMPINHO, 2021, p. 36).*

Portanto, pelo exposto, denota-se que a continuidade do processo de falência que não possua bens integrantes do ativo da Massa Falida é possível unicamente na hipótese em que um ou mais credores procederem ao depósito-caução para custear as despesas indispensáveis para o prosseguimento do feito, de modo que, caso não haja interessados para promover a referida caução, a demanda falimentar será encerrada depois de realizadas as pendências necessárias para a conclusão do processo.

### 3.1. Alteração Legislativa

Inicialmente, o instituto da falência frustrada detinha previsão legal no artigo 75 do Decreto Lei nº 7.661/45 da seguinte forma (FONSECA, 2021):

*Art. 75. Se não forem encontrados bens para serem arrecadados, ou se os arrecadados forem insuficientes para as despesas do processo, o síndico levará, imediatamente, o fato ao conhecimento do juiz, que, ouvido o representante do Ministério Público, marcará por editais o prazo de dez dias para os interessados requererem o que for a bem dos seus direitos.*

*§ 1º Um ou mais credores podem requerer o prosseguimento da falência, obrigando-se a entrar com a quantia necessária às despesas, a qual será considerada encargo da massa.*

*§ 2º Se os credores nada requererem, o síndico, dentro do prazo de oito dias, promoverá a venda dos bens porventura arrecadados e apresentará o seu relatório, nos termos e para os efeitos dos parágrafos 3º, 4º e 5º do art. 200. § 3º Proferida a decisão (art. 200, § 5º), será a falência encerrada pelo juiz nos respectivos autos (BRASIL, 1945).*

Contudo, com o advento da Lei nº 14.112/2020, a qual promoveu alterações e inovações legislativas na legislação falimentar, o instituto da falência frustrada passou a possuir previsão legal na Lei nº 11.101/2005, estando disposto no artigo 114-A da referida legislação da seguinte maneira (FONSECA, 2021):

*Art. 114-A. Se não forem encontrados bens para serem arrecadados, ou se os arrecadados forem insuficientes para as despesas do processo, o administrador judicial informará imediatamente esse fato ao juiz, que, ouvido o representante do Ministério Público, fixará, por meio de edital, o prazo de 10 (dez) dias para os interessados se manifestarem.*

*§ 1º Um ou mais credores poderão requerer o prosseguimento da falência, desde que paguem a quantia necessária às despesas e aos honorários do*



*administrador judicial, que serão considerados despesas essenciais nos termos estabelecidos no inciso I-A do caput do art. 84 desta Lei.*

*§ 2º Decorrido o prazo previsto no caput sem manifestação dos interessados, o administrador judicial promoverá a venda dos bens arrecadados no prazo máximo de 30 (trinta) dias, para bens móveis, e de 60 (sessenta) dias, para bens imóveis, e apresentará o seu relatório, nos termos e para os efeitos dispostos neste artigo.*

*§ 3º Proferida a decisão, a falência será encerrada pelo juiz nos autos (BRASIL, 2005).*

Em que pese à ausência de base legal no que tange ao instituto em comento na legislação falimentar, a jurisprudência consolidou o entendimento de ser possível o depósito-caução pelos credores para prosseguimento do feito falimentar, conforme elucida o doutrinador Marcelo Sacramone (2022, p. 1444):

*O Decreto-Lei n. 7.661/45 estipulava, no art. 75, que na situação de os bens arrecadados serem insuficientes para cobrir as custas do processo, um ou mais credores poderiam requerer o prosseguimento da falência mediante o custeio das despesas, ou o processo falimentar seria encerrado.*

*Embora a Lei n. 11.101/2005 não tivesse dispositivo parecido em sua redação original, a jurisprudência passou a acolher a tese da caução. Diante da suspeita de ausência de bens da Massa para arcar com as diligências necessárias à recuperação do administrador judicial, solução jurisprudencial encontrada foi o adiantamento de recursos financeiros pelos credores à falência: a exigência de caução para os honorários mínimos do administrador judicial.*

Ainda, o doutrinador Sergio Campinho (2021, p. 36) também comenta sobre a alteração legislativa no seguinte sentido:

*O procedimento célere ou sumário da falência, por arrecadação frustrada ou exígua, vem restabelecido pelo art. 114-A, incluído pela Lei n. 14.112/2020, que, com pequenas alterações, reedita o regramento constante do art. 75 do Decreto-Lei n. 7.661/45. A Lei n. 11.101/2005 foi omissa no tratamento da aludida figura, o que se corrige com a reforma, pois não há qualquer razão lógica que justifique outra providência senão a do seu sumário processamento para imediato encerramento, diante da arrecadação frustrada ou exígua.*

*O § 3º do art. 114-A é cópia fiel do § 3º do art. 75 do Decreto-Lei n. 7.661/45. Na sua nova versão, constante do art. 114-A, não há qualquer sentido em se referir a “proferida a decisão”, pois ela, na versão do § 3º do art. 75 da Lei de 1945, relacionava-se a uma decisão constante do § 5º do art. 200, integrante das disposições especiais, que se dirigia à falência cujo passivo fosse inferior a cem vezes o maior salário mínimo vigente no país, a qual sumariamente se processava. Assim, a referência fica vazia e, portanto, deve ser desconsiderada na leitura do dispositivo. O Decreto-Lei n. 7.661/45 conhecia duas modalidades de falência sumária: em razão da exiguidade do ativo (art. 75) ou do passivo (art. 200).*



Pelo exposto, verifica-se que apesar de em momento pretérito ao advento da lei nº 14.112/2020 não haver previsão legal na legislação falimentar, o instituto da falência frustrada já fora consolidado pelo entendimento jurisprudencial.

### **3.2. Importância do Encerramento Sumário do Processo Falimentar com Ativo Suficiente**

Conforme já elucidado, a falência frustrada corresponde a uma medida que deverá ser tomada na hipótese em que for verificada a inexistência de ativos suficientes para custear as despesas do processo falimentar, tampouco satisfazer os credores da Massa Falida (SACRAMONE, 2022)

Dito isso, no presente tópico objetiva-se discorrer quantos às razões que justificam a necessidade de o processo de falência com ausência de ativos suficientes terem seu encerramento de forma sumária, evidenciando suas vantagens para o falido, para a economia e para o judiciário brasileiro.

#### **3.2.1. Quantidade elevada de feitos em trâmite**

Como é cediço, há um grande número de demandas judiciais em trâmite no sistema judiciário brasileiro, sendo que, em decorrência da elevada quantidade de feitos, bem como de uma série de outros fatores, os processos judiciais prosseguem de forma morosa. Destarte, a cada processo que é ajuizado visando obter a tutela jurisdicional buscada pelo autor, são gerados mais gastos para o sistema judiciário, de modo que, quanto mais longo o lapso temporal que o processo judicial tramitar, maior onerosidade será imputada ao judiciário brasileiro (VIEIRA, 2020).

Sendo assim, tendo em vista que o processo de falência que não possui ativos suficientes para sustentar sua continuidade não alcançará seu objetivo (liquidação dos bens e pagamento dos credores), é relevante que tal feito seja encerrado de forma sumária, contribuindo com a redução de demandas judiciais e, conseqüentemente, auxiliando na celeridade do prosseguimento dos demais processos judiciais em trâmite, bem como atenuando a oneração do judiciário.

#### **3.2.2. Retorno do empresário falido ao mercado (fresh start) de forma mais célere**

Não obstante, outro motivo que favorece a necessidade de encerramento sumário é o da extinção das obrigações do falido, possibilitando que este possa retomar sua atuação como empresário de forma mais célere. Nesse sentido, o artigo 158, da Lei nº 11.101/2005 estabelece as hipóteses em que as obrigações do falido serão extintas, podendo verificar que o inciso VI do referido dispositivo legal estabelece que tais obrigações sejam extintas caso seja consignada a falência frustrada do devedor, senão vejamos: “Extingue as obrigações do falido: [...] VI – o encerramento da falência nos termos dos arts. 114-A ou 156 desta lei” (BRASIL, 2005).

O inciso supramencionado fora incluído na legislação falimentar com o advento da Lei nº 14.112/2020, sendo que tal inovação fora trazida como uma tentativa de acelerar e estimular o retorno do devedor falido ao exercício da atividade empresarial, favorecendo tanto o falido, que terá a faculdade de reingressar no mercado, como a economia brasileira, que poderá contar com uma nova sociedade empresária no âmbito empresarial (SACRAMONE, 2022).



Nessa toada, ensina o doutrinador Sacramone (2022, p. 1701):

*Por fim, caso o processo de falência dure menos do que três anos após a decretação da sua falência e não satisfaça 25% ao menos dos créditos quirografários, se poderia ainda pensar em continuidade das obrigações do falido posteriormente ao seu encerramento. A Lei n. 11.101/2005, em sua nova redação, contudo, determinou que, **encerrado o processo de falência, seja porque não foi depositada caução pelos credores** e não foram localizados, seja porque o administrador judicial apresentou relatório final, sobre o qual foi proferida sentença de encerramento, **as obrigações em face do falido são extintas.** – Grifou-se*

Ou seja, o encerramento sumário da falência possibilita que o chamado “fresh start”, isto é, o “novo começo” para o devedor falido ocorra com mais celeridade, tornando possível que este, de forma literal ao termo supracitado, tenha uma nova chance para reingressar no mercado, em que pese o insucesso da última atividade empresária desenvolvida, conforme ministra Sacramone (2022, p. 17101):

*A extinção das obrigações, ainda que não satisfeitas, permite que o falido possa retomar a desenvolver suas atividades, contraindo novos débitos e créditos. É o chamado fresh start, ou recomeço, e procura incentivar o empresário que teve insucesso a continuar arriscando e empreendendo.*

Assim sendo, se vislumbrada a ausência de bens e verificada a hipótese de aplicabilidade da falência frustrada em determinado processo de falência, o encerramento sumário do feito estaria em sintonia a um dos objetivos da falência elencados no artigo 75 da Lei nº 11.101/2005, qual seja o de estimular o empreendedorismo e possibilitar o retorno do falido ao desenvolvimento da atividade econômica, previsto no inciso III do referido dispositivo legal (DRUMOND, 2021), conforme verifica-se a seguir:

*Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a:*

*[...]*

*III – fomentar o empreendedorismo, inclusive por meio da viabilização do retorno célere do empreendedor falido à atividade econômica (BRASIL, 2005).*

Nesse sentido, pode-se constatar, mais uma vez, que o encerramento sumário do processo de falência com ausência de ativos suficientes seria benéfico tanto para o devedor falido como para a economia brasileira.

### **3.2.3. Melhoras nos índices utilizados para classificar o ambiente de negócios brasileiro no Ranking Doing Business**

Em tempo, outro motivo que faz com que o encerramento sumário da falência seja imprescindível, o qual, a meu ver, é o mais relevante, seria o de contribuir para a melhor classificação do Brasil no Ranking *Doing Business*.

O referido ranking corresponde à uma iniciativa tomada pelo Banco Mundial, no qual são analisadas as regulamentações aplicadas nas empresas nacionais dos países que participam do projeto. Tal iniciativa estuda em quais países pode se encontrar uma quantidade maior de regulamentações no âmbito do empreendedorismo, sendo elaborado um ranking geral, baseado em indicadores específicos, com o intuito de classificar quais



países possuem um ambiente mais favorável para o desenvolvimento de atividade empresária (The World Bank, 2020).

Assim, o Banco Mundial se utiliza de alguns índices para proceder com a análise do ambiente de negócios dos países para elaborar o ranking geral, sendo eles: abertura de empresas; obtenção de alvarás necessários; obtenção de eletricidade; registro de propriedades; obtenção de crédito; proteção dos investidores minoritários; pagamento de impostos; comércio com países estrangeiros; execução de contratos; e, por fim, a resolução de insolvência (The World Bank, 2020).

Como visto, um dos índices utilizados pelo Banco Mundial para elaboração da classificação é o índice de resolução de insolvência, o qual é afetado diretamente pela forma que os processos de insolvência tramitam no país, ou seja, a maneira como o processo de insolvência prossegue reflete diretamente nos resultados das pesquisas realizadas pelo Banco Mundial, motivo pelo qual o referido índice será abordado com mais ênfase a seguir.

No que tange a área de resolução de insolvência, para que ocorra a elaboração do ranking entre os países participantes do projeto, são observados alguns indicadores específicos, como o custo, os resultados e a duração dos processos de insolvência que envolve empresas de determinado país, de modo que a coleta dos dados em comento é realizada mediante pesquisas promovidas por especialistas em insolvência, os quais analisam a legislação vigente que rege o procedimento de insolvência do país que está sendo analisado (The World Bank, 2020).

Dessa forma, o território que está sendo examinado terá sua economia (no tocante ao índice de resolução de insolvência) devidamente classificada em consonância a forma em que ocorre a resolução dos processos de insolvência que tramitam no país, sendo que, quanto maior a facilidade para solucionar os processos de insolvência, isto é, quanto melhores os indicadores do local, maior será a pontuação atribuída e, por conseguinte, mais favorável será a classificação do país no Ranking *Doing Business* (The World Bank, 2020).

Sendo assim, como já mencionado anteriormente, os indicadores do índice relativo à resolução de insolvência analisam o custo, a duração e os resultados do processo de insolvência, os quais, juntos, originam a chamada taxa de recuperação, sendo que esta objetiva verificar o valor dos créditos que puderam ser reavidos pelos credores da sociedade empresária insolvente durante o trâmite do processo com base nos indicadores supracitados (duração, custo e resultado do processo) (The World Bank, 2020).

Na hipótese do procedimento falimentar, os eventuais ativos serão alienados, portanto, quanto ao indicador do resultado do processo, este consistirá em venda separada de tais ativos. No tocante ao custo, trata-se do quanto o credor será onerado para conseguir satisfazer a recuperação do seu crédito, incluindo despesas referentes a honorários advocatícios, despesas processuais, e etc. Por fim, a duração do processo concerne, literalmente, ao tempo que o levará para ser encerrado (The World Bank, 2020).

Analisando os indicadores que são levados em consideração para qualificar a economia de um país no tocante ao índice de resolução de insolvência, vislumbra-se ser vantajoso o encerramento sumário do processo de falência que não possui ativos suficientes. Isso porque, no que tange ao custo arcado pelo credor para reaver o crédito devido pela falida, com o encerramento do processo, este não terá mais que suportar as despesas oriundas do processo de falência, evitando que seja prejudicado com altos gastos



processual, bem como colaborando para o melhor aproveitamento do Brasil no índice em comento (The World Bank, 2020).

Do mesmo modo, referindo-se a duração que o processo permanecerá em trâmite, é importante salientar que, caso seja arrecadado algum ativo da Massa Falida, este terá seu valor de mercado deteriorado na hipótese de permanecer retido no processo falimentar por longo lapso temporal, sem que seja procedida sua liquidação com a maior brevidade possível. Nesse sentido, seria de grande vantagem o encerramento sumário da falência na hipótese da existência de ativos de sua propriedade, uma vez que estes seriam liquidados e rateados entre os credores de forma célere, favorecendo tanto os credores da Massa Falida, quanto os dados indicadores da resolução de insolvência brasileira, tendo em vista que os eventuais ativos arrecadados não perderiam seu valor de mercado em decorrência de se manterem privados pela continuidade do processo (The World Bank, 2020).

Atualmente, o Ranking *Doing Business* analisa o ambiente de negócios de 190 (cento e noventa) países, sendo elaborado um ranking geral das economias e um específico para cada área específica estudada (abertura de empresas; obtenção de alvarás necessários; obtenção de eletricidade; registro de propriedades; obtenção de crédito; proteção dos investidores minoritários; pagamento de impostos; comércio com países estrangeiros; execução de contratos; e resolução de insolvência). No último estudo realizado pelo Banco Mundial em 2021, entre os 190 (cento e noventa) países participantes do ranking, o Brasil fora classificado em uma posição altamente preocupante, qual seja a 124ª posição do ranking geral. Já no ranking específico da área de resolução de insolvência, entre os 190 (cento e noventa) países, o Brasil se situou na 74ª posição (The World Bank, 2020).

Pelo exposto, é evidente que no momento atual o Brasil se encontra em uma posição totalmente desfavorável no Ranking *Doing Business*, torna-se necessário que sejam buscadas soluções com o intuito de aprimorar o ambiente de negócios brasileiro. Portanto, diante do que fora apresentado no presente tópico, a aplicação do instituto da falência frustrada torna-se um caminho favorável para um melhor desempenho do ambiente de negócios brasileiro no índice de resolução de insolvência do *Doing Business*, resultando em uma melhor colocação no referido ranking e, conseqüentemente, fazendo com que a economia brasileira seja vista por uma ótica mais atrativa pelas economias estrangeiras.

#### 4. CONCLUSÃO

Pelo exposto no presente artigo, pode-se concluir que, com as alterações e novidades legislativas trazidas pela Lei nº 14.112/2020 para a legislação falimentar, o trâmite dos processos de insolvência sofreram mudanças significativamente positivas, tornando o processo de falência mais moderno e vantajoso para o empresário que não obteve sucesso na última atividade empresária desenvolvida.

Assim, o presente artigo abrangeu alguns dos pontos mais importantes dentro de um processo de falência, expondo suas fases, apontando algumas das novidades trazidas pela alteração legislativa realizada na legislação que regulamenta o processo falimentar e analisando como ocorre o processo de falência.

Não obstante, também fora possível conceituar o instituto da falência frustrada, elucidando qual o motivo que enseja a caracterização do fenômeno em comento. Da mesma maneira, também se dissertou quanto às medidas que os credores da Massa Falida com





ativos insuficientes podem tomar para dar prosseguimento na busca da recuperação do seu crédito, além de mencionar quais serão as consequências no caso de configuração da falência frustrada.

Ademais, explanou-se também a respeito de que o instituto da falência frustrada se encontrava previsto apenas no Decreto Lei nº 7.661/45, sendo que o fenômeno em comento não detinha previsão legal expressa na legislação falimentar até o advento da Lei nº 14.112/2020, de modo que, a partir de janeiro do ano de 2021, passou-se a vigorar o artigo 114-A na legislação falimentar, o qual dispõe sobre a falência sumária. Contudo, em que pese à inexistência de previsão legal na legislação falimentar em momento pretérito, a jurisprudência brasileira já havia consolidado o entendimento de aplicabilidade da falência frustrada nas hipóteses de ausência de ativos no processo de falência.

De mais a mais, diante do estudo evidenciado no presente artigo, pode-se concluir também que o encerramento sumário do processo de falência sem bens detém várias vantagens. Dentre elas, cita-se, a possibilidade de retorno do empresário falido ao âmbito de negócios de forma mais acelerada, uma vez que o encerramento do processo de falência de forma sumária enseja na extinção das obrigações do falido, possibilitando que o “*fresh start*” ocorra de maneira mais breve em comparação com a antiga legislação falimentar.

Por fim, pelo exposto, verificou-se também que o maior benefício ocasionado pelo encerramento sumário da falência com ativos insuficientes consiste no melhor resultado do Brasil na pesquisa realizada pelo Banco Mundial relativa ao ambiente de negócios de diversos países. Isso porque, se configurada hipótese de aplicação da falência frustrada e se o feito for encerrado de forma concisa, tal prática favorecerá os índices brasileiros nas pesquisas realizadas pelo Banco Mundial, fazendo com que o Brasil se torne mais bem classificado no Ranking Doing Business e, por conseguinte, favorecendo a economia brasileira.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Vade mecum**. 33. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. 2565 p.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*.

CAMPINHO, Sérgio. **Temas relevantes e controvertidos decorrentes da reforma da lei de falência e recuperação de empresas (Lei nº. 14.112/2020)**. São Paulo: Saraiva, 2021. 151 p.

DRUMOND, Thomaz Carneiro. **O fresh start após a reforma da lei de recuperação judicial e falências**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-08/drumond-fresh-start-reforma-lei-recuperacao>. Acesso em: 28 set. 2022.

VIEIRA, Victor Rodrigues do Nascimento. **A morosidade do Judiciário, suas consequências para as partes e as formas de trazer celeridade aos processos no Brasil**. Disponível em: <https://vieiravictor.jusbrasil.com.br/artigos/943683744/a-morosidade-do-judiciario-suas-consequencias-para-as-partes-e-as-formas-de-trazer-celeridade-aos-processos-no-brasil>. Acesso em: 24 set. 2022.

FONSECA, Geraldo. **Reforma da lei de recuperação judicial e falência: comentada e comparada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. 264 p.



Mais Retorno. **Doing business**. Disponível em:  
<https://maisretorno.com/porta/termos/d/doing-business>. Acesso em: 28 set. 2022.

MAMEDE, Gladson. **Falência e recuperação de empresas**: direito empresarial brasileiro. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021. *E-book*.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

The World Bank. **Ease of doing business rankings**. Disponível em:  
<https://archive.doingbusiness.org/en/rankings>. Acesso em: 28 set. 2022.

The World Bank. **Metodologia**. Disponível em:  
<https://archive.doingbusiness.org/pt/methodology>. Acesso em: 28 set. 2022.

The World Bank. **Resolução de insolvência**. Disponível em:  
<https://archive.doingbusiness.org/pt/methodology/resolving-insolvency>. Acesso em: 28 set. 2022.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: falência e recuperação de empresas. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 638 p. v. 3.



## XX. O RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO APLICADO ÀS CRIANÇAS CONCEBIDAS POR INTERMÉDIO DA INSEMINAÇÃO CASEIRA

Camila Nataly Lorencini<sup>1</sup>  
Nicola Frascati Junior<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO 2 CONCEITO DE FAMÍLIA 2.1 Filiação 2.1.1 Adoção 2.1.2 Inseminação artificial 2.1.3 Barriga emprestada 2.1.4 Inseminação caseira 3 DUPLA MATERNIDADE 3.1 O reconhecimento e o registro 3.2 Impedimento do registro de uma das mães nos casos de concepção por meio de inseminação caseira 3.3 Entendimentos aplicados aos casos concretos hoje no Brasil 4 PROBLEMAS GERADOS PELA INSEMINAÇÃO CASEIRA 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** O objetivo desse estudo é analisar o reconhecimento de filiação aplicado as crianças concebidas por intermédio da inseminação caseira. Com a evolução da sociedade, novos modelos de família foram constituídos e acolhidos pelo direito brasileiro, e, com isso, casais homo afetivos, que possuem o desejo de ter filho, passaram a ter possibilidades de realizar tal sonho. Alguns dos meios para se concretizar tal desejo é a adoção, a inseminação artificial e a barriga emprestada, todos respaldados pelo direito brasileiro. Porém, os casais homo afetivos femininos que possuem o desejo de gerar seu filho, mas que não possuem alcance aos custos de inseminação artificial, passaram a utilizar a inseminação caseira. A partir disso surge a problemática do registro civil das crianças advindas desse método, visto que a mãe não gestante só consegue ser inserida na certidão de nascimento após entrar na justiça e conseguir perante o juízo a liberação para que seu nome seja acrescentado, além de toda insegurança jurídica, pois não é um método reconhecido no direito brasileiro, não possuindo qualquer respaldo, podendo o doador requer o reconhecimento da paternidade e vice-versa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito da família. Inseminação caseira. Novos modelos familiares. Dupla maternidade.

**ABSTRACT:** The aim of this study is to analyze filiation recognition applied to children conceived through home insemination. With the evolution of society, new family models were created and accepted by Brazilian law and, with that, homosexual couples, who have the desire to have a child, have the possibility to realize this dream. Some of the ways to achieve this desire are adoption, artificial insemination and borrowed belly, all supported by Brazilian law. Some of the ways to achieve this desire are adoption,

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Faculdade Maringá.

<sup>2</sup> Doutorando pela Universidade Autónoma de Lisboa - UAL. Mestre em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1998). Especialista em Direito e professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Juiz de Direito Titular da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Maringá-Pr. Professor de Pós-Graduação do Centro Universitário Univel e na Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Professor de graduação no Curso de Direito das Faculdades Maringá.



artificial insemination and borrowed belly, all supported by Brazilian law. However, female homo affective couples who have the desire to have their child, but don't have access to the costs of artificial insemination, started to use home insemination. From this point on, the civil registration problem of the children resulting from this method begins, since the non-pregnant mother can only be included in the birth certificate after appearing in court and obtaining, in court, the release to have her name added, in addition to all the legal uncertainty, as it is not a method recognized in Brazilian legislation, having no support, and the donor may request the recognition of paternity and conversely.

**KEYWORDS:** Family law. Home insemination. New family models. Double maternity.

## 1. INTRODUÇÃO

A sociedade vive em constante transformação e isso afeta todos os âmbitos de nossa vida. Inserido nesse contexto, os núcleos familiares também mudaram, onde relações homoafetivas ganharam espaço e direitos, como o de se casar, por exemplo. O que antes era abominado, hoje é tido com mais naturalidade.

Constitucionalmente, o art. 226 da Constituição Federal de 1988 determina que família é a base da sociedade e, por isso, possui proteção do Estado. Hoje é admitido expressamente pela Carga Magna três modelos de família, quais sejam: o matrimonial, advindo de casamento como ato formal; a união estável, que se forma com a relação entre pessoas que não possuam impedimento ao casamento e o modelo monoparental, formado por um dos pais e seus filhos (BRASIL, 1988). Logo, a concepção de família que antes era limitada ao homem e a mulher mudou e considera-se atualmente, acima da sexualidade do casal, o laço afetivo criado entre sujeitos. Dessa maneira o conceito de família é vasto, e acolhe a todos.

Após conquistarem o direito de se casarem e serem considerados como família, os casais homoafetivos passaram a buscar meios para que pudessem ter seus filhos, e assim aumentarem o núcleo familiar. Assim, o objetivo desse estudo é analisar reconhecimento de filiação aplicado as crianças concebidas por intermédio da inseminação caseira. Para tanto, nosso enfoque é em famílias que possuem dupla maternidade, cujo método de reprodução muitas vezes utilizado é a inseminação caseira, geralmente por não conseguirem arcar com os custos de uma inseminação assistida. A partir disso, existem implicações quanto ao registro e o reconhecimento da mãe que não possui o elo biológico com o filho, além de possíveis problemas jurídicos que podem surgir pela falta de segurança jurídica da inseminação caseira.

## 2. CONCEITO DE FAMÍLIA

Família pode ser considerada por muitos como uma instituição sagrada e necessária que necessita de ampla proteção do Estado. Ao longo do tempo, o conceito de família se modificou e se adaptou as evoluções humanas, para Gonçalves (2019) família “abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende



*“os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins” (GONÇALVES, 2019, p.17), conceito atual e amplo de família.*

Quando analisamos os conceitos antigos, como o do Direito romano, encontramos um conceito completamente oposto, onde “o pater famílias exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida” (GONÇALVES, 2019, p. 33). Nesse contexto, a mulher era completamente subordinada à autoridade de seu marido, sem exercer vontade própria.

A partir do século IV, o Imperador Constantino implementou outra concepção família, na qual predominavam questões de ordem moral. Esse modelo foi nomeado como família cristã, as necessidades eram outras, o foco estava nas necessidades militares, e objeto era a criação de patrimônio para os filhos. Sendo assim, “a família romana evoluindo no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do pater, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos, passando estes a administrar os pecúlios castrenses” (GONÇALVES, 2019, p. 33). Pelo contexto de guerra, que gerava uma ausência maior da figura paterna, a mulher e os filhos passaram a ser mais independentes e essa figura autoritária começa a se dissolver.

Avançando para a Idade Média, as relações familiares são regidas, unicamente pelo direito canônico, que reconhecia apenas o casamento religioso como válido, “embora as normas romanas continuassem a exercer bastante influência no tocante ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, observava-se também a crescente importância de diversas regras de origem germânica” (GONÇALVES, 2019, p. 34). As relações familiares passaram a necessitar de uma formalização com a casamento religioso, e poder pátrio ainda é predominante.

O conceito de família brasileira, como hoje é conhecida, sofreu influência do conceito de famílias supracitados, onde:

*[...] é notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principalmente da colonização lusa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio. O direito canônico influenciou até mesmo a criação do Código Civil de 1916 ao mencionar quais seriam as invalidades de família (GONÇALVES, 2019. p. 34).*

A Constituição Federal de 1988, ao determinar o conceito de família, adotou novos valores, passando a privilegiar a dignidade da pessoa humana. Alguns dos avanços podem ser encontrados no § 4º do art. 226, que dispõem “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, a partir desse momento a família passou plural, podendo ter novas formas de constituição. (BRASIL, Constituição 1988).

Outra alteração significativa foi a do art. 227, § 6º, que dispõem que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988), alterando o sistema de filiação e proibindo qualquer discriminação entre os filhos concebidos fora do casamento. Uma outra importante alteração foi a do art. 5º, inciso I, onde “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos



termos desta Constituição (BRASIL, 1988), assim como o art. 226, § 5º, que assegura que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 1988). Predomina-se, portanto, o princípio da igualdade entre homens e mulheres.

As alterações ocorridas na Constituição Federal de 1988 serviram de base para a criação do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002). O Código apresenta uma realidade familiar baseada no afeto e os vínculos por ele gerado e não apenas na relação biológica, já que

*[...] uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação de filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar (GONÇALVES, 2019, p. 36).*

Os modelos de família hoje reconhecidos são conceituados pela doutrina, mas não aparecem expressos na Constituição, sendo eles: a) Família matrimonial, decorrente do casamento; b) Família informal, decorrente da união estável; c) Família monoparental, constituída por um dos genitores com seus filhos; d) Família anaparental, constituída somente pelos filhos; e) Família homoafetiva, formada por pessoas do mesmo sexo; f) Família eudemonista, caracterizada pelo vínculo afetivo.

É possível observar que o conceito de família se moldou conforme a sociedade evoluiu, em cada momento histórico foi entendido de maneira diferente e por muito tempo se associou a família a figura paterna como líder e a materna como cuidadora e protetora. Com as mudanças e os avanços, como observado, existem diversas formas de família, e a prioridade é o vínculo afetivo de cuidado e proteção que existe entre as pessoas.

## 2.1. Filiação

O ser humano não é capaz de viver sozinho, pois necessita de cuidados especiais por um período longo, o que “gera um elo de dependência a uma estrutura que lhe assegure o crescimento e o pleno desenvolvimento. Daí a imprescindibilidade da família, que se torna seu ponto de identificação social” (DIAS, 2021, p. 207). Por isso, é tão importante a figura da família nas relações humanas.

No ordenamento brasileiro encontramos o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1990), que garante, com intuito de proteger a criança, o direito à convivência familiar. Dias define que o ECA “deu prioridade à dignidade da pessoa, abandonando a feição patrimonialista da família. Proibiu quaisquer designações discriminatórias à filiação, assegurando os mesmos direitos e qualificações aos filhos nascidos ou não da relação de casamento e aos havidos por adoção” (DIAS, 2021, p. 207), direito esse garantido também pela Constituição.

A filiação, assim como aconteceu com o direito de família, passou a ter como prioridade o vínculo afetivo existente nas relações paterno-filial. Possibilitou ampliação do “conceito de paternidade, compreendendo o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal” (DIAS, 2021, p. 207). A parentalidade



deriva do estado de filiação, independentemente de sua origem biológica ou afetiva, e está muito mais vinculado no amor do que nas relações biológicas.

Essas alterações são as mais recentes pela qual o modelo de família passou nos últimos tempos, “deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade” (DIAS, 2021, p. 208). Acompanharam, portanto, o desenvolvimento social como um todo, priorizando o que seria mais benéfico para a proteção das próprias crianças.

Observadas essas alterações, fica visível que a questão biológica passa a ser observada em segundo plano, como fator não determinante para a concepção da família. O que corrobora para este cenário é o fato dos métodos de reprodução assistida, a doação de óvulos e espermatozoides e a gravidez realizada por barriga emprestada terem se tornado mais comuns, “a partir do momento em que se tornou possível interferir na reprodução humana, a procriação deixou de ser um fato natural para subjugar-se à vontade do homem” (DIAS, 2021, p. 208). Logo, ampliou-se as formas em que podem ser constituídas a filiação.

Quando esses métodos passam a ser mais populares, a concretização do desejo

de se ter filho se torna possível a todos, haja vista que

*Para isso não precisa ser casado, ter um par ou mesmo fazer sexo com alguém. Não há como identificar o pai com o cedente do espermatozoide. Nem dizer se a mãe é a que doa o óvulo, a que cede o útero ou aquela que faz uso do óvulo de uma mulher e do útero de outra para gestar um filho, sem fazer parte do processo procriativo. Ao final, todas tornam-se mães, o que acaba com a presunção de que a maternidade é sempre certa. Porém, se a mãe gestacional for casada, surge a presunção de que seu marido é o pai. (DIAS, 2021, p. 208).*

A filiação evoluiu a partir da evolução dos conceitos de família, além disso, os avanços tecnológicos e sociais contribuíram muito para tanto. Dessa forma, assim como não temos mais um conceito de fechado de família, não é possível dizer que só é filho aquele que possui vínculos biológicos com o genitor. Muitas são as formas de família, e muitas são as formas de construir as relações paterno-filial.

### **2.1.1. Adoção**

A adoção é um dos mais antigos meios que as pessoas utilizam para poder ter filhos quando são, por algum motivo, impedidas biologicamente de tê-los. Dias assinala que “sempre existiram filhos cujos pais não querem ou não podem assumir. Também há crianças que são afastadas do convívio familiar por negligência, maus-tratos ou abuso” (DIAS, 2021, p. 328). Na adoção, busca-se, em primeiro lugar, garantir que a criança faça parte de um núcleo familiar, para que assim tenha-se o básico que uma família deve oferecer.

Para Gonçalves (2019) a “adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha” (GONÇALVES, 2019, p. 413), onde cria-se uma relação de paternidade e filiação, sem que haja entre as pessoas laços sanguíneos. O art. 100, parágrafo único, inciso IV, da Lei 12.010 de 3



de agosto de 2009, dispõe que “a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto”. Dessa forma, a adoção deve sempre observar o princípio do melhor interesse da criança.

Essa modalidade de filiação está ligada ao amor, o que gera um vínculo parentesco por opção das partes. Para Dias (2021):

*A adoção consagra a paternidade socioafetiva, baseando-se não em fator biológico, mas em fator sociológico. A verdadeira paternidade funda-se no desejo de amar e ser amado. É nesse sentido que o instituto da adoção se apropria da palavra afeto. É no amor paterno-filial entre essas mais velhas e mais novas, que imita a vida, que a adoção se baseia. São filhos que resultam de uma opção, e não do acaso, que são adotivos (DIAS, 2021, p. 329).*

Alguns requisitos são observados em nosso ordenamento jurídico para que uma pessoa possa adotar. O ECA (1990) determina que “podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil” (BRASIL, 1990), organizando, ainda, quem está proibido de adotar, com vistas a proteger as crianças e os adolescentes.

Para que uma pessoa possa adotar, segundo Gonçalves (2019) “o estado civil, o sexo e a nacionalidade não influem na capacidade ativa de adoção. Está implícito, no entanto, que o adotante deve estar em condições morais e materiais de desempenhar a função, de elevada sensibilidade, de verdadeiro pai de uma criança” (GONÇALVES, 2019, p. 424). Respeita-se, dessa forma, a variedade dos modelos de família, buscando o bem-estar da criança.

É visível que o instituto da adoção, em todos os momentos, busca a proteção da criança ao direito de possuir uma família que a ame, proteja, cuide e eduque. Essa relação é baseada no afeto. Há muito tempo é a forma mais utilizada para pessoas que possuem o desejo de ter um filho, unindo essa vontade com a necessidade da criança em ter uma família, cujos benefícios são inúmeros.

### **2.1.2. Inseminação artificial**

A inseminação artificial, também conhecida como fecundação artificial ou concepção artificial, são técnicas de reprodução assistidas. São utilizadas em substituição à concepção natural, quando há dificuldade ou impossibilidade de um ou do par de gerar um filho. Portanto, “são técnicas de interferência no processo natural, daí o nome de reprodução assistida” (DIAS, 2021, p. 222), que possibilita a geração de uma nova vida por meio artificial.

Existem duas formas reconhecidas de inseminação artificial, quais sejam: homologas e heteróloga. Com base em Dias (2021) a primeira ocorre a partir da manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal, procedida à fecundação in vitro, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo. Já a segunda ocorre quando a concepção acontece com material genético de doador anônimo e o vínculo de filiação é estabelecido com a parturiente. Sendo ela casada, se o marido consentiu com a prática, será ele o pai, por presunção legal. Sendo assim,





inseminação é um método utilizado por casais ou pessoas que decidam ter seus filhos sozinha.

A evolução no campo biotecnológico trouxe inúmeros avanços para a humanidade. Uma delas foi a possibilidade da reprodução assistida, cujos “avanços tecnológicos na área da reprodução humana emprestaram significativo relevo à vontade, fazendo ruir todo o sistema de presunções da paternidade, da maternidade e da filiação” (DIAS, 2021, p. 222). Com relação ao registro civil da criança concebida nos procedimentos de fecundação assistida, que envolve material “genético de mais de duas pessoas, todos podem assumir, por consenso, a parentalidade do filho assim concebido.

No entanto, o registro da multi parentalidade depende de reconhecimento judicial”. (DIAS, 2021, p. 222).

Os impedimentos físicos e biológicos que levavam muitos casais a utilizarem a adoção como forma de aumentar o núcleo familiar, foi, em parte, suprido pelos avanços médicos e tecnológicos, que trouxeram procedimentos como a reprodução assistida, a fim de proporcionar aqueles que desejam ter um filho de maneira biológica e que antes não conseguiam.

### **2.1.3. Barriga emprestada**

Conhecida de maneira errônea e popular pelo termo “barriga de aluguel”, é outra forma de se ter um filho, mesmo que exista algum impedimento biológico. O termo está incorreto pois no Brasil é vedado cobrar qualquer valor para se alugar um útero. O procedimento consiste em um gerar um embrião através de técnicas de fertilização in vitro

(FIV) e, este embrião, é transferido no útero de uma mulher, que “carrega” o bebê por, aproximadamente, 40 semanas e dá à luz (BARROSO, 2016). Após esse período o bebê retorna aos pais.

Os casais homoafetivos também recorrem a esse método, mas por não possuírem o material genético necessário precisam recorrer a outros meios. Se o casal for composto por duas mulheres, será necessário recorrer a um banco de sêmen para a fertilização in vitro. No caso de casais do sexo masculino, haverá a necessidade de se recorrer a um banco de óvulos. Ambos os casos os doadores são anônimos, e no segundo não pode a doadora ser também a voluntária (ANDRADE, 2018).

No Brasil, não existe lei vigor regulamentado este ato. O que existem são resoluções do Conselho Federal de Medicina e um provimento do Conselho Nacional de Justiça, em que ambos tratam da gravidez por substituição, denominada, também, de barriga solidária ou barriga emprestada. A resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina (CFM) determina a permissão de “o uso das técnicas de RA para heterossexuais, homoafetivos e transgêneros”, ou seja, todos podem recorrer a esse método (CFM, 2021).

Além disso, é expressamente vedado que a doação não pode ter caráter lucrativo ou comercial. Outra determinação do Conselho Federal de Medicina, determinada pela Resolução nº 2.294/2021, que “a cedente temporária do útero deve ter ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau. Demais casos estão sujeitos a avaliação e autorização” (CFM, 2021). Sendo assim, a mulher que gerar o embrião precisa



necessariamente ser mãe, irmã, avó, tia ou prima de um dos parceiros, a idade máxima determinada é de 50 anos.

Respeitados os requisitos dispostos, o casal pode gerar um filho biológico na barriga de uma terceira pessoa. Esse é um método mais recente para que as famílias, que por algum impedimento não podem gerar um bebê, encontram para concretizar o desejo de ter um filho.

#### **2.1.4. Inseminação caseira**

A inseminação caseira foi um método encontrado pelas famílias que não possuíam condições de arcar com os custos de uma inseminação assistida regulamentada pelo Conselho Federal da Saúde (CFS). A inseminação envolve a colocação do sêmen no corpo da mulher e caseira porque o procedimento é feito de maneira doméstica, sem um aparato técnico especializado (ARAÚJO, 2020), feita sem o acompanhamento de um especialista, ato este em que há um doador conhecido.

Utilizam esse método de inseminação caseira por serem casal de mulheres, uma única mulher, um casal de homens ou um único homem (nos casos em que não serão usados os respectivos sêmens), ou, ainda, um casal de homem e mulher, por exemplo, com problemas de fertilidade, que decidiu optar por este tipo de doação (ARAÚJO, 2020). É uma prática arriscada, e mesmo assim utilizada.

Por ser um método caseiro, o CFM não regulamentou essa prática, visto que pode ser prejudicial à saúde dos indivíduos por não possuir qualquer auxílio profissional, além das questões jurídicas que acarretam tal método. Apesar disso, muitos são os casos de crianças geradas a partir desse método, cuja

*A ausência de regulamentação sobre a matéria não dizima a necessidade de pensar sobre os vários pontos relacionados à prática, como o exercício da autonomia dos envolvidos na constituição do projeto parental, a regulamentação vigente da doação de gametas em procedimentos assistidos de reprodução e o regime jurídico da filiação. (ARAÚJO, 2020, p. 23).*

Abre-se uma lacuna, a prática não é proibida, mas também não regulamentada pelas diversas implicações. Tais elementos não podem ser omitidos, haja vista que muitos casos acabam chegando no judiciário, como por exemplo, o ato do registro, apenas a mãe que gerou a criança terá direito ao nome na certidão, o que implica vários empecilhos no cotidiano da família.

### **3. DUPLA MATERNIDADE**

A dupla maternidade é um tema que gera controvérsias, pois até pouco tempo atrás essas pessoas eram impedidas até mesmo de casar-se, e, constituir família era um desafio. Não que não existiam, mas eram invisíveis aos olhos do legislador, e, atualmente, reitera-se

*[...] o compromisso do Estado para com o cidadão sustenta-se no primado do respeito à dignidade humana e nos princípios da igualdade e da liberdade. Diante das garantias constitucionais, impositiva a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica. Essas famílias acabavam sem proteção legal e sem seus direitos reconhecidos (DIAS, 2021, p. 631).*



Muitos foram os avanços para chegarmos no conceito que temos hoje de família, já que não se admite “excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade. É necessário admitir que relacionamentos, mesmo sem a diversidade de sexos, atendem a tais requisitos” (DIAS, 2021, p. 632). Assim, casais compostos por pessoas do mesmo sexo passaram a ser protegidos legalmente, respeitando o vínculo afetivo entre eles.

Após serem reconhecidas como família, essas mulheres passaram a ter o desejo de serem mães. Alguns métodos proporcionam que elas realizem esse sonho, como a adoção e a inseminação artificial que reconhecem e garantem que elas possam, ambas, serem registradas como mães. No entanto, como já observado, muitas acabam recorrendo para o método conhecido como inseminação caseira, que não gera nenhuma garantia para a mãe não gestante, e, é onde essas mães acabam recorrendo a justiça para terem seus direitos reconhecidos.

### 3.1. O reconhecimento e o registro

O registro civil é um ato obrigatório. O art. n. 50 da Lei 6.015/73 (BRASIL, 1973) determina que “todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias” (BRASIL, 1973). Assim, todo bebê ao nascer precisa ser registrado, procedimento em que os pais comparecem ao registro civil com uma declaração de nascido vivo, emitido pelo hospital ou maternidade em que o bebê nasceu. Nesse caso, apenas pode registrar a mãe e aquele que se identifique como pai da criança (BRASIL, 1973).

Nos casos de adoção, os pais precisam apresentar o mandado judicial, seus documentos pessoais e os da criança. O art. n. 95 da Lei 6.015/73 dispõem que serão registradas no registro de nascimentos as sentenças de legitimação adotiva, “consignando-se nele os nomes dos pais adotivos como pais legítimos e os dos ascendentes dos mesmos se já falecidos, ou sendo vivos” (BRASIL, 1973). Casais homoafetivos, nos casos de adoção, por já possuírem determinação judicial, conseguem registrar, sem maiores transtornos, a criança no nome de ambos.

Quando a criança for gerada através de reprodução assistida, o provimento n. 63 de 14/11/2017 do CNJ, determina em seu art. 17 que serão necessários:

*I – declaração de nascido vivo (DNV); II – declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários; III – certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).*

Nos casos de gestação por substituição, ou barriga emprestada, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero,



esclarecendo a questão da filiação, de acordo com o disposto no § 1º do art. 17 do provimento nº 63 de 2017 do CNJ. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

O provimento dispõe no § 2º do art. 16 que “no caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência a distinção quanto à ascendência paterna ou materna” CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017). Dessa forma, os casais compostos por pessoas do mesmo sexo não enfrentaram qualquer obstáculo ao registrar seu filho.

Nos casos em que são legalmente autorizados por lei para constituir filiação, visto que são biologicamente impossibilitados, os casais homoafetivos não encontram qualquer barreira para o registro, pois já é reconhecido o direito de constituir família. Eles podem adotar, fazer fertilização assistida ou optar por uma barriga de aluguel. É direito dos casais homoafetivos terem filhos e serem reconhecidos como pais da criança.

### 3.2. Impedimento do registro de uma das mães nos casos de concepção por meio de inseminação caseira

No Brasil, um casal de mulheres não pode registrar o filho advindo de inseminação caseira ou outro método não reconhecido pelo CNJ. Essas mulheres acabam recorrendo ao judiciário para reconhecer o direito da mãe não gestante. Não existe, no entanto, expressa redação legal que proíba que essas mães registrem seus filhos.

Quando se trata de casais heterossexuais a mera presunção de paternidade é suficiente para realizar o registro da criança, o art. 1.597 do Código Civil (BRASIL, 2002) dispõem que

*Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;*

- I. - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;*
- II. - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;*
- III. - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (BRASIL, 2002).*

Além disso, o reconhecimento dos filhos, mesmo que havidos fora da relação, poderá ser feita, seguindo o que determina o art. n. 1.609 do Código Civil (BRASIL, 2002):

- I. - no registro do nascimento;*



- II. - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
- III. - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
- IV. - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

*Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes. (BRASIL, 2002).*

Sendo assim, a mera presunção ou a vontade de reconhecer a criança como filho garante ao pai o direito de registro, mesmo que esse não seja biologicamente pai da criança, é assegurado pelo art. 60 da lei nº 6.015/73, em que “o registro conterà o nome do pai ou da mãe, ainda que ilegítimos, quando qualquer deles for o declarante” (BRASIL, 1973).

### 3.3. Entendimentos aplicados aos casos concretos hoje no Brasil

Atualmente no Brasil muitos casais acabam por recorrer ao judiciário a fim de ter reconhecido o direito de exercer a parentalidade por lei. Sobre isso, Volpi (2021) esclarece

*[...] tribunais de justiça já concederam decisões favoráveis ao registro da dupla maternidade nos casos de inseminação caseira. A título de exemplo, temos casos nos estados de São Paulo, Minas Gerais, Espírito Santo, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Rio de Janeiro e Paraná. (VOLPI, 2021, p. ).*

Algumas das recomendações para que essas mulheres tenha a concessão do pedido são importantes, como estarem casadas ou em união estável, o que corrobora com a comprovação de que o casal possui intenção na constituição de família. Outro ponto importante é que o doador seja anônimo, ou seja, as partes não conheciam o homem (geralmente a doação é acertada em grupos do *Facebook*, específicos para a prática da inseminação caseira), e após a inseminação, não houve mais contato com ele (VOLPI, 2021). Dessa forma, a participação do homem se resume a apenas doar o material genético, até mesmo a concepção é realizada pelas duas mulheres. Mesmo sendo anônimo, é importante que o casal tenha pelo menos uma declaração do doador, afirmando que não pretende manter qualquer vínculo com as partes (VOLPI, 2021).

Recentemente, um casal do Rio de Janeiro, conseguiu um alvará para registrar a dupla maternidade antes mesmo do bebê nascer. O casal está junto desde 2017, e optou pela inseminação caseira por não possuir condições financeiras de arcar com a inseminação artificial.

*Já na reta final da gravidez, prevendo dificuldades para registrar o filho, procuraram ajuda da Liga Brasileira de Lésbicas e Mulheres Bissexuais (LBL). A representante Virginia Figueiredo encaminhou o caso à*



*Comissão de Direitos Humanos e Assistência Judiciária (CDHAJ) da OABRJ, onde foi abraçado pela procuradora da comissão, Mariana Rodrigues, e pela integrante Thaíse Zacchi Pimentel (PASSI, 2021).*

Outro caso recente ocorreu em São Paulo. Diante da comprovação do vínculo entre as partes, a 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo autorizou a inclusão dos nomes de duas mães no registro de uma criança concebida mediante inseminação artificial caseira. O entendimento da turma julgadora foi contrária ao MP que entendia que o doador também deveria ter o nome incluso na certidão de nascimento (4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2022).

A desembargadora Marcia Dalla Déa Barone entendeu que restava comprovado não haver vínculo emocional entre as partes. Segundo a desembargadora:

*Restou satisfatoriamente demonstrado nos autos que este figurou como mero doador de material genético, sendo que a declaração pública por ele realizada se voltou tão somente para confirmar sua intenção em ajudar as autoras a conceberem um bebê, afirmando a ausência de qualquer vínculo afetivo com elas e/ou com a criança. (BARONE, 2022).*

Questionada quanto a possível vontade de geração de vínculo, complementou a desembargadora que “caso o genitor biológico ou a menor deseje, no futuro, o reconhecimento de sua paternidade, não estará impedido de fazê-lo, podendo buscar as vias adequadas para tanto, sendo certo a admissão pelo ordenamento pátrio da multiparentalidade” (BARONE, 2022). Por se tratar de um assunto relativamente novo, não há como prever se haverá ou não vontade das partes em estabelecer vínculo.

Os julgadores, em sua maioria, procuram proteger o direito dessas mulheres de constituir família e registrar seus filhos no nome de ambas as mães, não só no nome daquela que possui vínculo biológico. O que se demonstra um avanço, mais um reconhecimento para as famílias homoafetivas.

#### **4. PROBLEMAS GERADOS PELA INSEMINAÇÃO CASEIRA**

Por se tratar de um tema relativamente novo e que não possui nenhuma norma que o proíba ou que o regule, para que se crie uma segurança jurídica tanto para as mulheres que optam por esse tipo de inseminação, como para os homens que doam o material genético para realizar o sonho dessas mulheres. Alguns questionamentos acabam surgindo, visto que aqueles que doam o material genético não possuem qualquer garantia oferecida pelas clínicas de inseminação, onde “as partes que se utilizam do material não podem saber quem foi o doador. Apenas a clínica possui esses dados” (PAIANO, 2022, p. 13.), o que assegura ao doador o anonimato.

Por se tratar de inseminação caseira, muitas vezes o doador é um conhecido da mulher que opta por esse método, que, segundo Paiano (2022) é “justamente procurado porque as partes se aproximam de algum modo, seja na via virtual, seja no cotidiano de suas vidas” (PAIANO, 2022, p. 13.), não possuindo qualquer segurança jurídica que o anonimato proporciona aos doadores.



Paiano (2022) traz alguns questionamentos importantes para o nosso debate, quais sejam: como seria se o filho buscasse a paternidade ou sua ancestralidade? Estaria ele obrigado a pagar alimentos, dar seu nome ao filho, transmitir-lhe herança? Poderia o doador ser demandado em ação de reparação de danos por abandono afetivo? A resposta seria que sim, “ele poderia sim ser demandado em ação de investigação de paternidade ou a de ancestralidade, com o consequente pagamento de alimentos ao filho. E com isso ele poderia ser compelido a todas as consequências patrimoniais e extrapatrimoniais” (PAIANO, 2022, p. 13.).

Além dos riscos judiciais, as mulheres acabam expondo sua própria saúde em risco, pois são inúmeras as doenças sexualmente transmissíveis que elas correm risco de se contaminar ao realizar este método. Por essas e inúmeras razões, é evidente que a inseminação caseira não é o melhor ou o mais seguro método para que essas mulheres realizem o sonho de se tornarem mães e constituírem uma família, mas a legislação não pode ser omissa quanto ao assunto, visto que é um método que vem cada vez mais sendo utilizado, sem que haja qualquer segurança jurídica para ambas as partes.

## 5. CONCLUSÕES

Muitos são os avanços no direito brasileiro, mas ainda existem algumas lacunas, visto que a sociedade vive em constante alteração. Uma dessas lacunas é o direito de famílias homoafetivas constituída por duas mulheres registrarem seus filhos advindos de inseminação caseira, método arriscado, mas ainda sim muito utilizado.

A inseminação caseira não é indicada, por conta dos riscos que oferece, mas também não é proibida. Muitas mulheres recorrem a esse método para concretizar o sonho de se tornar mãe e ter uma família. Esse acaba sendo o meio encontrado quando elas não possuem condições de arcar com procedimento médico recomendado, que gera gastos para essas famílias.

Mas, essas mulheres acabam não podendo registrar esse bebê após o nascimento, visto que não possuem qualquer documentação exigida oferecida pelas clínicas e acabam precisando recorrer ao judiciário para que a mãe não gestante possa ter seu nome acrescentado na certidão de nascimento da criança.

Os problemas não acabam no registro, o doador fica juridicamente desprotegido, podendo ser demandado em ações de reconhecimento de paternidade, podendo responder com as consequências patrimoniais e extrapatrimoniais. Por outro lado, as mulheres também não estão protegidas, pois o doador também pode resolver fazer parte da vida dessa criança, não podendo essas mulheres impedi-lo.

Por se tratar de um tema relativamente recente, as consequências podem surgir futuramente, até o momento os conflitos que chegam ao judiciário são com relação ao registro civil dessas crianças. Não se tem um entendimento consolidado do que deve ser feito nesses casos, o que acaba deixando essas mulheres, crianças e até mesmo os doadores sem qualquer segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Schumacker. **Barriga de aluguel**: Veja o que diz a legislação e entenda como funciona. Disponível em



<https://schumackerandrade.jusbrasil.com.br/artigos/556821029/barriga-de-aluguel-veja-o-quediz-a-legislacao-e-entenda-como-funciona>. Acesso em 12 de março de 2022.

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. Projetos parentais por meio de inseminações caseiras: uma análise bioético-jurídica. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. Belo Horizonte, v. 24, p. 101-119, abr./jun. 2020.

BARROSO, Sérgio Luiz. **O que é uma barriga de aluguel? Ela é permitida no Brasil?**

Disponível em

<<https://sergioluizbarroso.jusbrasil.com.br/artigos/387395350/o-que-e-uma-barriga-de-aluguel-ela-e-permitida-no-brasil>>. Acesso em 12 março de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 12 março de 2022.

BRASIL. **Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm). Acesso em maio de 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em maio de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Dispõem sobre a garantia do direito a convivência familiar. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm)>. Acesso em maio de 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Código de ética médica**. Resolução nº 1.246/88. Brasília: Tablóide, 1990.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 63 de 14 de dezembro de 2017**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em maio de 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

PAIANO, Daniela Braga. **Reprodução assistida**: autoinseminação e suas implicações jurídicas e as alterações trazidas pela Resolução n. 2294/2021 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <https://civilistica.com/reproducao-assistida-autoinseminacao/>. Acesso em: 26 jun. 2022.

PASSI, Clara. **Comissão atua e casal de lésbicas obtém alvará judicial que autoriza bebê a ganhar registro de dupla maternidade ao nascer**: caso, que envolve





inseminação caseira, é um dos primeiros do estado. 2021. Disponível em <https://oabRJ.org.br/noticias/comissao-atua-casal-lesbicas-obtem-alvara-judicial-autoriza-bebe-ganhar-registro-dupla>. Acesso em: 19 maio 2022.

TJ-SP. Reconhece dupla maternidade de bebê gerado por inseminação artificial caseira. **Revista Consultor Jurídico**, 31 de janeiro de 2022. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jan-31/reconhecida-dupla-maternidade-bebe-gerado-inseminacao-caseira>. Acesso em: 19 maio 2022.

VOLPI, Beatriz. **Como registrar a dupla maternidade em caso de inseminação caseira**: Com o aumento da jurisprudência permitindo o registro da dupla maternidade, surge a dúvida de como buscar a concessão do registro. 2020. Disponível em <https://beatrizvolpiadv.jusbrasil.com.br/noticias/1130191325/como-registrar-a-dupla-maternidade-em-caso-de-inseminacao-caseira>. Acesso em: 19 maio 2022.



## XXI. O TRANSGÊNERO E A DIGNIDADE DE PESSOA HUMANA NAS PENITENCIÁRIAS BRASILEIRAS

Rafaela Monteiro de Freitas<sup>1</sup>  
Diego Fernandes Vieira<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEU VALOR CONSTITUCIONAL. 3 O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E A PESSOA HUMANA. 4 O TRATAMENTO JURÍDICO E SOCIAL DO TRANSGÊNERO NO CÁRCERE. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo à análise atual do sistema carcerário brasileiro, bem como as violações ao princípio da dignidade da pessoa humana e suas consequências para a detenta, sendo um dos maiores problemas do sistema carcerários apontados à superlotação que acarreta a violação de alguns direitos, tendo em vista a ocorrência das violações diariamente durante o cumprimento da pena e a grande dificuldade em ser reinseridas na sociedade e no mercado de trabalho, tendo em vista o grande preconceito, muitos acabam cometendo novos delitos, já que o sistema possui uma imensa carência e limitação de recursos, e por fim, elencara conceitos de gênero, direitos humanos e uma breve análise dos direitos e garantias assegurados às apenadas sob o olhar protetivo nacional e internacional. A pesquisa tem caráter bibliográfico e se enquadra como pesquisa qualitativa, pois contemplará análises do material estudado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos humanos; Pessoa transexual; Sistema carcerário.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the current Brazilian prison system, as well as violations of the principle of human dignity and its consequences for the detainee, being one of the biggest problems of the prison system pointed to overcrowding that leads to the violation of some rights, regarding the daily occurrence of violations during the execution of the sentence and the great difficulty in being reinserted in society and in the job market, due to the great prejudice, many end up committing new crimes, since the system has an immense lack and limitation of resources, and finally, it lists concepts of gender, human rights and a brief analysis of the rights and guarantees guaranteed to the inmates under the national and international protective gaze. The research has a bibliographic character and fits as qualitative research, as it will include analyzes of the material studied.

**KEY-WORDS:** Human rights; transgender person; Prison system.

---

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Faculdade Maringá. E-mail: rafaelaambrosio123@gmail.com

<sup>2</sup> Professor no curso de Direito da Faculdade Maringá - FAC, Maringá - PR. Mestre em Ciências Jurídicas pela UniCesumar - Universidade Cesumar, Maringá - PR. Bolsista Taxa do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP/CAPES). Pós-graduado em Psicologia Educacional, Direito Civil e MBA em Gestão Empresarial pela Uniasselvi - Centro Universitário Leonardo da Vinci, Paranavaí - PR. Bacharel em Direito pela UniCesumar - Universidade Cesumar, Maringá - PR. E-mail: diego.vieira\_180@hotmail.com.



## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem, como escopo, abordar um assunto cuja relevância social, jurídica e acadêmica é indiscutível, pois, trata-se de um estudo a respeito das violações ao princípio da dignidade da pessoa humana no sistema carcerário brasileiro em relação a pessoas transgêneros.

Sua relevância se torna indiscutível por se tratar de indivíduos que sofrem preconceitos dentro da sociedade, sendo considerados um grupo de minorias em sua vulnerabilidade e que, perante o sistema prisional, ficam ainda mais expostas. Por ser um ambiente hostil, se tornam mais susceptíveis ao desrespeito e violações de seus direitos.

Durante o cumprimento da pena privativa de liberdade, aplicada na prática de maneira meramente retributiva, muitos dos requisitos mínimos de dignidade da pessoa humana não são atendidos. Mesmo já sendo reconhecida a mulher transgênero como um gênero feminino no âmbito civil, ao cometer um crime, sua pena é cumprida em uma penitenciária masculina. Com isso, lhes são retirados seus trajes femininos, tratamento hormonal, e são, muitas vezes, violentadas tanto de forma física quanto sexual, agravando o preconceito e exclusão social pelo ingresso em um ambiente predominantemente masculino, onde lhes é negada a sua identidade específica.

Assim, se faz como principal objetivo a análise do sistema penitenciário brasileiro e suas violações ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação à pessoa transgênero, evidenciando algumas falhas como a superlotação e a falta de garantia de uma vida digna, uma vez que o sistema carcerário é dotado de descaso e abandono.

Para que o objetivo proposto fosse alcançado, foi realizado o uso da metodologia objetiva de caráter bibliográfico documental, com base em teórico de juristas e doutrinadores da área do direito.

O trabalho, para tanto, foi estruturado em três partes, sendo: o primeiro capítulo, voltado para a busca da definição do princípio da dignidade da pessoa humana e seu valor constitucional. No segundo, capítulo foi explanado acerca da relação da pessoa humana no cárcere, no sentido de demonstrar que todos os princípios e direitos fundamentais devem ser resguardados, e garantidos aos presos, cuja classe é totalmente desfavorecida. Por fim, no terceiro capítulo, evidenciou-se as questões envolvidas ao tratamento social e jurídico da pessoa transgênero perante o cárcere.

## 2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEU VALOR CONSTITUCIONAL

A dignidade da pessoa humana surgiu com o intuito de combater o Estado totalitário e as aberrações praticadas contra o ser humano, tornando-se o principal fundamento para a criação de um Estado Democrático de Direito, valorando a pessoa humana no sec. XX por meio da Declaração de Direitos Humanos, em 1948. Tal fato se tornou marcante para que ocorresse a confirmação da origem do princípio da dignidade da pessoa humana (DE LIMA, FERMENTÃO, 2012).

No Brasil, a primeira constituição surgiu em 1824 e conferiu alguns direitos fundamentais como liberdade, propriedade e segurança individual. Entretanto, não houve nenhuma menção a respeito da dignidade da pessoa humana, que apenas em 1934 no caput do art. 115 foi expresso pela primeira vez de forma indireta e tornou possível a abordagem constitucional.



Marta Thais Nader e Cibele Kumaguai (2010) evidenciam que foi apenas em 1988, na Constituição Federal que está em vigência ainda hoje, que o princípio embasou inúmeros direitos passando a ter um valor fundamental e supremo. Elaborada em um cenário pós regime militar, com abertura política e o sentimento de solidariedade entre todos, a referida Constituição nasceu para proteger, manter e garantir direitos atrelados à dignidade e foi a partir desse fato que se deu o marco dos direitos de todos os cidadãos brasileiros, garantindo a eles liberdades civis e dando ao Estado deveres.

Passando assim, a ser definido de acordo com Luís Roberto Barroso (2010, p. 11), como:

*[...] um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. (BARROSO, 2010, p. 11)*

A Constituição Federal de 1988 se tornou um marco de direitos dos cidadãos brasileiros, organizado em normas, níveis, regras, subprincípios e princípios, fazendo menções ao longo de todo o seu texto a respeito do Estado Democrático de Direito. Como forma de garantia de direitos, criou um título no qual reunia as três primeiras gerações de direitos humanos, buscando a orientação e um norte para uma aplicação efetiva (DE MEDEIROS, 2008).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º dispõe que sua finalidade é garantir o exercício dos direitos individuais e sociais como titular soberano, com a intenção de diminuir a marginalização, pobreza e desigualdade entre os indivíduos, garantindo as condições mínimas para uma vida digna. (BRASIL, 1988, *on-line*).

E consagrou ainda, no art. 1, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um princípio basilar do Estado Democrático de Direito que serve como âncora para os demais princípios e direitos e se apresenta como uma garantia e um direito fundamental (SARLET, 2015).

Nesse mesmo liame, a dignidade como alicerce se estende por todo o ordenamento funcionando “tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2013, p. 64).

*Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos (BARROSO, 2019, p. 337).*



Para Tadeu Weber (2013), a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca à pessoa, não podendo ser concedida e nem retirada, pois, se trata de um princípio protetor de todas as realidades humanas. Deve, portanto, ser assegurada a todos, sem distinção.

A Constituição Federal de 1988, além de trazer em seu texto a dignidade da pessoa humana como princípio basilar, ainda fora responsável por apontar o mínimo necessário a cada indivíduo para a manutenção de sua sobrevivência. Em seu artigo 6º, interliga tais direitos diretamente a dignidade da pessoa humana

*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.*

*Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária. (BRASIL, 1988, on-line).*

Destarte, temos o princípio da dignidade da pessoa humana, uma qualidade inalienável, irrenunciável e que não prescreve, que deve ser respeitado e em nenhum momento suprimido, podendo ser complementado por outros direitos e princípios (GONÇALVES, 2020).

De acordo com Flademir Jerônimo Belinatti Martins (2012), no momento em que se estabeleceu o rol de direitos na Constituição Federal, buscou-se concretizar tal princípio demonstrando que estão interligados. Com isso, a relação existente entre princípios e direitos é ampla e possui uma carga valorativa como base da República e do Estado de Direito. Apresenta, portanto, um valor supremo, que mesmo ao limitar alguns direitos fundamentais, não se pode retirar o valor humano do indivíduo, gerando uma grande importância, uma vez que possui as seguintes funções:

*a) reconhecer a pessoa como fundamento e fim do Estado; b) contribuir para a garantia da unidade da Constituição; c) impor limites à atuação do poder público e à atuação dos cidadãos; d) promover os direitos fundamentais; e) condicionar a atividade do intérprete; f) contribuir para a caracterização do mínimo existencial. (GUERRA, 2013, p. 182).*

É importante salientar que, embora sirva como princípio basilar e alicerce para os demais direitos, ele busca limitar os poderes dos intérpretes constitucionais, concluindo assim que o Estado vive em função do homem, assegurando Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 8990) que:

*Nada se pode tecer de justo e realisticamente isonômico que passe ao largo da dignidade humana, base sobre a qual todos os direitos e garantias individuais são erguidos e sustentados. Ademais, inexisteria razão de ser a tanto preceitos fundamentais não fosse o nítido suporte prestado à dignidade humana. (NUCCI, 2013, P. 89-90)*

Elucidando, assim, que o princípio da dignidade humana não é apenas um princípio basilar e alicerce para os demais direitos e Códigos, mas também uma forma de controle na aplicação das leis, e não pode ser violado.



### 3. O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO E A PESSOA HUMANA

A Lei de execução penal – LEP, em seu artigo 1º, determina os objetivos e condições para que a reintegração do apenado, evidenciando o princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecendo sua aplicabilidade no sistema prisional, no qual a pena deverá ser proporcional ao delito, garantindo ao indivíduo condições dignas para o cumprimento da pena e buscando a garantia de reintegração social (BRASIL, 1984, *on-line*). No entanto, a realidade dentro das unidades carcerárias é uma realidade totalmente diferente do que aquela garantida pela legislação, a superlotação das celas, a precariedade e insalubridade torna o ambiente propício a contaminação de doenças e proliferação de epidemias (ASSIS, 2015).

De forma complementar Assis (2015, p., 75) sustenta que

*Todos esses fatores estruturais, como também a má-alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão fazem com que o preso que ali adentrou numa condição sadia de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas.*

[...]

*Desta forma, acaba ocorrendo a dupla penalização do condenado: a pena de prisão propriamente dita e o lamentável estado de saúde que ele adquire durante a sua permanência no cárcere.*

Devido a condições enfrentadas durante o cumprimento da pena, que ocorre após a sentença ser proferida, o apenado acaba por cumprir uma pena dupla. De acordo com o exposto por Rafael Damasceno Assis (2015), ficam sob custódia em celas em péssimas condições, expostos também à possibilidade de grande impacto psicológico, uma vez que sua liberdade é retirada e a exposição à repressão, ameaças, desumanidade, falta de privacidade está presente na realidade de uma apenada.

O art. 85 da LEP, em seu texto, traz as seguintes palavras: o “estabelecimento prisional

deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”, além de dispor, no decorrer de seu texto constitucional, que o ambiente deverá ser salubre e possuir dormitórios, aparelhos sanitários e lavatório. Quando isso não ocorre, em muitos espaços, demonstra-se a falta de respeito com os direitos básicos custodiados. Retira-se, assim, a individualidade e dignidade do indivíduo e não apenas a sua liberdade. (BRASIL, 1984, *on-line*).

Elucidando que é dever do Estado garantir a criação de celas e estruturá-las, para receberem uma grande quantidade de pessoas, ao contrário da realidade atual, em que as penitenciárias são “verdadeiros depósitos de homens, na maioria das vezes sem ter uma ocupação e uma perspectiva de melhora”. (OLIVEIRA. 1997).

Machado e Guimarães (2014, p. 569) expressam o seguinte parecer sobre o tema:

*A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-lo ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e, provavelmente, com maior desenvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere.*



Essa realidade trágica se torna, portanto, um castigo, pois existe a ausência do princípio da dignidade da pessoa humana, culminando com constantes motins, disputas entre facções rivais e rebeliões (CARDOSO, SCHOEDER, BLANCO, 2015).

Dessa forma, a recorrente violência dentro e fora das penitenciárias e o descaso social e estatal com as pessoas transgêneros é recorrente, não o reconhecendo socialmente seja em relação aos detentos ou funcionários do presídio, tornando estigmatizado e omissos no tocante estatal, uma vez que além da pena privativa de liberdade, são restringidos, também, seus corpos e sua identidade (CARDIN; VIEIRA; MEZACASA, 2020).

A realidade carcerária é extremamente hostil, entretanto não é o mesmo tipo de violência que acomete todos os detentos. Com a comunidade trans ela é ainda pior, já que possui relação direta com a identidade de gênero, eles sentem os efeitos negativos da superlotação, e a violação de sua identidade de gênero e estão ainda mais susceptíveis a sofrerem agressões físicas e sexuais (CARDIN; VIEIRA; MEZACASA, 2020).

Tal constatação evidencia o descaso e a segregação dentro do sistema penal que é omissos e inerte, faltando-lhe o reconhecimento e visibilidade desses indivíduos como cidadãos detentores de direitos (CARDIN; VIEIRA; MEZACASA, 2020).

Dessa maneira, o princípio da dignidade da pessoa humana surge como uma forma de garantir que mesmo que o indivíduo cometa atos ilícitos e condenáveis, ainda sim seus direitos fundamentais são resguardados. Isso evidencia a inadmissibilidade de penas cruéis e desumanas, porquanto a dignidade da pessoa humana é um valor moral e espiritual, manifestada de forma singular na autodeterminação consciente e responsável que traz consigo a pretensão de respeito, e se constitui como um mínimo invulnerável que deve ser assegurado por todo o estatuto jurídico, de modo que as limitações sejam feitas apenas excepcionalmente (MORAIS, 2003).

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana é colocado no mais alto grau de prioridade do Estado, limitando seu poder de atuação ao aplicar a Lei Penal e Processual Penal, tendo em vista que os direitos fundamentais não podem ser limitados, pois são dotados de dignidade e necessitam de preservação para que seja evitada qualquer forma de desproporcionalidade mediante os bens tutelados, não podendo o cidadão que cometa uma infração ser privado de seus direitos fundamentais, com exceção das penalidades expressas na Constituição Federal.

#### **4. O TRATAMENTO JURÍDICO E SOCIAL DO TRANSGÊNERO NO CÁRCERE**

Antes de se abordar a socialização e tratamento jurídico do transgênero, existe a necessidade de adentrar no contexto social de sexo que está ligado ao corpo e genitália. De acordo com Guacira Lopes Louro (2012) autodenomina “performatividade” e “citationalidade”, se tornando uma forma adotada pela sociedade para distinguir os indivíduos.

A pessoa não nasce com um sexo específico, mas este é construído pela sociedade e definido por fatores fisiológicos corporais, gerando uma grande complexidade uma vez que os seres humanos nascem apenas com uma mera construção formada durante os anos a respeito de sexo e não com ele já definido. (GUERRA, 2012).

Nesse mesmo viés, quando se pensa em transgênero, o que vem à mente é um gênero patológico, cuja natureza biológica fora desviada. O indivíduo vai em discordância do pensamento social sobre a relação homem e mulher, e acaba sendo visto como uma aberração



ou possuidor de um comportamento anormal por assumir o comportamento do sexo alvo, adquirindo repúdio e desconforto perante suas características e genitálias (BENTO, 2006).

A não identificação com o gênero de nascimento acaba por gerar um certo conflito com a sociedade, uma vez que o livre arbítrio apenas é dado a aquele que aceita os paradigmas adotados e transmitidos por ela (COLLING, 2017). Tal realidade causa a pessoas transgênero uma série de conflitos internos e externos por não se enquadrar nos paradigmas da sociedade que acaba com sua exclusão no âmbito social (BENTO, 2006).

Durante muitos anos, a transexualidade foi considerada um “distúrbio mental” e incluída no rol de transtornos de identidade de gênero pela Associação Psiquiatra Americana (BENTO, 2006). Apenas em 2014, foi retirada da Classificação Internacional de Doenças e passou a ser considerada uma disforia de gênero. (DONEGÁ, 2017).

Assim, perante a sociedade, o transgênero acaba sendo obrigado a assumir comportamentos dados por ela como normais, visto que o diferente gera uma grande violência e exclusão social, reprimindo tudo o que não é padrão e se justificando com base em ideologias e culturas que evidenciam que tal comportamento não está em conformidade com o sistema binário de gênero (DONEGÁ, 2017).

O tratamento jurídico da pessoa transgênero, por sua vez, não se diverge do tratamento social, já que o sistema prisional possui uma limitação em relação à identidade de gênero, marcado pela divisão binária, ou separação por alas se tratando de presídios mistos, causando a exclusão por não se enquadrar no padrão (CANHEO, 2017).

Apesar das inúmeras modificações na Lei de Execuções Penais desde sua entrada em vigor, nenhuma das modificações buscou incluir a realidade atual em seu texto, ocorrendo apenas algumas modificações criadas pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, gays, travestis e transexuais CNCD/LGBT com o intuito de proteger e impulsionar o Estado para que se encontre a solução dos problemas sociais e de discriminação e preconceito (GUIMARÃES, 2014).

A Constituição Federal de 1988 é clara em seu art.1º, III, ao elencar, como princípio, a igualdade de todos perante a Lei, o que inclui as pessoas transgêneros e qualquer outro gênero que os indivíduos se identifiquem. Entretanto, como já citado, o sistema prisional utiliza o critério binário para separação, que define o gênero como aquele atribuído ao momento de nascimento.

Conforme Guacira Lopes Louro disserta (2008, p. 21):

*O desafio maior talvez seja admitir que as fronteiras sexuais e de gênero vêm sendo constantemente atravessadas – o que é ainda mais complicado – admitir que o lugar social no qual alguns sujeitos vivem é exatamente a fronteira. A posição de ambiguidade entre as identidades de gêneros e ou sexuais é o lugar que alguns escolheram para viver.*

Nesse contexto, a efetivação dos direitos acaba sendo dificultada pela falta de equilíbrio e de respeito à personalidade de cada indivíduo. Foi nesse liame de pensamento e a busca pelo respeito a personalidade que, em 2014, surgiu a primeira Regulamentação com relação direta à população LGBT encarcerada, com a Resolução do Conselho Nacional de Combate à Discriminação CNDC/LGBT nº 1 de 2014. Esta se baseou em inúmeros documentos internacionais e nacionais voltados à proteção e efetivação dos direitos humanos no cárcere, que fora responsável por estabelecer alguns padrões e parâmetros de acolhimento a população LGBTQIA+ no momento de seu encarceramento.





Tal resolução visou garantir a utilização do nome social pelo encarcerado, visitas íntimas, respeito à condição de LGBT, acesso à educação, direito do cônjuge ou companheiro do mesmo sexo a receber auxílio-reclusão, adoção de celas especiais para garantir a segurança, cumprimento de pena em presídios femininos no caso de uma mulher transgênero, escolha da vestimenta e inúmeros outros direitos, visando assim adequar a situação jurídica com as constantes mudanças e evoluções do fato social que nem sempre são acompanhadas pelo judiciário (FERNANDES, 2012).

Apesar das garantias geradas pela resolução do CNDC/LGBT, nas penitenciárias brasileiras a realidade ainda precisa ser lapidada. De acordo com o Departamento Nacional Penitenciário (DEPEN), o Brasil é o terceiro país a integrar o ranking das maiores populações carcerárias do mundo, estando as condições muito longes de ter o básico necessário para a sobrevivência e convivência humana.

*Existem presídios superlotados, muitos deles com três, quatro ou até cinco vezes a sua capacidade. [...] Só a título de exemplo, em quase todos os presídios não avia trabalho ou mesmo algum tipo de educação escolar ministrada aos detentos para, de alguma forma, contribuir no seu processo de ressocialização; no quesito alimentação, foi descoberto que, também em muitos presídios, era oferecida comida estragada aos presos, ou então com prazo de validade vencido; os detentos faziam suas refeições com as próprias mãos, não utilizando qualquer tipo de talher, nem mesmo os plásticos, porque, por questões de segurança, afirmavam, não eram fornecidos, uma vez que poderiam ser utilizados como armas brancas. [...] A superlotação carcerária parece não preocupar as autoridades competentes, sobretudo a classe política, que não vislumbra nenhuma “vantagem” com o preso. As celas continuam sendo úmidas, fétidas, extremamente frias ou quentes, sem areação, a comida servida aos detentos ainda é de péssima qualidade, eles não trabalham, não podem exercitar-se, seus parentes são impedidos de vê-los com frequência. (GREGO, 2015, p. 176 a 180).*

A descrição dada por Rogério Greco reluz a um sistema prisional de extrema dificuldade, agravado pelo preconceito, julgamentos e violências, em um país recordista de homicídios de pessoas trans no mundo, cuja expectativa de vida não ultrapassa os 35 anos de idade, enquanto a perspectiva do restante da população é de 74 anos de acordo com o censo do IBGE de 2013 (DE SOUZA, BIANCHINI, DE ARAÚJO, 2022).

Tal situação ocorre pois, de acordo com Benevides e Nogueira (2021, p.45):

*Desde muito cedo, a sociedade naturalizou os processos de exclusão contra pessoas trans e nos ensinam a ter medo [...]. É comum observamos uma tentativa constante da associação entre travestis e atividades ilícitas para justificar a violência e/ou os assassinatos dos quais são vítimas, o que põe o Brasil no topo do ranking da violência contra pessoas trans no mundo [...]. As associações recorrentes são o uso de drogas, disputa de território, tentativa de extorsão e roubo.*

Ao serem encarceradas por cometerem atos ilícitos, os casos de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana são diários, as detentas sofrem pela falta de estruturas e também pela omissão da justiça com relação a sua identidade de gênero, como é o caso de Vitoria Rios Fortes, presa em 2009 por tráfico de drogas. Ela relata que



*[...] era obrigada a ter relação sexual com todos os homens das celas, em sequência. Todos eles rindo, zombando e batendo em mim. Era ameaçada de morte se contasse aos carcereiros. Cheguei a ser leiloada entre os presos. Um deles me 'vendeu' em troca de 10 maços de cigarro, um suco e um pacote de biscoitos. [...] Fiquei calada até o dia em que não aguentei mais. Cheguei a sofrer 21 estupros em um dia. Peguei hepatite e sífilis. Achei que iria morrer. Sem falar que eu tinha de fazer faxina na cela e lavar a roupa de todos. Era a primeira a acordar e a última a dormir. (ROSA, 2016)*

É evidente, em relatos como o de Vitoria e cenários divulgados pela mídia, que existe uma grande precariedade dentro do sistema carcerário e do ordenamento jurídico para que os conflitos, negligência perante a democracia, valores e princípios não sejam constantemente. Nesse sentido, há uma grave carência no sistema de condições básicas, que em uma visão panorâmica, é facilmente notada já que existe a discordância com as normas, moral e regras sociais coletivas.

No estado de Minas Gerais, no ano de 2009, surgiu a primeira ala gay, com o intuito de diminuir os problemas e o tratamento sob a injustiça e degradação da pessoa dentro do sistema carcerário, causador de inúmeros danos à sua integridade física já que são obrigadas a seguir os protocolos adotados para homens dentro do sistema penitenciário masculino. A ala foi constituída no presídio de São Joaquim de Bicas II, logo após a destinação de um pavilhão no presídio de Vespasiano. Por fim, o presídio Central de Porto Alegre e os Estados da Paraíba e Mato Grosso, também buscaram a implementação de algumas alas específicas para a população LGBTQIA+ graças a inúmeras denúncias de situações vexatórias e preconceituosas as quais eram submetidos no decorrer do cumprimento da pena (ROSA, 2016).

Mais tarde, passaram a ser previstas pela Resolução Conjunta nº 1/2014 de forma oficial. Apesar dos relatos de melhorias a respeito de integridade física e saúde, as alas apartadas ainda é uma prática controversa, uma vez que podem implicar um menor acesso ao trabalho e educação (SIQUEIRA; ANDRECIOLI, 2019).

Além disso, segregam e separam esses indivíduos sem culpa da violência sofrida em espaços cujo intuito é proteger a sua integridade física, afetando-os de forma dupla, ligadas a condições inferiores de vida nessas unidades, limitando muitas vezes o acesso a programas e benefícios ofertadas aos encarcerados em geral, que são cruciais para a sua reabilitação e programas de livramento antecipado (SIQUEIRA, ANDRECIOLI, 2019).

O que acaba por dificultar ainda mais o objetivo de reabilitar o detento após o cumprimento de sua pena o ressocializar para a vida em sociedade, uma vez que o sistema possui inúmeras falhas.

## 5. CONCLUSÃO

A partir da análise do panorama dos sistemas penitenciários brasileiros, é possível constatar que esses espaços carecem de infraestrutura e são, constantemente, negligenciados pelos governantes e sociedade. A prisão, que deveria ter o intuito de ressocializar após o cumprimento da pena, é um lugar que emana exclusão social, uma vez que tudo aquilo que foge do padrão não é bem recepcionado pelos indivíduos.

O indivíduo encarcerado, assim como qualquer pessoa livre, possui direitos e garantias que buscam a sua proteção. As previsões existentes voltadas à população LGBT possuem um enorme potencial de igualdade e inclusão, entretanto, não é o que ocorre na



prática. É evidente que existe um encarceramento em massa, graças à lentidão do sistema judiciário, a falta de disposição para a aplicação das leis e a falta de vontade de segui-las de forma fiel, além da falta de investimentos para a melhoria das penitenciárias, uma vez que os investimentos realizados não são suficientes para sanar as demandas, fazendo com que os apenados tenham que suportar condições de descaso, tendo seus direitos violados diariamente.

Nenhuma política pública será eficaz se não ocorrer a implantação igualitária para que ocorra um bom retorno também para essa parcela da sociedade, que sofre preconceito e discriminação desde a infância ou no momento no qual se assumem, fazendo com que muitos recorram à criminalidade em busca de sua subsistência.

Ao primeiro momento, no encarceramento, a autodeterminação é o fator que deve receber a maior atenção possível, pois é ele que determinará a alocação do preso. Entretanto, também se deve observar a fragilidade natural e a possibilidade desse indivíduo sofrer abusos.

Deve-se, também, se observar a forma na qual a pessoa LGBT será recebida pelo sistema carcerário, uma vez que existem empecilhos para a sua socialização, e esta constitui importante viés para a sua ressocialização ao final do cumprimento da pena.

Dessa forma, pode-se concluir que quando se trata de uma apenada com identidade de gênero diferente daquela normalizada na sociedade, a exclusão e vulnerabilidade é ainda maior, se tornando necessária a imposição de uma estrutura justa e igualitária nas medidas das desigualdades sofridas, mesmo que exista uma escassez de posicionamento preciso pelo legislativo com relação às regulamentações e enquadramento no sistema carcerário, que deve reconhecer e compreender a população LGBT e seus aspectos com a finalidade de alcançar um tratamento igualitário no âmbito social e penitenciário.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damasceno. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro**. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n.39, out-dez 2007. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/949/1122> Acesso em: 04 jul. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, 39 p. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_textobase\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_textobase_11dez2010.pdf). Acesso em: 29 jun. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENTO, Berenice. **A Reinvenção do Corpo**: Sexualidade e Gênero na Experiência Transexual. Rio de Janeiro: Garamond Universitaria, 2006.

BENEVIDES, B.G; NOGUEIRA, S.N.B. **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2020**. São Paulo: Expressão Popular, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, artigo 1o, III. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 08 set. 2022.



BRASIL. **Resolução Conjunta no 1, de 15 de Abril de 2014.** Dispõe sobre o combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, e dá outras providências. Diário oficial da União, de 17/04/2014, nº 74, seção 1, p.1.

DE MEDEIROS, Benizete. **Trabalho com Dignidade: Educação e Qualificação é Um Caminho?** São Paulo: LTR, 2008.

CANHEO, Roberta Olivato. **O tratamento da identidade transexual e travesti pelo Sistema Penitenciário no Rio de Janeiro.** In: MONICA, Eder Fernandes; MARTINS, Ana Paula Antunes. Qual o futuro da sexualidade no Direito? Rio de Janeiro: Ed. Bonecker, PPGSD, 2017.

CARDIN, Valeria Silva Galdino; VIEIRA, Diego Fernandes; MEZACASA, Douglas Santos. **Violência, abandono e invisibilidade: da vulnerabilidade do transgênero no sistema prisional brasileiro.** I encontro virtual do CONPEDI: Gênero, sexualidades e direito I, Florianópolis, v. I, ed. I, 2020.

CARDOSO, Tatiana de Almeida F. R; SCHOEDER, Betina Barbacovi; BLANCO, Vinícius Just. **Sistema prisional e direitos humanos: a (in) suficiente responsabilização internacional do Estado brasileiro [online].** In: Revista Eletrônica de Direito Internacional, v. 15, 2015-1, Belo Horizonte, CEDIN, 2015.

COLLING, Ana Maria; TEDESCHI, Losandro Antonio. **Dicionário Crítico de Gênero.** Dourados: Ed. UFGD, 2015.

DE LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. < b> **A Eficácia do Direito à Dignidade da Pessoa Humana.** *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, 2012, 12.1.

DE SOUZA, Gabriella Valentina Soares; BIANCHINI, Marcos Paulo Andrade; DE ARAÚJO, Giselle Marques. **A Mulher Transgênero no Sistema Prisional Brasileiro e a Finalidade Ressocializadora da Pena.** *Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais*, 2022, 23.1: 21-27.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Fabiana Rodrigues. **Direitos sociais: direito à moradia.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-sociais-direito-amoradia/>. Acesso em: 23 de jul de 2022.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: Colapso Atual E Soluções Alternativas.** Rio de Janeiro/RJ: Impetus, 2015.

GUIMARÃES, Gabriela Favretto. **O Transgênero e o Gênero Não Binário no Sistema Penal: Suas convergências, influências e problematizações.** 2014. 89 f. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito – Departamento de Ciências Penais. Porto Alegre: 2014.

LOURO, Guacira Lopes. **Judith Butler e A Teoria Queer.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas.** 2008. Disponível em [https://www.researchgate.net/publication/250993379\\_Genero\\_e\\_sexualidade\\_pedagogias\\_contemporaneas](https://www.researchgate.net/publication/250993379_Genero_e_sexualidade_pedagogias_contemporaneas). Acesso em: 07 de Set. de 2022.



MARTA, TAIS NADER. Kumagai, Cibele. **Princípio da dignidade da pessoa humana.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-dadignidade-da-pessoa-humana/>. Acesso em: 14 de jul de 2022.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana.** Princípio Constitucional Fundamental. Curitiba: Juruá, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal:** Parte geral e Parte especial. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eduardo. **Política criminal e alternativas a prisão.** Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro.** RIDH. Bauru, v. 5, n. 1, p. 167-190, jan./jun., 2017

PIMENTEL, Esimone Felício. **Direito à educação e o princípio da dignidade da pessoa humana no Brasil.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/32978/direito-a-educacao-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-no-brasil>. Acesso em: 08 de ago de 2022.

RESENDE, Marília Ruiz e. **A Constituição de 1988.** Disponível em: <https://www.politize.com.br/constituicao-de-1988/>. Acesso em: 08 de ago de 2022.

ROSA, Vanessa de Castro. **Mulheres transexuais e travestis no sistema penitenciário: a perda da decência humana e do respeito aos Direitos Humanos.** Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5730-Mulheres-transexuais-e-travestis-nosistema-penitenciario-a-perda-da-decencia-humana-e-do-respeito-aos-Direitos-Humanos](https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5730-Mulheres-transexuais-e-travestis-nosistema-penitenciario-a-perda-da-decencia-humana-e-do-respeito-aos-Direitos-Humanos). Acesso em: 14 jul. 2022.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

Siqueira, D. P., & Andrecioli, S. M. (2019). **TRANSFOBIA E A INVISIBILIDADE DAS PESSOAS TRANSGÊNERAS NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.** *Revista Direito & Paz*, 2(41), 40-66.

SOUZA, Isabela. **Direitos Humanos: conheça as três gerações.** Disponível em: <https://www.politize.com.br/tres-geracoes-dos-direitos-humanos/>. Acesso em: 06 de ago de 2022.

WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia do direito:** autonomia e dignidade da pessoa humana. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

XXII. OS CRIMES ELETRÔNICOS À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO E SEUS  
REFLEXOS AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

João Lucas Foglietto de Souza<sup>1</sup>  
Luiz Antônio Borri<sup>2</sup>  
Luiz Carlos Gallo<sup>3</sup>  
Isabela Furlan Rigolin<sup>4</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 DA CORRELAÇÃO ENTRE AS NOVAS TECNOLOGIAS E O DIREITO. 3 PROBLEMATICS ENVOLVENDO A TECNOLOGIA E A NORMATIVA PROCESSUAL PENAL 3.1 Competência na seara do direito penal em crimes digitais. 4 DIRETO ELETRÔNICO E CRIMES VIRTUAIS EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

**RESUMO:** Com a inserção da tecnologia, em especial a internet, a sociedade mundial teve amplo acesso a situações inovadoras que trouxeram ao indivíduo praticidades que jamais eram imaginadas como a facilidade de se comunicar com uma pessoa do outro lado do planeta; a celeridade para se efetuar uma compra; a possibilidade de visualizar locais distantes em tempo real; no direito, os atos processuais por meio eletrônico; entre outras inovações. Entretanto, com a criação desta inovação, originou-se uma série de novos crimes, conhecidos como crimes eletrônicos, digitais ou cibernéticos. Devido à crescente destes novos crimes, é necessário realizar um estudo sobre como a legislação penal atua de maneira teórica e processual, e como esta revolução digital pode acarretar um choque de direitos fundamentais, criando em nosso mundo um verdadeiro *Big Brother* como sugerido por George Orwell em sua obra “1984”. O objetivo deste trabalho é delinear sobre estas formas delituosas que foram inseridas na sociedade mundial conforme o avanço da tecnologia e analisar criticamente a demora do direito em evoluir para suprir as lacunas deixadas por estes novos delitos, uma vez que a velocidade em que as tecnologias são inseridas no mundo é exponencialmente maior do que a evolução do Direito, e, como as novas técnicas de resolução de delitos podem ferir direitos personalíssimos. Para a execução deste fora utilizada a metodologia bibliográfica documental, através da leitura de periódicos, livros e matérias correlatas.

**Palavras-chave:** Direito Eletrônico 1. Cyber Crimes 2. Internet 3. Direitos da Personalidade 4.

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pelo programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas – UniCesumar na condição de Bolsista CAPES/PROSUP; Mestre em Ciências Jurídicas pelo UniCesumar; Pós-graduado em Direito Civil Contemporâneo, pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Pós-graduado *latu sensu* em Direito Digital e Compliance (Ibmec-SP); Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogado; Email: jlfoglietto@gmail.com ORCID: 0000-0003-3941-4000

<sup>2</sup> Doutorando em Ciências Criminais na PUC/RS, Mestre em Ciências Jurídicas pelo UniCesumar. Advogado criminalista. E-mail: luiz@advocaciabittar.adv.br. ORCID: 0000-0001-7649-1270

<sup>3</sup> Doutorando em Direito na UNIMAR, Mestre em Ciências Jurídicas pelo UniCesumar, Auditor da Receita Estadual do Paraná aposentado. Email: luizreceita@bol.com.br.

<sup>4</sup> Mestre em Ciências Jurídicas – UniCesumar; Pós-graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio; Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); Advogada; E-mail: isabela.ifr@hotmail.com; ORCID: 0000-0003-1308-0970.



**ABSTRACT:** With the insertion of technology, especially the internet, world society had wide access to innovative situations that brought to the individual participates that were never imagined as: the ease of communicating with a person on the other side of the planet; the speed to make a purchase; the ability to view distant locations in real time; in law, procedural acts by electronic means; among other innovations. However, with the creation of this innovation, it also originated a series of new crimes, known as electronic, digital or cyber crimes. Due to the growing number of new crimes, it is necessary to conduct a study on how criminal law acts in a theoretical and procedural way, and how this digital revolution can lead to a fundamental rights conflict, creating in our world a true Big Brother as suggested by George Orwell in his work "1984". The objective of this work is to outline the criminal forms that have been inserted in the world society as the technology advances and critically analyze the delay of the right to evolve to fill the gaps left by these crimes, since the speed in which technology is inserted in the world is exponentially greater than the evolution of law, and how new techniques for resolving crimes can harm fundamental rights. For the execution of this was used the documentary bibliographical methodology, through the reading of periodicals, books and related matters.

**Keywords:** Eletronic Law 1. Cyber Crimes 2. Internet 3. Personal Rights 4.

## 1. INTRODUÇÃO

A internet é uma inovação criada no século XX que revolucionou totalmente a sociedade mundial. Com a adesão do indivíduo ela se tornou cada vez mais robusta e abrangendo maiores localidades.

É possível hoje: acessar bancos e realizar operações instantâneas; realizar compras em plataformas online (conhecidas como E-Commerce); acessar as redes sociais, que pulverizam informações com surpreendente velocidade; etc. De forma impressionante, com a utilização desta ferramenta a sociedade se desenvolveu de forma célere.

A exponencial crescente da globalização, igualmente, está atrelada com o mundo virtual, uma vez que, como citado, ficou mais fácil o acesso das informações e serviços, deixando os indivíduos, de certa forma, mais próximos.

No entanto, da mesma forma que houve a evolução tecnológica, esta proporcionou a sociedade novos tipos de crimes, fato que afetou o sistema penal brasileiro, trazendo novas questões difíceis a serem discutidas.

Tais dificuldades abrangeram o direito material penal, como: a tipificação; aplicação de pena; preenchimento de lacunas e equiparação com crimes existentes. Mas também atingiram a matéria processual penal.

No que tange ao processo penal, situações como a discussão de competência, dificuldades para obtenção de provas por meio virtual, cadeia de custódia da prova digital, autoria e materialidade delitiva são temas espinhosos que englobam a nova era do direito penal, agora também aderindo ao direito eletrônico.

É necessário também um olhar para os direitos da personalidade, e como novas tecnologias que tem revolucionado o mercado digital, inclusive de seguranças, podem realizar vulneração de direitos ditos como fundamentais, como o direito a personalidade, que de certa forma passa a ser colocado em colisão com o direito à liberdade de informação.



Desta forma é de suma relevância desenvolver um trabalho relacionado a era digital e suas influências no direito penal e sob a ótica dos direitos fundamentais, como forma de prevenção na violação de direitos.

## 2. DA CORRELAÇÃO ENTRE AS NOVAS TECNOLOGIAS E O DIREITO

Diante dos avanços da tecnologia, do desenvolvimento das ciências computacionais e do advento da inteligência artificial, reflexos emergiram também nas ciências jurídicas. O direito é uma ciência social aplicada, dotada de muita subjetividade, classicismo e rigidez, diferentemente das evoluções digitais, que, por serem objetivas e exatas, culminam em um processo mais célere. Tal distinção evolutiva entre a ciência do direito e a ciência tecnológica é demonstrada pela lacuna deixada pelo primeiro em face aos avanços tecnológicos, ou seja, por suas características supramencionadas, não é possível que as ciências forenses acompanhem o crescente desenvolvimento da tecnologia (BALDUINO, SILVA, 2020).

No entanto, a tecnologia também proporcionou ao direito inovações que contribuíram para o desenvolvimento da ciência. Ferramentas de busca jurisprudenciais, possibilidade consultar processos eletrônicos, peticionar e realizar audiências de modo virtual, entre outras contribuições, proporcionaram às ciências jurídicas, de maneira semelhante ao homem, a possibilidade de adesão aos meios digitais em suas atividades cotidianas.

A intersecção entre o direito penal e o meio digital como um todo está atrelado aos crimes praticados neste espaço. Como dito anteriormente, conseqüentemente ao aumento do uso desta ferramenta, novos crimes passaram a ser praticados, e muitas vezes em maiores escalas do que os conhecidos.

Para que se tenha um bom entendimento do tema, Mário Furlanetto Neto e José Augusto Chaves Guimarães, sobre os crimes no meio da internet ponderam:

*A informática permite não só o cometimento de novos delitos, como potencializa alguns outros tradicionais (estelionato, por exemplo). Há, assim, crimes cometidos com o computador (The computer as a tool of crime) e os cometidos contra o computador, isto é contra as informações e programas nele contidos (The computer as the object of a crime).” (FURLANETTO; GUIMARÃES, 2015, p. 63)*

A lei 12.737, de 30 de novembro de 2012, conhecida por Lei Carolina Dieckman que recebeu o nome da atriz em razão de o dispositivo celular desta ter sido violado e sua privacidade violada, com a disponibilização de fotos íntimas da atriz na internet. Tal normativa promoveu alteração de artigos do Código Penal inserindo crimes relacionados ao acesso indevido a dispositivos móveis alheios, com intuito de se obter, adulterar ou destruir dados e informações do proprietário do bem, regulamentado ainda a modalidade de ação penal (arts. 154-A e 154-B); criminalizando a interrupção de serviço telemático ou de informação de utilidade pública, assim como, impedir ou dificultar o seu restabelecimento (art. 266); e equiparou a documento particular, para efeitos de falsificação, o cartão de crédito ou débito (art. 298).

A modificação legislativa indicou que, por mais que as ciências do direito sejam morosas e burocráticas em sua formação, era necessário um impulso do ordenamento jurídico para atender às demandas criadas pelas novas tecnologias.

Desta forma, ficou tipificada a conduta de agentes que dolosamente invadem dispositivo informático alheio para capturar, adulterar ou destruir dados e informações de





titularidade da pessoa, como no caso da atriz, em que suas fotos íntimas foram divulgadas à público.

A Lei 13.718, de 25 de setembro de 2018, e a Lei 13.772, de 20 de dezembro de 2018, respectivamente, criminalizaram: a) o oferecimento, troca, disponibilização, venda ou exposição à venda, distribuição, publicação ou divulgação, inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática, de fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual contendo cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia (art. 218-C, CP); b) a realização de montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer registrado com a finalidade de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo (art. 216-B, CP).

Cabe salientar que por conta da internet se tratar de uma ferramenta de amplitude desconhecida devido a sua capacidade surpreendente, mesmo tipificada a conduta e aplicada ao indivíduo, até hoje é relativamente simples encontrar as fotos da referida atriz em um simples site de buscas.

De forma análoga, em diversos locais tem-se cultivado uma conduta que educa a população a não viralizar conteúdos que ferem ou então violam a privacidade da pessoa. Atualmente a empresa de proteção cibernética Cybertípica, situada no Canadá, realiza diversas matérias e publicidades instruindo a sociedade a abolição de tais condutas.

Ademais corroboram alertando a população das condutas ilícitas em dados, onde retratam a exploração por meio de extorsão de adultos e jovens adolescentes. Estes últimos foco de um número altíssimo no que tange à extorsão sexual, representando 40% daqueles que sofrem esse tipo de delito. (BARGHOUT, 2015).

Ataques à privacidade da pessoa são crimes bastante comuns, na realidade a grande maioria dos crimes existentes na área digital tem como base os crimes que atentam de alguma forma os direitos da personalidade, sejam as violações: a) ao direito à honra como a calúnia, injúria e difamação; b) aos direitos inerentes aos dados financeiros tal como a clonagem de cartões; golpes com cartões de crédito e débito; e c) aos direitos que tutelam a imagem e honra (atrelados) como a divulgação de fotos sem devida autorização; *revenge porn*; fotos íntimas entre outros.

Percebe-se que os crimes praticados pelo meio eletrônico têm projetado ações mais danosas do que os próprios crimes praticados na realidade brasileira. É necessário que se tenha uma potencialização na Lei Penal e um avanço grande do direito nesta seara, visto que o Direito não acompanha a evolução tecnológica como deveria ser feito, mas primariamente deve-se propiciar a difusão de informações sobre os cuidados necessários na ambiência virtual e regulamentar administrativamente e no direito civil formas de inibir comportamentos lesivos.

Devido a este retardo da normativa brasileira perante a constante inserção tecnológica no meio social, tem se aumentado cada vez mais a lacuna da norma jurídica que deveria resguardar direitos nesta nova área.

Porém, o ordenamento jurídico pátrio recepcionou duas novas leis que acabam por tutelar certos direitos individuais e conduzem o uso e a responsabilidades do indivíduo no que tange à internet e às novas tecnologias.

Primeiramente, o Marco Civil da Internet trouxe esses conceitos preliminares de utilização, princípios, objetivos, usos permitidos da internet, direitos e deveres dos usuários e, ao cenário brasileiro, uma normativa pioneira que abordava como se utilizaria a internet a partir daquele momento.



A normativa foi elaborada de modo que fossem respeitados direitos e garantias fundamentais como a liberdade de expressão e a proteção à privacidade do indivíduo, porém tais direitos são constantemente violados nos meios digitais em razão do ambiente amplo e com incertezas jurídicas. Dessa forma, o marco civil da internet visou tutelar direitos fundamentais, criando uma camada protetora nesse cenário de novidades e desconhecimento que são a internet e os meios digitais. (TEIXEIRA, 2018, p. 107)

De modo similar, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi criada com a ideologia de trazer ao ambiente digital maior proteção relativa aos dados das pessoas (físicas e jurídicas, públicas e privadas) para que se tutele o direito à privacidade de certas informações que possam ser acessadas, causando direta violação de direitos fundamentais.

### **3. PROBLEMATICAS ENVOLVENDO A TECNOLOGIA E A NORMATIVA PROCESSUAL PENAL**

No direito processual penal também é presente a tecnologia da informação, seja na aplicação da matéria em processos de natureza criminal, mas também para o dia a dia do judiciário.

O processo eletrônico também abrange o processo penal, sendo inerente a ele seus procedimentos, assim como no Cível. Hoje sua movimentação pode ser feita por meio de plataformas eletrônicas fornecidas pelos Tribunais.

Porém, o Direito Processual Penal ainda enfrenta grandes entraves com a tecnologia não no seu procedimento, mas sim em sua matéria processual. Temas como a dificuldade de colhimento de material probatório e competência são constantes na área.

#### **3.1. Competência na seara do direito penal em crimes digitais**

A competência para crimes que são praticados na internet possui um certo grau de dificuldade para se finalizar devido à internet ser espaço muito incerto de se delimitar. Embora o art. 70, do Código de Processo Penal estabeleça que a competência é determinada, como regra, no local da consumação do delito, nem sempre é fácil estabelecer o local. Fábio Tofic Simantob observa que: “questões como a do local do crime, essenciais para a determinação da competência, assumem outra dimensão no ambiente virtual” (2012, p. 62).

Antônio Henrique Maia Lima pondera sobre a dificuldade de se estipular um local certo da seguinte maneira

*No momento em que ocorre um determinado crime na internet o que se deve observar primeiramente é onde se deu o mesmo, em qual território a ação se concretizou... o problema é que na internet fica muito difícil estabelecer uma demarcação de território, as relações jurídicas que existem podem ser entre pessoas de um país e outro e entre diferentes culturas, as quais se comunicam o tempo todo. O direito deve, portanto, intervir para proteger os litígios que eventualmente surjam nessa seara. (LIMA, 2014)*

Ocorre que alguns usuários registram o endereço eletrônico em um país e sua atividade é exercida em um outro, dificultando a precisão da localização de possíveis condutas delituosas. Desse modo existem alguns princípios que norteiam o modo de aferir a localização correta destes.



Patrícia Peck Pinheiro quanto aos princípios que auxiliam a localização destes casos, afirma:

*...na atualidade existem diversos princípios para se determinar qual será a lei aplicável a cada caso. Há o princípio do endereço eletrônico, o do local em que a conduta se realizou ou exerceu seus efeitos, o do domicílio do consumidor, da localidade do réu, o da eficácia na execução judicial, etc... (PINHEIRO, 2002, p. 37)*

Para ilustrar as controvérsias surgidas, no Conflito de Competência 197.032, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a competência da Justiça Federal em detrimento da Justiça Estadual, com fundamento no art. 109, V, da Constituição Federal, em situação na qual foi instaurada investigação policial porque pessoa não identificada invadiu, por meio da internet, servidor de dados de uma clínica médica em Manaus/AM, exigindo o pagamento de US\$ 6.500,00, por *bitcoins*, para a devolução dados subtraídos, em modalidade de extorsão digital conhecida como *ransomware*.

O art. 109, V, da Constituição Federal fixa a competência da justiça federal quando o delito está previsto em tratado ou convenção interacional e tem sua execução iniciada no País, e o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. No caso examinado pelo Superior Tribunal de Justiça, tratar-se-ia de crime previsto na Convenção de Budapeste sobre o Crime Cibernético, internalizada pelo Decreto Legislativo n. 37/2021 e promulgado pelo Presidente da República pelo Decreto 11.491/2023.

Na hipótese, o crime apurado não afetava interesses da União, suas entidades autárquicas ou empresa pública federal, mas havia elementos indicativos da internacionalidade da conduta a atrair a competência da Justiça Federal, pois segundo consta do acórdão: “as investigações feitas pela autoridade policial constataram que tanto o registro como o acesso a ao menos um dos e-mails utilizados pelo criminoso, para a prática do delito, foram feitos no estrangeiro” (BRASIL, 2023).

Embora sejam inúmeros os problemas concretos que podem emergir, por certo a inserção de prática delitivas no contexto da internet exige um esforço extra do intérprete e do legislador, especialmente para suprir possíveis omissões e aprimorar a delimitação semântica dos dispositivos legais regulamentadores da competência processual penal.

#### **4. DIRETO ELETRÔNICO E CRIMES VIRTUAIS EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Nos últimos anos, pelos desdobramentos das ciências da tecnologia, em específico as relacionadas às computacionais, novos dispositivos foram sendo inseridos no mercado. Os *wereables* são as tecnologias ditas como vestíveis, ou seja, são dispositivos criados para serem utilizados junto ao corpo; os *smartwatches*, fones de ouvido que interagem com o indivíduo; óculos com funções inteligentes, entre outros.

Essas tecnologias vestíveis podem ser interpretadas como mecanismos desenvolvidos pelo homem, que, interagidos com a inteligência artificial, colaboram para melhorias na vida deste em modos distintos como monitoramento da saúde, desempenho melhor em algum esporte por meio dos resultados apurados pelo dispositivo, segurança em alguns casos, entre outras situações (KAUFFMAN, SOARES, 2018).

A revolução tecnológica conduziu a sociedade a novos hábitos, novos métodos de resolução dos problemas, a um remodelo da rotina existente até a inserção dos inventos da



ciência. Os dispositivos eletrônicos se tornaram o principal meio de comunicação e interação interpessoal, com a proposta de aproximar os seres humanos, facilitando a comunicação e, em consequência, todos os meios de relações, e tais produtos da modernidade predominam em todos os setores do homem contemporâneo (CHAVES JUNIOR, 2019, p. 46).

A inserção tecnológica trouxe benefícios, mas também situações conflitantes para o ordenamento jurídico pátrio, tanto na questão processual, quanto na materialidade e eventuais *choques* de direitos personalíssimos.

Como exposto anteriormente a Lei Penal, assim como todas as áreas do direito contemporâneo, sofrem com a escassa legislação que compreende os novos ramos jurídicos, principalmente no que se refere ao direito e as tecnologias eletrônicas.

Uma análise crítica aos mencionados direitos inovadores, têm-se ao se deparar com as lacunas deixadas pela pouca evolução do direito perante os avanços tecnológicos. Cria-se um alerta acerca disso, pelo fato de a inteligência artificial ter se mostrado ultimamente como uma facilitadora nas resoluções dos conflitos.

Recentemente, foi divulgado que a China e o próprio Brasil estão utilizando de super câmeras para realizar o reconhecimento facial de indivíduos e assim realizar a autuação e até mesmo a prisão. Como pode-se analisar no texto em seqüência:

*O sistema de reconhecimento facial é um software que compara imagens de câmeras de segurança captadas em tempo real com imagens de bancos de dados da polícia. Quando duas imagens coincidem, um policial recebe uma mensagem do sistema para decidir se a pessoa será abordada ou não. O uso do equipamento, porém, é considerado controverso na Europa. Seus críticos dizem que não seria suficientemente preciso e feriria liberdades individuais (SANTOS, 2019)*

Desta forma, levanta-se o questionamento acerca de uma possível colisão entre dois direitos que podem ser elencados como fundamentais para o ser humano. O Direito a Liberdade, em específico, a liberdade de informação de dados que efetivariam em uma hipotética segurança, uma vez que ao formalizar o acesso dos dados de indivíduos, a real probabilidade de efetivação do poder de polícia, por exemplo, seria mais real do que praticado atualmente.

E de outro lado, a privacidade individual seria colocada em questionamento pelo próprio estado, visto que suas imagens e informações, se tornariam públicas. Ressalta-se que os direitos fundamentais não podem ter sua titularidade transferida, porém podem ter provisoriamente sua suspensão, ou seja, pode ser relativizada sua efetividade. Outro problema que pode ser levantando em relação ao reconhecimento diz respeito à legitimação de práticas racistas por meio da tecnologia, não se podendo olvidar que preconceitos podem ser transmitidos para o algoritmo.

Um exemplo clássico, seria o *reality show* brasileiro conhecido como *Big Brother*, ou similares, em que o indivíduo cessa sua privacidade de modo provisório, não definitivamente, ficando a mercê de câmeras e microfones o vigiando permanentemente até sua saída do programa. Neste caso o direito de privacidade torna-se suspenso em detrimento da condição assumida pelo seu detentor de forma consensual.

O que é proposto pelas novas tecnologias seriam inovações, que de certa forma, cessariam direitos de forma definitiva, o que é colocado de forma crítica pelos autores: George Orwell, em seu livro “1984”; e Aldous Huxley, em sua obra denominada “O Admirável Mundo



Novo”, nas quais tecem críticas aos modelos tecnológicos, mesmo muito distante de sua época.

Exposto por Orwell, em seu livro dois cenários seriam possíveis. O primeiro, chamado de *Big Brother*, no qual o Estado teria uma imensa força e controlaria as informações como um todo de forma ditatorial e poderosa; de outro lado, contrapondo-o, o sistema chamado *Little Sister*, no qual o cenário seria o inverso, a figura do estado seria vista como enfraquecida e terceirizaria seus serviços para a iniciativa privada.

A respeito disso, Tércio Sampaio Ferraz Junior, em seu livro faz uma análise sobre o pensamento de George Orwell da seguinte maneira:

*No cenário do big brother, a partir do problema de combate a criminalidade digital (por exemplo, a lavagem de dinheiro), pode-se imaginar, no futuro, um Estado altamente controlador das comunicações por meio eletrônico, por meio de instrumentos como a redução do homem a um número único, capaz de identifica-lo em todos os seus documentos civis e criminais. Nesse cenário, contra a ineficiência de uma organização fundada na tripartição dos poderes, cresceria o poder de gestão administrativa, possibilitando a instantaneidade da imposição de multas, de tributos, de medidas preventivas. Em consequência, teríamos um clima social de grande conformismo, como redução da esfera privada e certa dissolução do indivíduo em seu papel de cidadão, em troca de uma versão abstrata de cidadania (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 153)*

Nota-se que o autor ao realizar a obra de Orwell, expõe uma situação que está em crescimento na sociedade mundial. O Estado tem ultrapassado os limites a ele impostos ocorrendo a quebra de direitos como o da privacidade, e ainda mais, como exposto a diminuição do real direito de cidadão, tratando o dever da cidadania de forma abstrata, apenas como um dado.

Outra situação apresentada pelo autor é o caso de uma existência de um regime cujo Poder Estatal é enfraquecido, denominado como *Little Sister*, de acordo com o pensamento de Tércio Sampaio Ferraz Junior, Orwell entende:

*No cenário little sister, haveria uma espécie de privatização das funções estatais de controle, pela progressiva comercialização dos serviços públicos, inclusive e especialmente no que se refere a bancos de dados, tendo por consequência um enfraquecimento do poder constituído no combate à criminalidade digital, cuja prevenção se tornaria uma questão de interesse de grupos sociais, não da coletividade. Com isso teríamos um certo clima sócia de apatia, com formação de verdadeiras “seitas” eletrônicas, para não dizer “máfias”, e, em decorrência, o aparecimento de uma nova divisão de classes: os (eletronicamente) informados contra os desinformados (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 153)*

Ainda, de maneira reflexiva, o autor segue seus apontamentos acerca da colocação de Orwell e Huxley, de modo em que se cria um paradoxo acerca dos direitos da personalidade, em foco, a liberdade e privacidade. Passando ainda ao ordenamento jurídico pátrio uma questão importante a ser retratada sobra a proteção constitucional da privacidade em face a liberdade colocada aos novos meios tecnológicos.

*Nesses cenários, que muito têm de um “admirável mundo novo”, coloca-se o foco de luz, vindo do futuro para o presente, sobre a necessidade atual de*



*pensar (ou repensar) o tema da liberdade), à medida que a proteção da espontaneidade individual (livre iniciativa, sigilo) contrapõe-se ao interesse público (transparência, direito à informação, repressão ao abuso de poder) de forma imprecisa, ora pendendo para o fechamento do círculo protecionista em torno do indivíduo (sigilo bancário, sigilo de dados como garantias radicais), ora para o devassamento por meio da autoridade burocrática (legitimação de investigação administrativa sem acompanhamento ou mesmo autorização judicial)... O dilema da proteção à liberdade em face do controle (eletrônico) da informação tem conduzido a literatura jurídica a repensar a questão constitucional da liberdade. (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 153)*

Desta forma, reflete-se a real colisão de direitos e da própria ideologia filosófica, ao pensarmos no conceito de liberdade e de privacidade. Para que se tenha claro o conceito de Liberdade:

*O homem por si mesmo é livre. A liberdade nasce juntamente com o ser humano, entretanto, são impostas restrições à liberdade do homem em razão de sua opção de conviver em sociedade. Portanto, face a ratio do espírito do homem ser livre e do homem ser um animal social, a liberdade inerente ao ser humano é conjunturada no depósito do direito. A ascensão das liberdades e garantias frente ao direito e seu desenvolvimento dogmático jurídico-penal e político-criminal é decorrente de conquistas que possuem estirpes no pensamento filosófico, no racionalismo de Descartes e no individualismo liberal, que fizeram emergir subsídios para que se tutelasse a dignidade da pessoa humana. Percorrido a vereda em que se levou ao Estado reconhecer e resguardar a dignidade do ser humano, esta foi eleita como fundamento do Estado Social e Democrático de Direito, o que findou em constituir a liberdade como direito fundamental do homem, objetivando como primaz a sua proteção e limites. (RUIZ, 2006)*

Portanto, conforme o autor, é claro que a liberdade nada mais é do que seu sentido literal, o poder do homem em ser livre, em poder manifestar suas vontades, sentimentos e pensamentos. Um direito garantido de forma relativamente recente perante a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

No que tange os direitos à privacidade como direito fundamental, José Pilati apresenta sua reflexão e desenvolvimento no seguinte modo:

*A dignidade da pessoa humana é uma qualidade inerente a cada ser humano, e que na qualidade de princípio fundamental possui como principal característica o fato de serem elemento e medida dos direitos fundamentais. Deste modo, observa-se que em regra a violação a um dos direitos fundamentais à privacidade estará sempre vinculada a uma ofensa à dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa impõe limites ao poder estatal, visando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas igualmente implica em que este mesmo Estado venha a promover a proteção e promoção de uma vida com dignidade para todos. Toma-se, pois, a privacidade como o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. A esfera de inviolabilidade, assim, é*



*ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo. (PILATI, 2019)*

Portanto há de se concluir que ambos se tratam de direitos fundamentais do ordenamento jurídico, porém, como já mencionado, podem ser relativizados. Com o Marco Civil da Internet, têm-se uma esperança de regulamentação mais precisa, que causaria menor dano a sociedade brasileira, e de certa forma, regeria melhor o mundo cibernético.

Para tal, um exemplo entre a colisão de direitos fundamentais é exemplificado no julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

*CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. IMAGEM PUBLICADA NA REDE SOCIAL FACEBOOK. ALEGAÇÕES OFENSIVAS. PONDERAÇÃO ENTRE O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À PRIVACIDADE E INTIMIDADE. LEI DO MARCO CIVIL DA INTERNET. POSSIBILIDADE DE SOLICITAÇÃO DE DADOS DO OFENSOR DESDE QUE PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. ARTIGO 22 DA LEI 12.965/2014. 1. Não se acolhe a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada quando restar demonstrada nos autos a pertinência subjetiva entre as partes litigantes. 2. Os direitos fundamentais não são absolutos, podendo, por vezes, ser flexibilizados, quando houver colisão ou conflito com outros princípios que visam garantir a dignidade da pessoa humana. 3. Em que pese os princípios consagrados na Constituição Federal/1988 sejam de extrema relevância nas relações humanas, sabe-se que nenhuma dessas garantias é completamente absoluta, havendo limitações no exercício desses direitos. Nessa perspectiva, a Lei n. 12.945/2014 (Lei do Marco Civil da Internet) traz ressalvas e limitações ao exercício do direito à privacidade à intimidade, pois permite a solicitação judicial de dados e registros, inclusive em processos cíveis, desde que preenchidos os requisitos legais. 4. Constatado que o autor da ação atendeu aos requisitos autorizadores para requerer as informações do ofensor (pessoa que publicou a imagem na rede social), o provimento do recurso é medida que se impõe. 5. Recurso conhecido e provido. Sentença reformada. (BRASIL, 2017)*

Desta forma, analisa-se que os direitos fundamentais são relativizados em todos os sentidos, mas são vedados de serem alienados, em caso de colisão de direitos, deve-se observar o princípio da proporcionalidade como citado por Elimar Szaniawski em sua obra, buscando observar a igualdade como princípio auxiliar:

*O princípio da igualdade revela-se como o substrato sobre o qual se constroem os direitos fundamentais e os de personalidade, uma vez que o mesmo afasta todas as modalidades de privilégios e de preconceitos. A igualdade, somada à proporcionalidade, constitui-se em remédio eficaz na satisfação lícita de um interesse frente a interesse lícito alheio, dirimindo a colisão de direitos e de interesses tuteláveis em determinado caso concreto. O princípio da proporcionalidade-igualdade se impõe em todos os campos do direito (SZANIAWSKI, 2005, p. 39)*



A internet tem muito a agregar em nossa sociedade, no entanto, é necessário um olhar atencioso ao seu avanço agressivo, buscando um equilíbrio entre a razão e a tecnologia, ciências opostas, porém que se completam.

Preservar os direitos da personalidade é uma das primazias a serem cumpridas pelo Estado Democrático de Direito, para tanto é importante se respeitar os limites impostos pelas novas tecnologias, como o reconhecimento facial por exemplo.

## 5. CONCLUSÃO

Ao final deste trabalho, conclui-se:

1. A imersão digital em que se vive a sociedade é importante para todos, corroborando para avanços jamais esperados, facilitando o cotidiano do indivíduo e auxiliando em suas atividades e vivências;

2. Concorrente a isso as ciências jurídicas sofrem pela lacuna deixada pela corrida inalcançável existente entre o direito e as tecnologias digitais. Na seara do Direito Penal e Processual Penal, estes enfrentam grandes desafios diante da inexistência de normas e procedimentos exatos para suprir todos os problemas decorrentes das relações tecnológicas;

3. Se faz necessária a criação de novas Leis e manutenção das já existentes, como o Marco Civil da Internet, Lei Carolina Dieckmann e a Lei Geral de Proteção de Dados para que se possa cada vez mais diminuir as lacunas normativas existentes no ordenamento jurídico pátrio;

4. É necessária uma análise profunda sobre as novas tecnologias e como não violar direitos e garantias fundamentais, como é o caso das câmeras já utilizadas no Brasil e em outros lugares no mundo;

5. A tecnologia é necessária e fundamental para a evolução da sociedade, no entanto, não é inteligente que se exista uma inversão de valores, onde a criatura (máquina) tome o lugar de seu criador (o homem).

## REFERÊNCIAS:

BALDUINO, Maria Clara de Jesus Maniçoba; SILVA, Wisllene Maria Nayane Pereira da Silva. Lacunas da Lei: a interpretação da lei à luz dos princípios constitucionais e de Direito. *Revista Forense*, v. 431, São Paulo, 2020.

BRASIL. Carolina Dieckmann. Lei 12.797, de 30 de novembro de 2012. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Código Penal Brasileiro Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. São Paulo: Saraiva, 2018

BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados. Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm)> Acesso em: 06 out. 2023

BRASIL. Marco Civil da Internet. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)> Acesso em 03 out. 2022





BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 33871 RS 2001/0181246-0. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima j. 13. out. 2004.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n.º 20150111304490 – 5ª Turma Cível. Relator: Josapha Francisco dos Santos. Julgamento: 01 de Fevereiro de 2017, Publicado em 23/02/2017 DJe.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. A Categoria Profissional Rumo à Multidão: Um novo conceito operacional para a organização coletiva da indústria 4.0. In: Trabalho e humanidade: em homenagem ao Centenário da OIT e aos 10 anos da Escola Judicial do TRT da 16ª Região. São Paulo: LTr, 2019. p. 46)

Declaração Universal Dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2023

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 153

FURLANETO NETO, Mário; GUIMARÃES, José Augusto Chaves. *Crimes na internet: elementos para uma reflexão sobre a ética informacional*, 2015. P. 69

KAUFFMAN, Marcos E.; SOARES, Marcelo Negri, New technologies and data ownership: wearables and the erosion of personality rights, *Revista Direitos Sociais e políticas públicas – UNIFAFIBE*, v. 6 n.º 1, *Bebedouro*, 2018, p. 516

HUXLEI, Aldous – Admirável Mundo Novo, 22.ª ed. São Paulo: Globo, 2014.

LIMA, Antonio Henrique Maia. Crimes de internet: da competência e da dificuldade de obtenção de provas no meio eletrônico. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 127, ago 2014. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14253](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14253)>. Acesso em 01 out. 2023.

ORWEL, GEORGE. 1984; Tradução por Alexandre Hubner, Heloise Jahn – São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PILATI José I.; OLIVO Mikhail Vieira C. Um novo olhar sobre o direito a privacidade: caso Snowden e pós-modernidade jurídica. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4934129>. Acessado em: 01 out. 2023.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito digital. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 37

RUIZ, Thiago. O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais, rev. Direito público, v.1, n.2, universidade estadual de londrina – londrina, 2006



SANTOS, Alexandre. Câmeras de reconhecimento facial acham criminoso no Carnaval de Salvador. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/03/05/cameras-dereconhecimento-facial-acham-criminoso-no-carnaval-de-salvador.htm>. Acesso em 05 out. 2023

'Sextortion' of Canadian teens spikes 40%, prompts warning. Disponível em: <https://www.cbc.ca/news/canada/manitoba/sextortion-canadian-teens-1.3240470>. Acesso em 07 out. 2023

SIMANTOB, Fabio Tofic. *Delitos virtuais: o lugar do crime na visão dos tribunais*. Revista do Advogado. Ano XXXII, nº. 115, abr.12.

SOUZA, J. L. F.; TOURINHO, J. O. S. Violação da privacidade virtual, Lei n.º 12.737 de 30 de novembro de 2012 'Lei Carolina Dieckman'. 2015.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade e sua Tutela. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 39 e 40

TEIXEIRA, Tarcísio. Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática. 4.<sup>a</sup> ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 107



## XXIII. POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO ESPECIAL: O RETROCESSO EDUCACIONAL DO DECRETO 10.502/2020

Mariana Arrias da Luz<sup>1</sup>  
Nicola Frascati Junior<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 ASPECTOS HISTÓRICOS DA EDUCAÇÃO. 2.1 Educação especial e inclusiva. 3. CONCEITOS. 3.1 Da pessoa com deficiência. 3.2 Do atendimento educacional especializado. 4 EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL. 4.1 Da escola inclusiva. 4.2 Das barreiras para a efetiva inclusão. 5 POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO ESPECIAL – DECRETO 10.502/2020: O RETROCESSO EDUCACIONAL. 5.1 Da ADI 6590 e a suspensão do Decreto 10.502/2020. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** A educação especial pode ser definida como o atendimento direcionado às pessoas com deficiência oferecido, preferencialmente, nas redes regulares de ensino. Mas a sua evolução, assim como a evolução da educação brasileira em um aspecto geral, ocorreu e vem ocorrendo a passos lentos uma vez que, na mesma proporção que se conquistam avanços, também há retrocessos. Um exemplo claro disso é o Decreto 10.502/2020 que incentiva, entre outras coisas, a segregação dos alunos com deficiência ao querer separá-los das salas de aula convencionais, fazendo com que vivam às margens da sociedade e não inserida nela como àqueles considerados normais. No entanto, apesar dos pesares, a maioria dos brasileiros acredita que as pessoas com deficiência possuem um melhor desenvolvimento quando inseridas na rede de ensino regular, isto posto, seria de grande valia que ao invés de criar novos caminhos o governo melhorasse esse em que estamos.

**PALAVRA-CHAVE:** Escolas. Educação. Direitos da pessoa com deficiência. Decreto nº 10.502/2020.

**ABSTRACT:** Special education can be defined as the service aimed at people with disabilities, preferably offered, preferably, in regular education networks. But its evolution, as well as the evolution of Brazilian education in a general aspect, took place, and is taking place, at a slow pace since, in the same proportion that advances are achieved, there are also setbacks. A clear example of that is the Decree 10.502/2020, which encourages, among other things, the segregation of students with disabilities, since it wants to separate them from conventional classrooms, making them live on the margins of society and not inserted in it like those considered normal. However, nevertheless, most Brazilians believe that people with disabilities have a better development when inserted in the regular education network, that said, it would be of great value if, instead of creating new ways, the government improved the one in which we are.

**KEY-WORDS:** School. Education. People with disabilities rights. Decree 10.502/2020.

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Faculdade Maringá.

<sup>2</sup> Doutorando pela Universidade Autónoma de Lisboa - UAL. Mestre em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1998). Especialista em Direito e professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Juiz de Direito Titular da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Maringá-Pr. Professor de Pós-Graduação do Centro Universitário Univel e na Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Professor de graduação no Curso de Direito das Faculdades Maringá.



## 1. INTRODUÇÃO

A metodologia de pesquisa do presente trabalho foi a pesquisa bibliográfica e o assunto principal a ser abordado é a educação que de acordo com o art. 205 da Constituição Federal de 1988, é “direito de todos, dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988). É possível dividir a educação em formal, que abrange o âmbito escolar, níveis, graus, currículos e diplomas, e em informal que diz respeito ao conhecimento adquirido por meio da vivência e da interação social. (SOUZA)

O art. 58 da Lei de diretrizes e bases da educação nacional (LDB) nº 9.394/96, define a educação especial como sendo a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais. Ou seja, a educação especial é uma modalidade de ensino que busca promover o desenvolvimento das habilidades das pessoas com deficiência, distúrbios de aprendizagem ou com altas habilidades, em todos os níveis do sistema de ensino. (FERREIRA, 2018 *apud* BATISTA; CARDOSO, 2020).

Diferente da educação especial a educação inclusiva é uma modalidade de ensino na qual o processo educativo deve ser considerado como um processo social em que todas as pessoas, com deficiência ou não, têm o direito a escolarização (FERREIRA, 2018 *apud* BATISTA; CARDOSO, 2020).

Com o advento da LDB, em especial o art. 59, surgiu para os sistemas de ensino, o dever de disponibilizar os recursos necessários para o atendimento igualitário entre os estudantes com necessidades educacionais especiais e os demais estudantes. Não obstante, para que isso se concretize é necessário firmar a educação em 4 pilares, quais sejam, aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a conviver e aprender a ser. Desse modo, tem-se que a escola comum é também a escola inclusiva, ou seja, àquela que deve amparar todos os tipos de alunos, independente das diferenças. (FERREIRA, 2018 *apud* BATISTA; CARDOSO, 2020).

Mesmo diante de tanta previsão legal, as redes de ensino ainda enfrentam muitas dificuldades, como por exemplo, a falta de infraestrutura adequada, a ausência de profissionais capacitados para o atendimento especializado às pessoas com deficiência, o preconceito, dentre outros. Como se estes problemas já não fossem suficientes o governo publicou em 01 de outubro de 2020 o decreto 10.502 que institui a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida.

O discurso presente no texto normativo dá a impressão de estar alinhado com a causa da educação inclusiva, ganhando aplausos, e impondo medidas de quarentena segregativas, equivocadas e incompatíveis com resultados positivos para as escolas nos últimos 20 anos. A assistência educacional profissional é um direito constitucional dos alunos com deficiência, no entanto, observou-se no decreto um pensamento distorcido que sugere o não entendimento da diferença entre uma sala de aula e o espaço ocupado pelo Atendimento Educacional Especializado (AEE). (SASSAKI).

O discurso do decreto ressalta um compromisso com a inclusão e a justiça para todos, mas "paradoxalmente, o processo textual parece ser menos 'justo' do que declarado,



pois separaria segmentos do público-alvo, pois estes seriam utilizados com espaços educacionais específicos” (ROCHA, et. al, 2021).

Neste sentido, o Decreto nº 10.502/2020 foi suspenso em 3 de dezembro de 2020, e o julgamento virtual terminou em 19 de dezembro do mesmo ano (publicado 2 dias depois). Também foi deferida medida cautelar em 3 de fevereiro de 2021, para suspender todos e quaisquer efeitos do documento.

A decisão final dos ministros de que a lei era inconstitucional foi justificada porque a lei facilitaria a introdução de uma nova política educacional, pois sugeria escolas separadas e turmas específicas para o atendimento de alunos com deficiência, infringindo diversas leis, decretos e principalmente a Constituição Federal de 1988 (ROCHA, et. al, 2021).

## 2. ASPECTOS HISTÓRICOS DA EDUCAÇÃO

A história da educação no Brasil, conforme dispõe José Clécio Silva e Souza em seu artigo, teve início com a chegada dos europeus, em especial a Companhia de Jesus (jesuítas), a qual desenvolveu um trabalho educativo e missionário, durante dois séculos, objetivando catequizar e instruir os índios a tornarem-se mais dóceis e maleáveis para serem aproveitados como mão de obra. Apesar disso, por se tratar de um ensino acrítico e alheio à realidade acabou transformando-se em educação de elite e instrumento de ascensão social, uma vez que para os mais pobres não possuía utilidade prática. (SOUZA, 2018)

Em 1759, após um conflito, os jesuítas foram expulsos de todas as colônias portuguesas, o que causou a supressão de todas as escolas e rompeu com o processo educacional implantado e consolidado por eles. Os homens de Pombal, o qual expulsou os jesuítas, buscavam organizar uma escola que servisse aos imperativos da coroa antes de servir aos interesses da fé, no entanto, a estrutura criada pelos jesuítas foi mantida, e os substitutos foram preparados pelos próprios, o que garantiu uma continuidade à sua ação pedagógica.

(SOUZA, 2018)

A educação permaneceu restrita a alguns e com caráter classicista, mesmo após a chegada da família real, em 1808, e a independência do Brasil, em 1822. Apesar disso, a primeira constituição, criada em 1824, previu em um dos seus artigos a instrução primária e gratuita a todos os cidadãos e em “1827 uma lei determinou a criação de escolas de primeiras letras em todos os lugares e vilas, além de escolas para meninas, nunca concretizadas anteriormente”. (SOUZA, 2018)

Com o advento da constituição de 1891, mesmo ante as previsões realizadas pela anterior, o ensino público ficou a mercê da iniciativa privada o que acabou ocasionando uma divisão em que, de um lado, a educação era direcionada à elite, com cursos secundários e superiores, e de outro, tinha-se um ensino primário e profissional, bastante defasado, direcionado às classes populares. (SOUZA, 2018)

Nesse interim, consagrada a descentralização e instituído um sistema educacional pouco democrático, restou confirmado o privilégio a educação secundária e superior em detrimento da expansão do ensino primário. Em teoria, esse modelo deveria conferir maior autonomia aos estados, contudo deixou mais evidente o descaso e o abandono em relação aos estados mais pobres, que foram deixados a própria sorte. (SOUZA, 2018)



Pouco tempo depois iniciou-se, por meio da Liga de Defesa Nacional (1916) e da Liga Nacional do Brasil (1917), uma luta contra o analfabetismo que não objetivava oportunidades iguais de desenvolvimento, mas sim afrontar a enraizada política oligárquica aumentando o contingente eleitoral, uma vez que não era permitido ao analfabeto votar.

Portanto, a alfabetização das classes menos desfavorecidas tornou-se útil. (SOUZA, 2018)

Para Souza (2018) o País acordou, diante da revolução de 1930, para a importância da educação e para a necessidade de garantir a todos, esse direito. No ano seguinte, 1931, foi publicado, no dia 11 de abril, o decreto nº 19.850 que criou o Ministério da Educação e as secretarias de Educação dos estados. Posteriormente surgiu o Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova que sugere a “laicidade do ensino público, a gratuidade, a obrigatoriedade e a coeducação. Reconhecendo pertencer ao cidadão o direito vital à educação e ao Estado o dever de assegurá-la e assegurá-la de forma que ela seja igual e, portanto, única, para todos quantos procurarem a escola pública”. (ROMANELLI, 1979, p. 147-148 *apud* SOUZA, 2018)

Apesar disso, toda a discussão, reivindicação e conquistas expressadas no texto legal da constituição de 1934 foram suprimidas pela constituição de 1937, quando o Estado Novo se desobrigou da educação pública e assumiu um papel subsidiário voltado a dualidade, na qual a educação, pública ou privada, destina-se à classe dominante enquanto o ensino profissionalizante destina-se para a classe marginalizada. (SOUZA, 2018)

Com o fim do Estado Novo criou-se uma nova constituição que voltou a prever todos os direitos relativos à educação que estavam suprimidos, no entanto mesmo ante a mudança

“a legislação educacional herdada do Estado Novo vigorou até 1961, quando teve início a vigência da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional”. (PILETTI, 1991, p. 99 *apud* SOUZA, 2018)

No entanto, pouco tempo depois, em 1964, estabeleceu-se o Regime Ditatorial que deixou o plano de oferecer educação para todos ainda mais longe de se concretizar, haja vista que foi um período de repressão e privatização do ensino, que novamente se voltou a classe dominante. Nesse período foram estabelecidos o ensino profissionalizante e o tecnicismo pedagógico, oferecido para as classes populares e voltado exclusivamente a preparar mão de obra para atender às necessidades do mercado. (SOUZA, 2018)

Em 1988, após o fim do regime ditatorial, foi promulgada uma nova constituição que passou a prever a “gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; ensino fundamental obrigatório e gratuito; atendimento em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos; e a valorização dos profissionais de ensino, com planos de carreira para o magistério público”. (ARANHA, 1996, p. 223 *apud* SOUZA, 2018)

Criou-se, em 1996, com base na atual constituição, a nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional que garante uma educação de qualidade, “assegurando a formação integral do indivíduo e a sua inserção consciente, crítica e cidadã na sociedade” (SOUZA, 2018). Mas, mesmo diante de toda essa evolução, a educação brasileira ainda possui “características reacionárias e alienantes, contribuindo para a formação de seres passivos, eximindo-se do compromisso de formar cidadãos ativos e conscientes”. (SOUZA, 2018)

Antes mesmo dessa nova lei, criou-se em 1968 o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, que tem como objetivo suprir carências e proporcionar melhores condições de acesso, permanência e desenvolvimento de potencialidades dos



alunos nas instituições escolares. Nesse processo de mudanças, a Resolução CNE/CEB nº 2/2001, dispõe em seu artigo 2º que:

*Os sistemas de ensino devem matricular todos os alunos, cabendo às escolas organizar-se para o atendimento aos educandos com necessidades educacionais especiais, assegurando as condições necessárias para uma educação de qualidade para todos. (MEC/SEESP, 2001)*

Por fim, mas não somente, ante a intenção de democratizar ainda mais o acesso a educação foi criado no ano de 2005 o Programa Universidade Para Todos, garantindo o acesso dos estudantes de baixa renda ao ensino superior. (SOUZA, 2018)

Ante todo o exposto, é possível concluir que a história da educação no Brasil é muito conturbada, cheia de altos e baixos, com o ensino, quase que em tempo integral, direcionado a população mais rica. Em contrapartida, para os mais carentes aprender a ler e a escrever foi suficiente, pois tinham que trabalhar para manter a subsistência da família ou até mesmo a própria e não dispunham de tempo para algo além disso.

### **2.1. Da educação especial e inclusiva**

No Brasil, conforme o entendimento da autora Maricélia Tomáz de Souto (2014, p. 17), o atendimento às pessoas com deficiência começou na época do Império com a criação de duas instituições, denominadas hoje como Instituto Benjamin Constant (1854) e Instituto Nacional da Educação dos Surdos (1857); no início do século XX, no ano de 1926, foi fundado, também, o Instituto Pestalozzi voltado ao atendimento das pessoas com deficiência mental, entre outras associações que surgiram após.

Diante disso, criou-se um campo de atuação específico para a educação especial, sem

qualquer comunicação com aquela considerada comum, onde o aluno com deficiência aprenderia em local distinto dos demais. No entanto, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, criada em 1961, passou a regulamentar o atendimento educacional das pessoas com deficiência dentro do sistema geral de ensino. (SOUTO, 2014, p. 17)

Apesar disso, foi estabelecido, após dez anos, a Lei nº 5.692/71 que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (nº 4.024/61) e ao “definir tratamento especial para os alunos com deficiência [...] não promove a organização de um sistema de ensino capaz de atender às necessidades educacionais especiais e acaba reforçando o encaminhamento dos alunos para as classes e escolas especiais”. (SOUTO, 2014, p. 17)

Em 1973, é criado no MEC, o Centro Nacional de Educação Especial – CENESP, responsável pela gerência da educação especial no Brasil, que, sob a égide integracionista, impulsionou ações educacionais voltadas às pessoas com deficiência e às pessoas com superdotação; ainda configuradas por campanhas assistenciais e ações isoladas do Estado. (BRASIL, 2008) Isto posto, após muitas lutas, a Declaração de Salamanca (1994) é considerada como o marco inicial da jornada para a implementação da educação inclusiva nas escolas. À vista disso, tem-se que “a inclusão é um processo educacional através do qual todos os alunos, incluído, com deficiência, devem ser educados juntos, com o apoio necessário, na idade adequada e em escola de ensino regular”. (ROGALSKI, 2010, p. 3)



Nessa perspectiva, o art. 58 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nº 9.394/96, define educação especial como a “modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento<sup>3</sup> e altas habilidades ou superdotação” (BRASIL, 1996). Contudo, o §2º, deste mesmo artigo, aduz que “o atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular” (BRASIL, 1996).

Dito isso, entende-se que a escola regular deve acolher todos os tipos de alunos e fornecer situações que favoreçam e respeitem os diferentes ritmos e estilos de aprendizagem, vez que a educação, é também, um processo social. No entanto, a teoria está muito distante da realidade vez que, de acordo com dados extraídos de uma notícia do g1 Paraná de 2021, o nosso estado possui a maior taxa de alunos da educação especial em escolas exclusivas e a menor em relação à presença em escolas regulares. (HAMMES, 2021)

### 3. CONCEITOS

#### 3.1. Da pessoa com deficiência

O artigo 3º, inciso I, do Decreto lei nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei nº 7.853/1989 e dispõe sobre a Política Nacional de Educação, define a deficiência como “toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gera incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”. (BRASIL, 1999)

Apesar disso, a convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência passou a adotar o termo “pessoa com deficiência” com o propósito de:

*proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, 2014, p. 21-22)*

#### 3.2. Do atendimento educacional especializado

O atendimento educacional especializado (AEE), previsto no art. 208 da CF/88, é direcionado às pessoas portadoras de deficiência (física, mental, intelectual ou sensorial), transtornos globais do desenvolvimento (síndrome de Asperger, síndrome de Rett,) e altas

---

<sup>3</sup> O Inep passou a utilizar “transtorno do espectro autista” em substituição a “transtornos globais do desenvolvimento” a partir da Resolução nº 4, de 2 de outubro de 2009, da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação. BRASIL. Decreto nº 10.502 de 30 de setembro de 2020. Dispõe sobre a Política Nacional de

Educação Especial: equitativa, inclusiva e com aprendizado ao longo da vida. Suspendo pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6590. Disponível em: < <https://www.gov.br/mec/pt-br/assuntos/noticias/mec-lancadocumento-sobre-implementacao-da-pnee-1/pnee-2020.pdf>>. Acesso em: 07 de junho de 2022.





habilidades/superdotação, conforme o art. 4º da Resolução nº 4, de 02 de outubro de 2009, da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação – CEB/CNE. Importa ressaltar que essa resolução “institui diretrizes operacionais para o atendimento educacional especializado na educação básica, modalidade educação especial”. (BRASIL, 2009)

É possível definir o atendimento especializado como o conjunto de atividades, recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados institucional e continuamente para complementar a formação dos estudantes com deficiência e suplementar à daqueles com altas habilidades, com o fim útil de promover condições de acesso, participação e aprendizagem com o apoio de especialistas conforme a necessidade individual do estudante. (BRASIL, 2011).

Destarte, o atendimento educacional não pode substituir o ensino regular, portanto, deverá ser oferecido “no turno oposto ao do ensino regular, quer na própria escola em que o aluno estuda, em outra escola do ensino regular ou em instituição comunitária, confessional ou filantrópica sem fins lucrativos. Todavia, [...], deve ser feito, preferencialmente, na rede regular de ensino”. (SILVA, 2011)

Isto posto, prevê o artigo 5º, §2º e incisos, §§3º e 4º do decreto nº 7.611/2011, o que segue:

*Art. 5º A União prestará apoio técnico e financeiro aos sistemas públicos de ensino dos Estados, Municípios e Distrito Federal, e a instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, com a finalidade de ampliar a oferta do atendimento educacional especializado aos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, matriculados na rede pública de ensino regular.*

*§ 2º O apoio técnico e financeiro de que trata o **caput** contemplará as seguintes ações:*

- I. - Aprimoramento do atendimento educacional especializado já ofertado;*
- II. - Implantação de salas de recursos multifuncionais;*
- III. - formação continuada de professores, inclusive para o desenvolvimento da educação bilíngue para estudantes surdos ou com deficiência auditiva e do ensino do Braille para estudantes cegos ou com baixa visão;*
- IV. - Formação de gestores, educadores e demais profissionais da escola para a educação na perspectiva da educação inclusiva, particularmente na aprendizagem, na participação e na criação de vínculos interpessoais; V - Adequação arquitetônica de prédios escolares para acessibilidade; VI - Elaboração, produção e distribuição de recursos educacionais para a acessibilidade; e*
- V. estruturação de núcleos de acessibilidade nas instituições federais de educação superior.*

*§ 3º As salas de recursos multifuncionais são ambientes dotados de equipamentos, mobiliários e materiais didáticos e pedagógicos para a oferta do atendimento educacional especializado.*



§ 4º A produção e a distribuição de recursos educacionais para a acessibilidade e aprendizagem incluem materiais didáticos e paradidáticos em Braille, áudio e Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS, **laptops** com sintetizador de voz, **softwares** para comunicação alternativa e outras ajudas técnicas que possibilitam o acesso ao currículo. (BRASIL, 2011)

Em suma, partindo do que cita o Ministério da Educação, esse atendimento, tem como objetivo “identificar, elaborar e organizar recursos pedagógicos e de acessibilidade que eliminem as barreiras para a plena participação dos alunos, considerando suas necessidades específicas”; além de complementar e/ou suplementar “a formação dos alunos com vistas à autonomia e independência na escola e fora dela”. (Diretrizes operacionais da educação especial para o atendimento educacional especializado na educação básica, 2008, p. 1)

#### 4. EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL.

O autor Zulmar Fachin (2013, p. 607) afirma que a educação, prevista no artigo 205 da Constituição Federal de 1988, é direito de todos e dever do Estado, da família e da sociedade. Trata-se, portanto, de um direito fundamental, listado no art. 6º, também da CF, de natureza prestacional, vez que requer políticas estatais para sua efetivação. Nesse interim, o estado adquire “uma postura intervencionista e assume o papel de prestador de serviços na área da educação”. (BASTOS e TAVARES, 2000, p. 490 *apud* FACHIN, 2013, p. 607)

À vista disso, “a educação, como processo de reconstrução da experiência, é um atributo da pessoa humana, e, por isso, tem que ser comum a todos. [...] Tal concepção importa elevar a educação à categoria de serviço público essencial, que ao Poder Público impende possibilitar a todos” (SILVA, comentário contextual à constituição, p. 800 *apud* LENZA, 2018, p. 945). Todavia, para que o dever do estado se concretize faz-se necessário observar algumas características, como as elencadas pelo art. 208 da CF/88:

*a) Educação básica, obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos que não tiveram acesso na idade própria; b) progressiva universalização do ensino médio gratuito; c) atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; d) educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; e) acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; f) oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; g) atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (BRASIL, 1988)*

A educação tem como objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa, preparando-a para o exercício da cidadania, bem como a qualificando para o trabalho. Ante o exposto, tem-se que o direito a educação, por abranger outras dimensões sociais, como a dos pais, dos governos, das religiões e entre outras, transcende o indivíduo, tornando-se, dessa maneira, um direito coletivo, próprio da sociedade (FACHIN, 2013, p. 608). Ainda sob essa perspectiva a Constituição prevê, em seu artigo 206, os seguintes princípios básicos norteados do ensino:



*a) Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; b) liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; c) o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; d) gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; e) valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; f) gestão democrática do ensino público, na forma da lei; g) garantia de padrão de qualidade; h) piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (BRASIL, 1988)*

Isto posto, tem-se que além da previsão constitucional há também outros dispositivos importantes que tratam sobre o direito a educação, como, por exemplo, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Plano Nacional de Educação. (DUARTE, 2007, p. 692)

Dentre esses dispositivos está também a convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual “realça a importância de desenvolvimento educacional para as pessoas com deficiência, onde fica o Estado incumbido de prover políticas necessárias para maior integração sócio educacional dessas pessoas portadoras de cuidados especiais”. (GEVU, 2015, p. 39) Nesse sentido, o art. 24 elenca o que segue:

*Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos: a) O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e autoestima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;*

b) O máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais; c) A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre. 2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que: a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência; b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, a ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem; c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas; d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação; e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena. [...] (Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, 2014, p. 52, 53 e 54)



Contudo, mesmo diante de todo esse arcabouço jurídico o direito a educação se encontra, na prática, pouco efetivo, uma vez que com o maior número em seis anos, o Brasil tem 244 mil jovens, entre 6 e 14 anos, fora das escolas, conforme dados do levantamento realizado pela Organização 'Todos Pela Educação' em 2021 (PUENTE, 2021). Nesse sentido, é relevante destacar que fatores como a localidade, a renda familiar e, também, a qualidade de ensino implicam no efetivo acesso à educação.

#### 4.1. Da escola inclusiva

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nº 9.394/96, destina o capítulo V à educação especial. As ações propostas neste capítulo demonstram “a abertura do processo de atendimento educacional e a garantia de introduzir nele inovações, objetivar e assegurar maiores possibilidades de integração do portador de necessidades especiais à sociedade” (BRASIL, 1996 *apud* CAMARGO, SOFFA, MARKOWICZ, p. 6833). Porém, para que seja um direito efetivo é necessário organizar estratégias para construir, dentro da escola regular, conhecimento a partir de adaptações e adequações. (CAMARGO, SOFFA, MARKOWICZ, p. 6833)

O estado do Paraná fixou normas para a educação especial por meio da deliberação nº 02/16-CEE/PR, a qual dispõe no art. 4º que “o sistema educacional de ensino deverá assegurar aos estudantes da educação especial os mesmos direitos e deveres conferidos aos demais estudantes matriculados na respectiva rede de ensino”. Em seguida, o art. 5º prevê que:

*“a Educação Especial, modalidade de ensino que perpassa todos os níveis, etapas e modalidades da Educação Básica e da Educação Superior, tem como função identificar, elaborar e organizar recursos pedagógicos e de acessibilidade que eliminem as barreiras para a plena participação dos estudantes no processo educacional, considerando suas necessidades específicas”. (CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO, 2016) Nesse sentido a LDBEN, nº 9.394/96, dispõe o que segue em seu art. 59:*

*Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação: I – Currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades; [...]*

*III – Professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns; [...]. (BRASIL, 1996)*

Para que o ambiente escolar seja inclusivo é necessário que demonstre “acessibilidade desde a entrada até os equipamentos que favoreçam o ensino e a aprendizagem de todos os alunos” (BATISTA; CARDOSO, 2020). Portando, em um ambiente adequado para atender a diversidade são aproveitados, ao máximo, todos os recursos materiais e humanos disponíveis, além de facilitar o processo de ensino e aprendizagem daqueles que frequentam a escola para que possam se utilizar dela de forma autônoma.

Nesse contexto, objetivando um maior alcance da aprendizagem, foram criadas as salas de recurso multifuncional, que funcionam em contraturno ao ensino comum do aluno



matriculado, e diz respeito a um “espaço organizado com material didático, profissionais, tecnológicos, de acessibilidade, objetivando a oferta do Atendimento Educacional Especializado”. (PAIÇANDU, 2021)

Ademais, o estado do Paraná por meio da deliberação nº 02/03 prevê no art. 13, inciso IV, o serviço de professor de apoio permanente em sala de aula que deverá prestar

“atendimento educacional ao aluno que necessite de apoio intenso e contínuo, [...], auxiliando o professor regente e a equipe técnico pedagógica da escola” (CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO, 2003). Nesse sentido, o professor de apoio visa fornecer um atendimento mais individualizado ao aluno que dele precise.

Isto posto, “a escola inclusiva é uma escola comum – ou regular – que acolhe todos os tipos de alunos, independente das diferenças. Nela, são criadas situações que favoreçam e respeitem os diferentes ritmos e estilos de aprendizagem dos alunos” (FERREIRA, 2018, p. 4 *apud* BATISTA; CARDOSO, 2020). “Na escola inclusiva, [...] todas as crianças portadoras de necessidades especiais e de distúrbios de aprendizagem tem o direito à escolarização o mais próximo possível do normal” (RODRIGUES, 2017, p. 3 *apud* BATISTA; CARDOSO, 2020)

#### 4.2. Das barreiras para a efetiva inclusão

Para que a educação inclusiva possa ser efetiva faz-se necessário romper com as barreiras existentes no recinto escolar. Sasaki (2009, p. 1-2, *apud* BARBALHO; LEMOS) descreve seis dimensões de acessibilidade, quais sejam:

*arquitetônica (sem barreiras físicas), comunicacional (sem barreiras na comunicação entre pessoas), metodológica (sem barreiras nos métodos e técnicas de lazer, trabalho, educação etc.), instrumental (sem barreiras instrumentos, ferramentas, utensílios etc.), programática (sem barreiras embutidas em políticas públicas, legislações, normas etc.) e atitudinal (sem preconceitos, estereótipos, estigmas e discriminações nos comportamentos da sociedade para pessoas que têm deficiência).*

A dimensão arquitetônica pode ser definida como “todo tipo de obstáculo que impede as pessoas de desfrutarem e ocuparem o espaço físico” (BORGAS, p. 2 *apud*

BATISTA; CARDOSO, 2020). Nesse sentido, a estrutura da escola deve dispor de “móveis, equipamentos, iluminação, áreas de circulação, banheiros, salas de aula e demais recintos” para promover condições de acesso a todos os presentes. Sasaki (2009) aduz que:

Os estabelecimentos de ensino de qualquer nível, etapa ou modalidade, públicos ou privados, proporcionarão condições de acesso e utilização de todos os seus ambientes ou compartimentos (acessibilidade arquitetônica) para pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, inclusive salas de aula, bibliotecas, auditórios, ginásios e instalações desportivas, laboratórios, áreas de lazer e sanitários. (Sasaki, 2009, p. 3 *apud* Decreto nº 5.296/04, art. 24 *apud* BARBALHO; LEMOS) Quanto à dimensão comunicacional, esta elenca que:

*Cabe à escola garantir para os alunos surdos que haja intérpretes da língua brasileira de sinais, assegurando que o mesmo consiga ter acesso pleno a todo conteúdo programático estabelecido pelo currículo vigente para série que ocupa. O mesmo se aplica aos alunos cegos e baixa visão, é necessário que tenham acesso ao ensino do braille e soroban, além de*



*materiais de leitura com letras aumentadas e em braile e recursos ópticos. Vale ressaltar a importância de materiais tecnológicos que tenham programas que se adequem a todos, atendendo suas especificidades. O uso de tais materiais devem ser úteis e estarem adaptados também para seu uso por alunos com restrições motoras, [...]. Além de garantir recursos de aprendizagem para todas as pessoas que tenham qualquer tipo de dificuldade na aprendizagem. (SASSAKI, 2009 apud BARBALHO; LEMOS)*

Na dimensão metodológica o educador, sempre que possível, deve “alterar métodos e técnicas de ensino que excluam ou impossibilitem que qualquer dos alunos acompanhe as aulas” (Revista Educação, 2014, p. 2 apud BATISTA; CARDOSO, 2020). Em sequência, a dimensão instrumental visa “melhorar a qualidade de vida para aprendizagem do aluno no que tange a adaptação de e da forma como alguns materiais deverão ser usados de modo a possibilitar e facilitar desde o manuseio à aprendizagem por meio destes materiais adaptados (BARBALHO; LEMOS).

No que diz respeito à dimensão programática, Sasaki elenca que há programas, regulamentos, portarias e normas da escola que objetivam romper com as barreiras que impedem ou dificultam que todos os alunos, com ou sem deficiência, participem plenamente da vida escolar (SASSAKI, 2009 apud BARBALHO; LEMOS). Isto posto, a última dimensão é a atitudinal a qual se estabelece através das atitudes e comportamentos dos indivíduos, que geralmente estão atrelados ao preconceito, no entanto, ela pode ser rompida facilmente por meio da conscientização e diálogo promovidos dentro e fora da escola (FURRER, 2012, p. 2 apud BATISTA; CARDOSO, 2020).

Desse modo, conclui-se que a concretização de todas as dimensões, podem proporcionar melhor qualidade de vida e liberdade de locomoção a todos aqueles que possuem, ou não, alguma deficiência (BARBALHO; LEMOS). Assim a escola se tornaria acessível em todos os sentidos e estaria apta para lidar com a diversidade apresentada pelo seu público (BATISTA; CARDOSO, 2020).

## **5. POLÍTICA NACIONAL DE EDUCAÇÃO ESPECIAL – DECRETO 10.502/2020: O RETROCESSO EDUCACIONAL.**

A nova política nacional de educação, apesar de instituída em 2020, começou a tomar forma em 2018 com “observações, diálogos e constatações resultantes de visitas de consultores especialistas, oriundos de diferentes universidades brasileiras, realizadas nas cinco regiões do País” (BRASIL, 2020). Este documento passou por muitas mãos e tem como objetivo disponibilizar o melhor da educação especial e o melhor da educação inclusiva, uma vez que uma dimensão não pode invalidar a outra. Assim, tem-se que “toda educação especial deve ser inclusiva e toda prática de inclusão deve ser compreendida como sendo motivo de atenção especial” (BRASIL, 2020).

Tornou-se comum, no Brasil, a ideia de que os professores da educação especial e os professores do ensino regular devem trabalhar juntos, contudo, de acordo com alguns autores como Kauffman e Badar (2014), essa prática não seria melhor que uma instrução de forma direta e direcionada ao aluno. Isto posto, destaca-se que os primeiros anos de vida são essenciais para a evolução neural, e o atendimento direcionado em classe ou escola



especializada pode propiciar, a algumas crianças, sucesso no processo de inclusão nos anos seguintes o que pode se perder caso a inclusão seja enfatizada apenas na sala de aula comum (BRASIL, 2020).

Nesse contexto, estar em uma sala de aula comum, ainda que inclusiva, mas que não propicie condições para que o aluno com alguma deficiência possa acompanhar o currículo, pode representar uma forma de exclusão, podendo ocorrer no contexto da escolarização ou até mesmo ao longo da existência. Com isso, conclui-se que o atendimento educacional, ainda que preferível na escola regular<sup>4</sup>, não precisa ser necessariamente lá (BRASIL, 2020).

Exposta a ideia que traz o novo decreto, vamos ao que o torna um retrocesso educacional. Em princípio, é possível perceber o retorno que a nova política faz ao período anterior a 1994, deixando no caminho a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada a constituição em 2008, e também a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, que passou a vigor no ano de 2016. Posteriormente, cabe ressaltar que o texto do Decreto foi elaborado em silêncio por um grupo que, provavelmente, optou por não convidar especialistas e organizações que defenderiam a educação inclusiva, uma vez que estes poderiam atrapalhar. Dito isso, o silêncio se prova pela solenidade do ato, a qual foi anunciada um dia antes. (SASSAKI)

A pesquisadora da universidade estadual de Campinas (Unicamp), Maria Teresa Mantoan, “conta ter sido uma das responsáveis por redigir a política de 2008 e que ela foi elaborada a partir da Constituição e da LDB para que a educação especial fosse uma modalidade complementar de ensino e não um sistema a parte que substituísse o sistema regular” (BARIFOUSE, 2021)

*[...] o decreto pode parecer um avanço, ao colocar a possibilidade de escolha, por parte da família, do local onde a criança com deficiência pode estudar: em escola regular; em escola especial; ou em escola bilíngue, para pessoas que querem aprender Libras, a Língua Brasileira de Sinais. No entanto, não se trata de “escolha”, se trata da não garantia dos direitos da pessoa com deficiência, se trata de ferir a Constituição Brasileira (1988) que em seus objetivos fundamentais advoga “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e quaisquer outras formas de discriminação. (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2020)*

O novo texto da Política Nacional de Educação Especial (PNEE) contém informações de dois vieses, quais sejam: “(1) compatíveis com o discurso dos inclusivistas, parcialmente copiadas, adaptadas ou coladas diretamente da Convenção da ONU e da LBI; (2) Favoráveis à volta do sistema educacional segregado, paralelo e alternativo ao sistema educacional inclusivo” (SASSAKI). Ante o exposto, tem-se que o discurso inclusivista de pensamentos alinhados com a causa da educação inclusiva, nada mais foi que uma cortina de fumaça feita para esconder a imposição de medidas segregacionistas totalmente incompatíveis com o que é realizado nas escolas inclusivas nos últimos 20 anos (SASSAKI).

---

<sup>4</sup> “O uso do termo “regular” pode gerar confusão, visto que as escolas especializadas também fazem parte da rede regular de ensino. Ou seja, escolas especializadas não são irregulares e todas as escolas, sejam comuns, sejam especializadas, devem ser inclusivas”. BRASIL. Decreto nº 10.502 de 30 de setembro de 2020. Dispõe sobre a Política Nacional de Educação Especial: equitativa, inclusiva e com aprendizado ao longo da vida. Suspendo pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6590. Disponível em: <https://www.gov.br/mec/pt-br/assuntos/noticias/mec-lanca-documento-sobre-implementacao-da-pnee-1/pnee-2020.pdf>. Acesso em: 07 de junho de 2022.



*Na prática, a política flexibiliza a oferta da educação nos sistemas de ensino para os alunos e alunas com deficiência, em escolas ou classes regulares inclusivas, [...]. A política prevê, entre outras ações, a definição de critérios de identificação, acolhimento e acompanhamento dos educandos que supostamente não se beneficiariam das escolas regulares inclusivas e estabelece que a União poderá prestar apoio técnico e assistência financeira aos estados e municípios para sua implementação. (GOTTI; RIZZO, 2020)*

No entanto, a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva inclusiva, que estava em vigor desde 2008, fruto da luta dos movimentos de pessoas com deficiência, é responsável pelo crescente número de matrículas da Educação Especial no ensino regular.

(ABE, 2020) Um resultado dessa política é “refletido pelo censo escolar: em 2020, 93,3% dos 1,3 milhão de crianças e adolescentes com deficiência na educação básica estavam matriculados em escolas regulares. Em 2005, eram apenas 23%” (BARIFOUSE, 2021).

A coordenadora da área de educação do instituto Alana, pelo menos até a data constante no artigo, Raquel Franzim elenca que:

*Temos cerca de 15 anos de Educação Inclusiva na história do Brasil, mas esse período já nos mostrou benefícios sociais. Por exemplo, os estudantes com deficiência que frequentam a escola comum apresentam maior autonomia e uma vida mais independente, enquanto aqueles que estavam em instituições especializadas passam o resto da vida nesses meios. Isso não é independência, ou participação social. Outro dado estatístico é que tivemos um maior ingresso – ainda que pouco – de pessoas com deficiência em etapas superiores da educação (Ensino Médio e Ensino Superior) (ABE, 2020).*

Ao incentivar a criação de escolas especializadas para atender aqueles que não se beneficiarem da educação regular, o Decreto 10.520/20 contraria a Constituição Federal de 1988 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), de 1996. De acordo com a

LDB a educação é para todos, não se admitindo turmas especiais uma vez que estas “não oferecem o básico, como etapas e níveis de ensino, e não podem oferecer certificados” (MANTOAN, *apud* BARIFOUSE, 2021).

Para o governo, essa nova política vai beneficiar todos os estudantes vez que, de acordo com o Ministro da Educação, Milton Ribeiro, “a convivência entre uma parcela dos alunos com deficiência mais grave e os alunos sem deficiência é impossível” (BARIFOUSE, 2021), pois a presença deles pode atrapalhar os demais na sala de aula. Ao invés disso, o Ministro deveria proporcionar meios para que a escola seja capaz de atender a todos de forma equitativa. (BARIFOUSE, 2021).

De acordo com a pesquisadora da Unicamp, Maria Teresa Mantoan

*Toda essa discussão em torno do decreto só serve para encobrir o verdadeiro motivo da nova política: tentar recuperar os alunos que as escolas especiais perderam, fazer renascer essas escolas e confundir o país dizendo que eles têm uma escolha entre a escola especial e a comum, quando na verdade a escola especial não deveria existir a tempos. [...] É tudo uma cortina de fumaça para dar dinheiro público para escolas privadas” (BARIFOUSE, 2021).*





Conclui-se, por fim, que o direito a educação inclusiva precisa promover mudanças “na cultura, nas políticas e práticas em todos os ambientes educacionais formais e informais para acomodar as diferentes necessidades e identidades individuais dos estudantes, juntamente com o compromisso de eliminar as barreiras que impedem essa possibilidade” (Marília, *apud* SISTEMA PFDC, 2021). Ademais, os deficientes não podem ser excluídos do sistema geral de educação, pois a convenção sobre os Direitos da Pessoa com deficiência possui status de emenda constitucional. (Marília, *apud* SISTEMA PFDC, 2021).

### 5.1. Da ADI 6.590 e a suspensão do Decreto 10.502/2020.

No dia 30 de setembro de 2020 foi instituída a nova Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida, publicada no Diário Oficial da União em 1º de outubro de 2020. Importa ressaltar que este decreto modifica a atual Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, vigente desde 2008 (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2020). Contudo, ao prever a matrícula de crianças e adolescentes com deficiência em classes e instituições especiais faz com que a educação inclusiva no Brasil fique ameaçada, vez que estará segregando os estudantes. (ABE, 2020)

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, no dia 1º de dezembro de 2020, “suspendeu, provisoriamente, o decreto que instituiu a PNEE do presidente Jair Bolsonaro, em julgamento da Ação de Inconstitucionalidade (ADI) 6590 apresentada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB)” (ABE, 2020). Na liminar observou-se que o decreto traz em seu bojo inovações jurídicas relacionadas à LDB, vez que “não se limita a pormenorizar os termos da lei regulamentada, mas promove a introdução de uma nova política educacional nacional, com o estabelecimento de institutos, serviços e obrigações, que, até então, não estavam inseridos na disciplina educacional do país” (ABE, 2020).

*Embora essa decisão não seja definitiva, é especialmente relevante por traduzir o entendimento de nove dos 11 Ministros daquela Corte, de que “o Brasil internalizou, em seu ordenamento constitucional, um compromisso com a educação inclusiva, ou seja, com uma educação que agrega e acolhe as pessoas com deficiência [...] no ensino regular, ao invés de segregá-las em grupos apartados da própria comunidade”. Entendeu também o STF que o paradigma da educação inclusiva “é o resultado de um processo de conquistas sociais que afastaram a ideia de vivência segregada das pessoas com deficiência [...] para inseri-las no contexto da comunidade. (FIGUEIREDO, 2021)*

O instituto Alana atuou na ação de ADI como *amicus curiae*, por meio do programa Prioridade Absoluta e a Rede Nacional Primeira Infância (RNPI). No documento em que solicitou a participação, foi suscitado que o decreto, viola a “Constituição Federal, desconsidera a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional”, além de desconsiderar, também, outras evidências científicas que demonstram a necessidade da educação inclusiva e seu benefício para a sociedade (PRIORIDADE ABSOLUTA, 2020).

A coordenadora do instituto Alana, Raquel Franzim, menciona que



*O decreto é inconstitucional, porque o Brasil é signatário da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que prevê o sistema educacional inclusivo, e a adotou como emenda constitucional. O decreto discrimina ao prever que estudantes com deficiência sejam avaliados, e que essa avaliação determine se eles devem ou não estar na escola comum. Além disso, ele cria uma ideia de serviços especializados que nós, que trabalhamos com educação há muito tempo, sabemos que são segregados e que são serviços clínicos, não educacionais. (ABE, 2020)*

O STF, no dia 18 de dezembro de 2020 formou maioria de votos a favor de manter a suspensão do decreto do governo federal sobre educação especial (FALCÃO; VIVAS, 2020). Isto posto, conclui-se que

*em muitas oportunidades, governos deixam de implementar políticas de Estado que se fazem sentir na vida das pessoas, mas o presente decreto ao invés de contribuir no aperfeiçoamento de um marco legal, por um lado desconstrói os avanços obtidos, e, por outro, induz a sociedade a caminhar em direção a negação dos direitos postulando o segregacionismo. [...] Neste sentido, o referido Decreto compõe o cenário de esfacelamento do legado dos direitos atualmente vivenciados no Brasil que se expressa no franco desmonte das políticas sociais mediante negação dos investimentos necessários à sua implementação, estabelecendo cisões profundas com as conquistas democráticas da população brasileira. [...] o caminho não é alterar a política de inclusão vigente no sentido de retrocedê-la, mas compreender tecnicamente como transformar os problemas em oportunidades, aprendizados e afirmação da inclusão (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA, 2020).*

Ante o exposto é possível concluir que o Decreto 10.502/2020, ainda que de forma não intencional, acaba por invalidar conquistas importantes obtidas no último século, como por exemplo “a ampliação de espaços de convívio entre pessoas com e sem deficiência, que cultiva a diversidade” (LOPES; REICHER, 2020). Ademais o decreto desrespeita marcos regulatórios internacionais e nacionais, inclusive a própria constituição ao promover a segregação de crianças e adolescentes com deficiência nas escolas de todo o país. (LOPES; REICHER, 2020)

De acordo com um levantamento do Datafolha, realizado no ano de 2019, os brasileiros acreditam que as crianças com deficiência aprendem mais estudando junto com as crianças sem deficiência, além de transformar, para melhor, o ambiente escolar. Dito isso, resta claro o retrocesso educacional tanto na legislação quanto nas práticas de gestão do sistema educacional. (LOPES; REICHER, 2020)

## **6. CONCLUSÃO.**

No presente trabalho foi abordado, de início, a história da educação que começou com a chegada dos europeus, em especial os jesuítas, que desenvolveram um trabalho educativo e missionário durante dois séculos visando catequizar e instruir os índios para usá-los como mão de obra. Com o passar dos anos houve o advento de algumas constituições e o direito a educação foi evoluindo e regredindo na mesma proporção.

Destaca-se que o atendimento a pessoas com deficiência começou na época do Império quando se criou um campo de atuação específico para a educação especial, sem



qualquer comunicação com àquela considerada comum. No entanto, com o advento da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em 1961, esse atendimento passou a ser realizado dentro do sistema geral de ensino.

Mesmo com previsão legal não foi possível realizar o atendimento das pessoas com deficiência na rede regular de ensino, pois este não estava preparado para atender a necessidades educacionais especiais de cada aluno, o que acabou por reforçar o direcionamento deles às classes e escolas especiais. Isto posto, é relevante destacar que o atendimento especializado deveria ser apenas uma forma de complementar a formação desses alunos e não ser a sua única fonte de aprendizado.

A União deve prestar apoio técnico e financeiro aos sistemas públicos de ensino vez que a educação pode ser caracterizada como um serviço público essencial, mas para ser efetivo, dentre outras coisas, deve proporcionar atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência na rede regular de ensino, assim como a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Dito isso, o foco principal do trabalho foi o Decreto 10.502/2020 que institui a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da vida, que se encontra suspenso, ainda que de modo provisório, desde 1º de dezembro de 2020. Isso ocorreu porque, apesar de mascarar muito bem a verdadeira intenção, o Decreto é inconstitucional, vez que ao invés de agregar e acolher as pessoas com deficiência no ensino regular possibilita a sua segregação em grupos apartados, muitas vezes até mesmo da própria sociedade.

Por fim, tem-se por certo que o presente decreto é um retrocesso educacional visto que invalida todas as conquistas obtidas ao longo dos anos no momento que discrimina e segrega os estudantes com deficiência. Conclui-se, portanto, que não se faz necessário um novo decreto, mas sim políticas públicas eficientes e capazes de atender as necessidades de todos os alunos, sejam eles especiais ou não, porque a educação, até onde se sabe, é um direito constitucional que confere dignidade à pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

ABE, Stephanie Kim. **Educação especial: os retrocessos do decreto 10.502 e os esforços para revogá-lo.** Disponível em: <<https://www.cenpec.org.br/noticias/educacao-especial-os-retrocessos-do-decreto-10-502-e-os-esforcos-para-revoga-lo>>. Acesso em 07 jun. 2022.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **Brasil no Século XX: o desafio da educação.** In:\_. História da educação. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Moderna, 1996 *apud* SOUZA, José Clécio e; **Educação e História da Educação no Brasil.** Disponível em: <<https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/18/23/educacao-e-historia-da-educacao-no-brasil>>. Acesso em 09 maio 2022.

**ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA.** Nota de repúdio ao Decreto nº 10.502, de 30 de setembro de 2020, que institui a Política Nacional de Educação Especial. Disponível em: <<https://www.abrasco.org.br/site/noticias/nota-de-repudio-ao-decreto-no-10-502-de-30-de-setembro-de-2020-que-institui-a-politica-nacional-de-educacao-especial/52894/>>. Acesso em 08 jun. 2022.



BARIFOUSE, Rafael. **Decreto de Bolsonaro para alunos com deficiência é retrocesso de 30 anos, diz pedagoga da Unicamp**. Disponível em:

<<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-58347504>>. Acesso em 07 jun. 2022.

BASTOS, Celso Ribeiro. TAVARES, André Ramos. **As Tendências do Direito Público no Limiar de Um Novo Milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000 *apud* FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BATISTA, Leticia Alves; CARDOSO, Maykon Dhones de Oliveira. **Educação inclusiva: desafios e percepções na contemporaneidade**. *Revista Educação Pública*, v. 20, nº 44, 17 de novembro de 2020. Disponível em: <

<https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/20/44/educacao-inclusiva-desafios-e-percepcoes-na-contemporaneidade>>. Acesso em 09 maio 2022.

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

Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 09 maio 2022.

BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamente a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm)>. Acesso em 11 maio 2022.

BRASIL. Decreto nº 7.611, de 17 de novembro de 2011. Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/decreto/d7611.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7611.htm)>. Acesso em 11 maio 2022.

BRASIL. Decreto nº 10.502 de 30 de setembro de 2020. Dispões sobre a Política Nacional de Educação Especial: equitativa, inclusiva e com aprendizado ao longo da vida. Suspendo pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6590. Disponível em: <<https://www.gov.br/mec/pt-br/assuntos/noticias/mec-lanca-documento-sobre-implementacao-da-pnee-1/pnee-2020.pdf>>. Acesso em 07 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm)>. Acesso em 11 maio 2022.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica. Secretaria de Educação Especial - MEC/SEESP, 2001.

BRASIL. Resolução nº 4, de 2 de outubro de 2009. Institui Diretrizes Operacionais para o Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, modalidade Educação Especial.



Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004\\_09.pdf](http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_09.pdf)>. Acesso em 11 maio 2022.

BRASIL. Secretaria de Educação Especial. Política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva. Brasília, DF, 2008. Disponível em: [portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/politica.pdf](http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/politica.pdf). Acesso em 8 jun. 2022.

CAMARGO, Leticia Ferreto; MARKOWICZ, Daniel; SOFFA, Marilice Mugnaini. **Perspectivas sobre a educação inclusiva: um desafio possível.** Disponível em: <[https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2017/23527\\_11750.pdf](https://educere.bruc.com.br/arquivo/pdf2017/23527_11750.pdf)>. Acesso em 20 maio 2022.

### **CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA:**

Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Decreto Legislativo nº 186, de 09 de junho de 2008; Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009; Declaração Universal dos Direitos Humanos. Vitória: Ministério Público do Trabalho, 2014. 124p. Disponível em: <[http://www.pcdlegal.com.br/convencaoonu/wp-content/themes/convencaoonu/downloads/ONU\\_Cartilha.pdf](http://www.pcdlegal.com.br/convencaoonu/wp-content/themes/convencaoonu/downloads/ONU_Cartilha.pdf)>. Acesso em 11 maio 2022.

### **COMISSÃO TEMPORÁRIA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL. (Paraná) Deliberação nº**

02/03 de 02 de junho de 2003: dispõe sobre as normas para a educação especial, modalidade da educação básica para alunos com necessidades educacionais especiais, no Sistema de Ensino do Estado do Paraná. Disponível em: <[http://www.cascavel.pr.gov.br/arquivos/04032011\\_deliberaacao\\_n\\_u\\_02\\_03.pdf](http://www.cascavel.pr.gov.br/arquivos/04032011_deliberaacao_n_u_02_03.pdf)>. Acesso em 06 jun. 2022.

**CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. (Paraná) Deliberação nº 02/2016 de 23 de setembro de 2016:** dispõe sobre as Normas para a Modalidade Educação Especial no Sistema Estadual de Ensino do Paraná. Diário Oficial nº 9.788 do Estado do Paraná. Disponível em: <[https://www.cee.pr.gov.br/sites/cee/arquivos\\_restritos/files/migrados/File/pdf/Deliberacoes/2016/Del\\_02\\_16.pdf](https://www.cee.pr.gov.br/sites/cee/arquivos_restritos/files/migrados/File/pdf/Deliberacoes/2016/Del_02_16.pdf)> Acesso em 06 jun. 2022.

**CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA.** Mudança na Política de Educação Especial é retrocesso e segregação! Entenda porque o CFP é contrário às alterações. Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/mudanca-na-politica-de-educacao-especial-e-retrocesso-e-segregacao-entenda-posicionamento-do-cfp/>>. Acesso em 08 jun. 2022.

### **DUARTE, Clarice Seixas. A Educação Como Um Direito Fundamental de Natureza Social.**

Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/es/a/Sys3c3j8znnWkyMtNhstLtg/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 09 maio 2022.

FALCÃO, Márcio; VIVAS, Fernanda. **STF forma maioria a favor de manter suspenso decreto do governo sobre educação especial.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/12/18/stf-forma-maioria-a-favor-de-manter-suspenso-decreto-do-governo-sobre-educacao-especial.ghtml>>. Acesso em 08 jun. 2022.



FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FIGUEIREDO, Ana Cláudia M. de. **A suspensão da Política Nacional de Educação de 2020 pelo STF**. Disponível em: <<https://www.escoladegente.org.br/noticias-boletins/suspensao-politica-nacional-educacao-especial-2020-pelo-stf>>. Acesso em 08 jun. 2022.

FERREIRA, Felipe. **Educação inclusiva: quais os pilares e o que a escola precisa fazer?** Atualizado em: 29 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.proesc.com/blog/educacao-inclusiva-o-que-a-escola-precisa-fazer/>>. Acesso em: 2 jun. 2019. *Apud* BATISTA, Leticia Alves; CARDOSO, Maykon Dhones de Oliveira. **Educação inclusiva: desafios e percepções na contemporaneidade**. *Revista Educação Pública*, v. 20, nº 44, 17 de novembro de 2020. Disponível em: <<https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/20/44/educacao-inclusiva-desafios-e-percepcoes-na-contemporaneidade>>. Acesso em 06 jun. 2022.

GONÇALVES, Enicéia Mendes; LACERDA, Cristina Broglia Feitosa; ROCHA, Luiz Renato Martins da; VASCONCELOS, Norma Abreu e Lima Maciel de Lemos. **Análise das sustentações orais da ação direta de inconstitucionalidade da PNEE-2020**. Disponível em: <<https://periodicos2.uesb.br/index.php/praxis/article/view/8857/5877>>. Acesso em 13 mar. 2022.

GOTTI, Alessandra; RIZZO, Pedro Henrique Silva. **Os avanços na inclusão e os riscos da nova Política Nacional de Educação Especial**. Disponível em: <<https://novaescola.org.br/conteudo/19896/o-retrocesso-da-nova-politica-nacional-de-educacao-especial>>. Acesso em 07 jun. 2022.

GEVU, Walber da Silva. **Educação Como Direito Humano: um olhar constitucional e emancipador sob a ótica de Paulo Freire**. Disponível em: <<https://itr.ufrjr.br/portal/wp-content/uploads/2017/10/t211.pdf>>. Acesso em 06 jun. 2022.

HAMMES, Bárbara. **Paraná é o estado brasileiro com maior taxa de alunos da educação especial em escolas exclusivas, aponta Inep**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/educacao/noticia/2021/02/04/parana-e-o-estado-brasileiro-com-maior-taxa-de-alunos-da-educacao-especial-em-escolas-exclusivas-aponta-inep.ghtml>>. Acesso em 10 maio 2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES, Laís de Figueirêdo; REICHER, Stella Camlot. **Parecer: a inconstitucionalidade do decreto nº 10.502/2020 sobre a política de educação especial**. São Paulo: Instituto Alana,



2020. Disponível em: <[https://alana.org.br/wp-content/uploads/2020/10/ALANA\\_parecer\\_educacao\\_inclusiva-4.pdf](https://alana.org.br/wp-content/uploads/2020/10/ALANA_parecer_educacao_inclusiva-4.pdf)>.

PILETTI, Claudino. **História da Educação no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1986 *apud* SOUZA, José Clécio e; **Educação e História da Educação no Brasil**. Disponível em: <<https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/18/23/educacao-e-historia-da-educacao-no-brasil>>. Acesso em 09 maio 2022.

**PROJETO POLÍTICO PEDAGÓGICO**. ESCOLA MUNICIPAL SANTOS DUMONT, PAIÇANDU, 2021.

**PRIORIDADE ABSOLUTA**. STF suspende decreto que instituía nova política nacional de educação especial. Disponível em: <<https://prioridadeabsoluta.org.br/agenda-227/stf-suspende-decreto-que-instituia-nova-politica-nacional-de-educacao-especial/>>. Acesso em 08 jun. 2022.

PUENTE, Beatriz. **Com maior número em seis anos, Brasil tem 244 mil jovens de 6 a 14 fora da escola**. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/com-maior-numero-em-seis-anos-brasil-tem-244-mil-jovens-de-6-a-14-fora-da-escola/>>. Acesso em 10 maio 2022.

REVISTA EDUCAÇÃO. **A sete passos da inclusão**. Postado em: 9 de janeiro de 2014. Disponível em: <<https://revistaeducacao.com.br/2014/01/09/a-sete-passos-da-inclusao/>>. Acesso em: 4 jun. 2019. *Apud* BATISTA, Leticia Alves; CARDOSO, Maykon Dhones de Oliveira. **Educação inclusiva: desafios e percepções na contemporaneidade**. *Revista Educação Pública*, v. 20, nº 44, 17 de novembro de 2020. Disponível em: <<https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/20/44/educacao-inclusiva-desafios-e-percepcoes-na-contemporaneidade>>. Acesso em 06 jun. 2022.

RODRIGUES, Leandro. **O que é Educação Inclusiva?** Um passo a passo para a inclusão escolar. Postado em: 15 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://institutoitard.com.br/o-que-e-educacao-inclusiva-um-passo-a-passo-para-a-inclusao-escolar/>>. Acesso em: 9 maio 2019. *Apud* BATISTA, Leticia Alves; CARDOSO, Maykon Dhones de Oliveira. **Educação inclusiva: desafios e percepções na contemporaneidade**. *Revista Educação Pública*, v. 20, nº 44, 17 de novembro de 2020. Disponível em: <<https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/20/44/educacao-inclusiva-desafios-e-percepcoes-na-contemporaneidade>>. Acesso em 06 jun. 2022.

ROGALSKI, Solange Menin. **Histórico do Surgimento da Educação Especial**. Disponível em: <[https://www.passofundo.ideau.com.br/wp-content/files\\_mf/eca97c3f3c5bda644479e4c6a858f556168\\_1.pdf](https://www.passofundo.ideau.com.br/wp-content/files_mf/eca97c3f3c5bda644479e4c6a858f556168_1.pdf)>. Acesso em 09 maio 2022.

ROMANELLI, Otaíza de Oliveira. **História da Educação no Brasil**. 17ª ed. Petrópolis: Vozes, 1978 *apud* SOUZA, José Clécio e; **Educação e História da Educação no Brasil**. Disponível em: <<https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/18/23/educacao-e-historia-da-educacao-no-brasil>>. Acesso em 09 maio 2022.



SASSAKI, R. K. **Inclusão**: acessibilidade no lazer, trabalho e educação. Revista Nacional de Reabilitação (Reação), São Paulo, Ano XII, mar./abr. 2009, p. 10-16. *Apud* BARBALHO, Ystefhani Cibely Marina de Oliveira; LEMOS, Thalita Desirreé. **Rompendo as barreiras da inclusão no ambiente escolar**: estudo de caso em uma escola no recife. Disponível em: <[https://www.editorarealize.com.br/editora/anais/conedu/2018/TRABALHO\\_EV117\\_MD1\\_S A10\\_ID8558\\_17092018000613.pdf](https://www.editorarealize.com.br/editora/anais/conedu/2018/TRABALHO_EV117_MD1_S A10_ID8558_17092018000613.pdf)>. Acesso em 06 jun. de 2022.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão ou desinclusão?** Uma análise do Decreto 10.502/2020. Disponível em: <<https://revistareacao.com.br/inclusao-ou-desinclusao-uma-analise-do-decreto-10-502-2020/>>. Acesso em 13 mar. 2022.

SILVA, Fabiana Maria Lobo da. **O direito à educação especial inclusiva**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18354/o-direito-a-educacao-especial-inclusiva>>. Acesso em 11 maio 2022.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**, 9. ed., p. 800 *apud* LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

**SISTEMA PFDC**: Decreto 10.502/2020 não estabelece modelo de educação inclusiva. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pfdc/noticias/sistema-pfdc-decreto-10-502-2020-nao-estabelece-um-modelo-de-educacao-inclusiva>>. Acesso em 07 jun. 2022.

SOUTO, Maricélia Tomáz. **Educação Inclusiva no Brasil**: contexto histórico e contemporaneidade. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/5051/1/PDF%20-%20Maricélia%20Tomáz%20de%20Souto.pdf>>. Acesso em 09 maio 2022.

SOUZA, José Clécio e; **Educação e História da Educação no Brasil**. Disponível em: <<https://educacaopublica.cecierj.edu.br/artigos/18/23/educacao-e-historia-da-educacao-no-brasil>>. Acesso em 09 maio 2022.

SOUZA, Rafaela. **Educação**. Disponível em: <<https://brasilescola.uol.com.br/educacao>>. Acesso em 13 mar. 2022.

VOLPATO, Rodrigo Orlandini. **A Educação Como Direito Fundamental**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33780/a-educacao-como-direito-fundamental>>. Acesso em 09 maio 2022.



XXIV. RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRÁTICA DO *CYBERBULLYING*Gabrielle Dwayne de Andrade<sup>1</sup>  
Taís Zanini de Sá<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 *CYBERBULLYING*. 2.1 Do *Bullying* ao *Cyberbullying*. 2.2 Elementos configuradores do *Cyberbullying*. 2.3 Modalidades de *Cyberbullying*. 2.4 Identificação dos envolvidos com o *Cyberbullying*. 2.5 Violação de direitos e proteção legal da vítima. 3 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PRÁTICA DE *CYBERBULLYING*. 3.1 Previsão legal. 3.2 Entendimento dos Tribunais brasileiros. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objeto abordar os aspectos do *Cyberbullying*, trazendo particularidades que o diferenciam do *Bullying* tradicional, verificado comumente entre crianças e adolescentes no âmbito escolar. Tal estudo se mostra relevante e necessário, tendo em vista a crescente imersão de pessoas nos ambientes digitais, desde o advento da *internet*, de modo que todos os indivíduos se mostram suscetíveis a se tornarem vítimas das agressões virtuais. Após ser esmiuçado o instituto do *Cyberbullying*, insta abordar os direitos fundamentais e personalíssimos atingidos pela prática criminosa, bem como a proteção legal que o Estado garante à vítima, no sentido de fazer cessar a lesão que esteja em consumação, além de assegurar a reparação dos danos morais e psicológicos sofridos. Destarte, foi possível concluir que além da responsabilidade criminal pela prática dos crimes contra a honra, é cabível a condenação no âmbito civil, sendo as esferas independentes entre si. No mais, verificou-se o entendimento dos Tribunais brasileiros no sentido de responsabilizar os pais ou tutores pelas agressões cometidas pelos seus dependentes nas redes digitais, ainda que não tenham conhecimento das postagens. No mais, observou-se a responsabilidade subsidiária das empresas provedoras de *internet* que permaneçam inertes após ter conhecimento das agressões cometidas em sua plataforma e não tomem medidas no sentido de retirá-las da rede, prolongando o sofrimento da vítima.

**PALAVRAS-CHAVE:** 1. *Cyberbullying*. 2. Dignidade. 3. Responsabilidade civil.

**ABSTRACT:** This article aims to address the aspects of *Cyberbullying*, bringing particularities that differentiate it from traditional *Bullying*, commonly seen among children and adolescents in the school environment. Such a study is relevant and necessary in view of the increasing immersion of people in digital environments, since the advent of the internet, so that all individuals are susceptible to becoming victims of virtual aggression. After the *Cyberbullying* institute has been detailed, it urges to address the fundamental and very personal rights affected by the criminal practice, as well as the legal protection that the State guarantees the victim, in order to stop the injury that is in consummation, in addition to ensuring reparation of the moral and psychological damages incurred. Thus, it was possible to conclude that in

<sup>1</sup> Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Maringá.

<sup>2</sup> Mestre em Direitos da Personalidade pela Unicesumar. Especialista em Direito do Estado e Relações Sociais pela PUC – Campo Grande/MS. Especialista em Direito Tributária pela Universidade Anhanguera. Especialista em Direito Constitucional pela UNIFIA. Especialista em Docência do Ensino Superior pela UDC.



addition to the criminal responsibility for the practice of crimes against honor, it is appropriate to condemn it in the civil sphere, with the spheres being independent from each other. Furthermore, the understanding of the Brazilian Courts was verified in the sense of holding parents or guardians responsible for the aggressions committed by their dependents on digital networks, even if they are not aware of the posts. In addition, it was observed the subsidiary responsibility of internet providers that remain inert after becoming aware of the aggressions committed on their platform and do not take measures to remove them from the network, prolonging the victim's suffering.

**KEY-WORDS:** 1. Cyberbullying. 2. Dignity. 3. Civil Responsibility.

## 1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro, em especial a Carta Magna de 1988, estabelece total proteção aos direitos fundamentais e personalíssimos, inerentes a pessoa humana. Tais direitos incluem a integridade psicológica, direito a intimidade e dignidade da pessoa humana, de modo que ao ser verificada a violação de qualquer destes direitos essenciais ao indivíduo, deve o Estado intervir e fazer cessar a lesão, além de promover a reparação dos danos causados.

Dito isso, cada indivíduo deve buscar proteção aos seus próprios direitos e respeitar os direitos dos demais, para que todos possam conviver em harmonia. Todavia, verifica-se que comumente os direitos personalíssimos das pessoas são desrespeitados, principalmente na atualidade, com o advendo da *internet* e todas as facilidades decorrentes da era digital.

A sensação de anonimato presente nas redes serve de incentivo para que muitos se achem no direito de ofender outras pessoas, sob a perspectiva de que não será possível sua identificação e conseqüente punição pelos danos causados ao psicológico da vítima. Contudo, o anonimato não é absoluto e pode ser derrubado com o auxílio de ferramentas próprias, resultando na aplicação de sanção cível e criminal quando cabível.

Diante disso, uma vez que a maior parte da população se encontra inserida nos ambientes virtuais, é de suma importância compreender as faces do *Cyberbullying*, delimitando suas características e modalidades, para evitar que haja violação de direitos sem a devida reparação e punição dos agressores, bem como conhecer a fundo os limites da responsabilidade civil nos casos de assédio virtual.

Nesses termos, serão abordadas as principais vertentes da agressão digital, bem como os respectivos direitos tutelados pelo ordenamento pátrio, com ênfase na responsabilidade civil quanto a reparação dos danos causdos à vítima. Por fim, utilizar-se-á pesquisa bibliográfica de autores renomados sobre o assunto, artigos científicos e jurisprudências que consolidam o entendimento dos Tribunais brasileiros, reiterando de forma prática todo o conhecimento explanado.

## 2. CYBERBULLYING

### 2.1. Do Bullying ao Cyberbullying

O *Bullying* sempre esteve presente em nossa sociedade, ainda que nem sempre tenha sido chamado assim. Wanzinack (2014, p. 67), aponta que o termo deriva do inglês



*Bully*, empregado para indicar uma pessoa intimidadora que se utiliza de proveito físico ou psicológico para causar sensação de medo ou pavor em outrem. Assim, praticar *Bullying*, significa ofender física ou psicologicamente alguém com o intuito de amedrontar ou causar sofrimento injustificado, visando obter benefícios ou simplesmente o prazer de causar dano ao outro.

Nesse mesmo sentido, Araújo e Caldeira (2018, p. 07) caracterizam o *Bullying* como um ato de agressão praticado intencionalmente e de forma reiterada, cujo desenvolvimento se dá em meio físico, ou seja, presencialmente, sendo perfeitamente possível determinar o agressor e o agredido. No mais, os autores relatam que a maior parte dessas agressões são verificadas em ambientes escolares, onde uma criança fisicamente mais favorecida profere ofensas à condição física ou psicológica de outra, causando dor e angústia ao agredido.

Ainda, Albino e Terêncio (2012, p. 03) complementam, indicando que as vítimas de *Bullying* podem desenvolver características que as acompanham até a fase adulta, como por exemplo: comportamento agressivo, crises de ansiedade, estresse, baixo rendimento em atividades que se proponham a realizar e principalmente baixa autoestima. Desse modo, as cicatrizes deixadas pelo *Bullying* na vítima muitas vezes não se curam com o tempo, causando danos irreparáveis ao ofendido e moldando negativamente a sua personalidade.

Atualmente, além do *Bullying* praticado face a face, há também a incidência do *Cyberbullying*, ou assédio virtual, caracterizado pela violência exercida no ambiente online. Nessa espécie de agressão, os agressores demonstram uma superioridade em relação à vítima, não necessariamente força física, como ocorre com o *Bullying* convencional, mas uma postura intimidadora, desenvolvida através do aparente anonimato trazido pelo ambiente virtual. Outra característica que diferencia as práticas agressivas diz respeito a repetição, uma vez que para a caracterização do *Bullying* exige-se a reiteração da violência direcionada à uma mesma vítima. No *Cyberbullying*, levando em consideração que uma única postagem ofensiva pode ser visualizada por milhares de pessoas, não se mostra necessária a reiteração da agressão para a sua configuração. (SALGADO e PRODÓCIMO, 2016, p. 377)

Outrossim, como já foi abordado anteriormente, o ambiente mais comum para a prática do *Bullying* é o ambiente escolar, eis que a agressão normalmente ocorre entre crianças e adolescentes. Por outro lado, o *Cyberbullying* - amplamente disseminado através da *internet* - abrange desde crianças até indivíduos adultos. Diante disso, é corriqueiro observar que as redes sociais sejam utilizadas por ex-namorados que buscam vingança de suas ex-companheiras, com a postagem de vídeos e fotos íntimas, objetivando ridicularizá-las e desmoralizá-las. Ocorre que, independentemente da faixa etária, ninguém está preparado para ser vítima do *Cyberbullying*, e muitas vezes, o próprio agressor não tem noção dos impactos negativos que causará à vítima. (WANZINACK, 2014, p. 74)

No mais, Freitas e Casagrande (2016, p. 113) complementam apontando que:

*No que diz respeito ao cyberbullying, as consequências sofridas pela vítima se igualam ao que apontamos ao definirmos o conceito geral de bullying, porém, podem ser intensificadas graças ao grande número de indivíduos que a internet alcança. No bullying, a vítima sofre agressão de colegas reais no ambiente escolar, ou na rua onde mora; já nos casos de cyberbullying, pessoas que a vítima não conhece, residentes no outro lado do mundo, podem participar da agressão. Essa intensificação fica clara*



*quando observamos os casos de suicídio ocorridos nos últimos anos graças ao cyberbullying.*

Diante disso, nota-se que o *Cyberbullying* pode ser considerado uma forma mais gravosa de agressão do que o próprio *Bullying*, tendo em vista que o assédio virtual, ultrapassando os limites físicos, faz com que os telespectadores sejam indetermináveis e consequentemente desconhecidos, causando ao agredido uma sensação de humilhação muito mais intensa do que se a agressão ocorresse em meio aos seus colegas de turma, isto é, um número determinado de pessoas que já fazem parte de seu convívio social. Araújo e Caldeira (2018, p. 8-9) ressaltam, ainda, que as imagens e publicações inseridas no ambiente virtual viralizam em segundos, o que torna praticamente impossível a sua total exclusão da rede, e acabam por perpetuar a agressão sofrida.

Destarte, a violência sofrida em qualquer fase da vida gera impactos imensuráveis à vítima, sendo capaz de moldar a sua personalidade e comportamento diante de outras pessoas. Assim, é possível que uma criança vítima de *Bullying*, ao chegar à fase adulta, apresente diversos problemas emocionais e, em consequência, se utilize do *Cyberbullying* como método de vingança e/ou autodefesa, disseminando ódio e causando sofrimento à inúmeras vítimas, resultando em uma grande “bola de neve”.

## **2.2. Elementos configuradores do *Cyberbullying***

O assédio virtual ou *Cyberbullying* apresenta elementos configuradores semelhantes aos que caracterizam o *Bullying*, sendo sua principal diferença a consumação em meio virtual e não físico, como ocorre nesse último. Ademais, Bottino, Santos, Martins e Regina (2015, p. 22-23) trazem como elementos configuradores do *Cyberbullying*, a intencionalidade, repetição, desequilíbrio de força ou poder, anonimato e publicidade.

Em relação ao primeiro elemento, os autores supramencionados apontam que, em pesquisa realizada junto à adolescentes, constatou-se a necessidade de que o ato lesivo seja praticado de forma intencional para que seja considerado como assédio virtual. Nesse mesmo sentido, Lago (2022, p. 22) defende que os atos de agressão praticados no ambiente virtual não são meros acidentes, mas sim atitudes calculadas e intencionais, cujo objetivo é causar sofrimento à vítima. Desse modo, para que seja caracterizado o *Cyberbullying*, a ofensa precisa vir acompanhada de intencionalidade, visto que se a postagem for feita de forma inocente, sem o objetivo de causar prejuízos à outra pessoa, não há que se falar em assédio digital.

No que tange a repetição, esta diz respeito à facilidade com que conteúdos digitais são disseminados na rede e acabam viralizando de forma descontrolada, presumindo-se que um único comentário ofensivo seja capaz de atingir um número inimaginável de pessoas, ainda que publicado uma única vez. Assim, para que um ato seja consagrado como *Cyberbullying*, não há a exigência de que ele ocorra mais de uma vez, tendo em vista que os ambientes digitais são responsáveis por um compartilhamento em massa de informações, garantindo que publicações atinjam indivíduos conectados no mundo todo. (BOTTINO, SANTOS, MARTINS e REGINA, 2015, p. 23)

Em relação ao desequilíbrio de força ou poder entre a vítima e o agressor, Bottino, Santos, Martins e Regina (2015, p. 23) alegam que:



*Esse critério descreve que uma pessoa com mais força atinge, de alguma forma, outra pessoa com menos força. Entretanto, esse desbalanço de forças não se refere necessariamente a força física ou poder entre o agressor e a vítima, mas de um relacionamento violento entre uma pessoa que tem mais poder e outra que não consegue se defender. Os perpetradores desse tipo de violência virtual não são necessariamente mais fortes, podendo inclusive ser anônimos, e as vítimas podem ou não conhecer o agressor.*

Ainda, segundo Pedroso e Gonçalves (2016, p. 09), tal discrepância de força diz respeito à fragilidade que o ato intimidador imputa ao ofendido, trazendo um caráter mais psicológico do que físico. Portanto, ao contrário do que se verifica no *Bullying*, onde é comum que o agressor seja fisicamente mais forte, no *Cyberbullying*, a fraqueza da vítima é emocional e a facilidade com que as coisas repercutem na era digital faz com que o agredido se sinta cada vez mais fraco e suscetível a sofrer novos ataques virtuais.

Sem sombra de dúvidas, o anonimato é um dos elementos mais importantes na caracterização do *Cyberbullying*, e segundo o entendimento de Bottino, Santos, Martins e Regina (2015, p. 23) através dele, sentimentos como medo, impotência e insegurança são profundamente potencializados na vítima, visto que há dificuldade de identificação dos agressores virtuais. Nesse mesmo sentido, Castro e Zuin (2019, p. 189) argumentam que o anonimato torna o assédio virtual ainda mais grave do que o *Bullying*, considerando que os agressores se utilizam da criação de perfis falsos visando a impunidade de seus atos, o que instiga novos compartilhamentos e acaba por perpetuar a violência.

Ainda sobre o anonimato, acredita-se que a facilidade com que os autores das agressões se escondem no ambiente digital estimula um comportamento muito mais agressivo do que teriam caso a identidade estivesse exposta. Tal fato abre margem para que pessoas aparentemente não-violentas em seu convívio social demonstrem uma personalidade completamente diferente na *internet*. (LAGO, 2022, p. 25)

Por fim, os autores Bottino, Santos, Martins e Regina (2015, p. 23) tratam sobre o elemento da publicidade, arguindo que, publicações realizadas em ambiente público afetam violentamente o psicológico da vítima, notadamente em comparação às agressões efetuadas em meio privado (mensagens diretas). Isso porque o ataque virtual público atinge indivíduos que a vítima sequer conhece, e muitas vezes o julgamento é ilimitado, trazendo ao agredido um sentimento de descrédito e humilhação.

Isto posto, para que o ato seja caracterizado como assédio virtual, deve ser praticado intencionalmente, objetivando causar danos à vítima e estabelecer uma desigualdade de força entre as partes, visto que o agressor sempre está em uma posição de superioridade em relação ao agredido, o qual se encontra abalado psicologicamente pela agressão. Além disso, há uma repetição da violência, que se desmembra através da publicidade do ato, atingindo um número indeterminável de indivíduos que podem se tornar vítimas do comentário ofensivo. Destarte, conclui-se que o anonimato é responsável por estimular a prática do *Cyberbullying*, trazendo uma falsa sensação de impunidade aos autores do crime, tendo em vista a dificuldade de identificação dos envolvidos.



### 2.3. Modalidades de Cyberbullying

Como já foi abordado anteriormente, o *Cyberbullying* é um tipo de assédio que se concretiza através dos ambientes digitais, sendo responsável por causar diversos danos psicológicos às suas vítimas. Além do mais, o assédio virtual é gênero e se subdivide em espécies, sendo elas: *Flaming*, agressão online, difamação, *Cyberstalking*, substituição ilegal da pessoa, *Outing* ou exclusão, conforme classificação elaborada por Nancy Willard, em 2004, e explanada por diversos pesquisadores brasileiros.

À vista disso, a primeira espécie de violência digital, conhecida como *flaming*, consiste no envio de mensagens ofensivas, direcionadas a própria vítima ou a grupos virtuais, com o objetivo de hostilizar e humilhar o indivíduo ou o grupo atingido. O tipo de agressão pode ser utilizado, ainda, como forma de resposta/defesa a determinada publicação feita na rede, que cause infelicidade ao agressor, cujo compartilhamento se dá por meio de sites, mensagens de texto, *WhatsApp*, e-mail, etc. (SOUZA, SIMÃO e FRANCISCO, 2014, p. 95)

Por sua vez, a agressão online, apesar de também se caracterizar pelo envio de mensagens agressivas a um determinado indivíduo ou grupo de pessoas, diferencia-se do *Flaming*, considerando a frequência com que as mensagens são encaminhadas. Na primeira espécie, basta que uma única mensagem ou publicação seja inserida na rede e cause sofrimento à vítima, ao passo que na agressão online, verifica-se uma reiteração constante da violência, onde o agressor não se limita a discorrer ofensas uma única vez; muito pelo contrário, profere comentários negativos sempre que possível. (SOUZA, 2020, p. 10)

Em relação a difamação, esta encontra previsão legal no artigo 139 do Código Penal brasileiro, e se refere ao crime de imputar a alguém fato ofensivo à sua reputação, com pena de detenção de três meses a um ano, cumulada com multa. Ainda, no contexto do assédio virtual, a difamação consiste na divulgação de informações falsas sobre determinada pessoa, através das redes sociais, com o intuito de denegrir a honra objetiva e atingir a dignidade alheia. No mais, uma inverdade repetida diversas vezes no ambiente virtual, por meio de compartilhamentos, dificilmente será revertida por completo, trazendo à vítima uma sensação de prepotência ainda maior. (BARROS, CUNHA, PAVEI, SIZENANDO, 2016, p. 193)

Sobre o *Cyberstalking*, esta modalidade de assédio virtual se assemelha à agressão online já mencionada anteriormente, todavia, além das mensagens de ódio constantemente direcionadas à vítima, o agressor também a intimida, ameaçando causar danos mais graves através de exposições na rede, e muitas vezes coagindo o agredido a submeter-se às suas vontades. (SOUZA, 2020, p. 10)

Outra espécie de *Cyberbullying* é a substituição ilegal da pessoa, consumada quando o agressor, fingindo ser a vítima, posta fotos, vídeos, faz publicações ou envia mensagens comprometedoras, atitudes que o agredido jamais teria se de fato estivesse em posse de sua rede social. Saliencia-se que a prática pode ocorrer através da própria rede social da vítima, hipótese em que o agressor possui conhecimento das senhas pessoais de acesso, através de ataque *hacker*, ou ainda através da criação de perfis falsos que induzam outros usuários a acreditarem que a rede social é legítima, gerando transtornos inimagináveis à parte lesada. (SOUZA, SIMÃO e FRANCISCO, 2014, p. 95)

Ademais, o *Cyberbullying* pode ocorrer através do *Outing*, modalidade de agressão caracterizada pela divulgação de informações pessoais sensíveis à vítima, como por exemplo



fotos e vídeos íntimos, sem o seu consentimento. Normalmente, o *Outing* é utilizado como meio de vingança por parceiros inconformados com o fim do relacionamento amoroso, no entanto, o crime não se limita a tais situações, sendo constatado por meio de violações ao direito à intimidade da vítima, independente da relação existente entre agredido e agressor. (PEREIRA, GONÇALVES, REZER e OLIVEIRA, 2019, p. 119)

Por fim, tem-se a chamada exclusão, a qual se verifica quando um indivíduo pertencente a determinado grupo na *internet* é expulso injustificadamente pelos demais membros, sentindo-se excluído não somente pelo grupo, mas também pela sociedade, o que pode agravar quadros de ansiedade e depressão. Este tipo de ato faz com que a vítima se isole do contato social e encontre grandes dificuldades de comunicação com outros indivíduos posteriormente. (SOUSA, 2020, p. 10)

Nestes termos, veja-se que o *Cyberbullying* pode se manifestar de diversas formas dentro da rede digital, seja através de mensagens pessoais encaminhadas à vítima, publicações em páginas, ameaças, ou até mesmo fingindo ser a própria vítima na *internet*. Os danos causados são imensuráveis, não somente ao agredido, mas também à sociedade como um todo, que se beneficia com as praticidades trazidas pela era digital, mas também sofre com as consequências do suposto anonimato oferecido pela rede.

#### 2.4. Identificação dos envolvidos com o *Cyberbullying*

O anonimato presente na era digital, como já foi dito, proporciona uma sensação de invisibilidade e liberdade, através da falsa crença de que não será possível a identificação do agressor para a aplicação de punição quanto a conduta criminosa realizada, facilitando a transmissão de mensagens de cunho violento, capazes de ofender a honra da vítima. (SERRÃO, 2019, p. 17)

Contudo, nos termos do artigo 15 do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), é possível a identificação dos responsáveis pela prática de agressões virtuais, aplicando-se, inclusive, a obrigação de indenizar pelo possível dano moral sofrido pela vítima. Diante disso, verifica-se que a sensação de proteção advinda do anonimato não é absoluta e pode ser inibida pelo Poder Público, visto que, com as ferramentas corretas, a invisibilidade pode ser afastada e o autor do delito responsabilizado na seara cível e criminal. (SILVA, 2020, p. 4)

Nesse sentido, Conte e Rossini (2010, p. 59) apontam que:

*Existem alguns programas que ajudam a descobrir a identidade dos agressores, tais como: Email Tracker Pro (identifica a fonte de e-mails recebidos); MacAfee Parental Controls (filtra sites e bloqueia conteúdos inadequados); Security Soft's Predator Guard, (monitora e filtra conteúdos), dentre outros, que fornecem filtros de acesso, além de rastreamento para conteúdo impróprio ou de assédio.*

Desse modo, verifica-se a existência de diversos programas de *internet* que auxiliam no combate ao *Cyberbullying*, principalmente no contexto de identificação do autor do ato, possibilitando que a vítima tome as medidas cabíveis no que tange à responsabilização do sujeito criminoso. Além dos aplicativos já mencionados, Conte e Rossini (2010, p. 59) também mencionam que a grande maioria dos provedores de serviços digitais possuem mecanismos capazes de filtrar conteúdos indesejados, bem como campo de denúncia, para que o usuário



ofendido de alguma forma possa reportar a situação aos responsáveis pela plataforma. A respeito disso, ainda que a atitude não venha a ser caracterizada como crime ou contravenção penal, a violação das regras de sociabilização pode levar ao banimento do usuário inoportuno, impedindo que este venha a causar transtornos novamente.

Nos dias atuais, é possível observar, ainda, o manuseio de ferramentas digitais que se utilizam de algoritmos e codificações para detectar automaticamente mensagens que apresentam termos de caráter ofensivo, possibilitando que seja auferida a prática de assédio virtual. No mais, com o objetivo de facilitar os trâmites processuais, é importante que a vítima, sempre que possível, salve as mensagens de cunho ofensivo em algum dispositivo de memória, ou as imprima, constituindo matéria probatória que será indispensável para a confirmação da identidade do réu e aplicação das respectivas punições. (SERRÃO, 2019, p. 42)

Desse modo, ainda que a identificação dos envolvidos com a prática de *Cyberbullying* seja dificultada pelo anonimato das redes, se houver cooperação entre a vítima e os responsáveis pelas plataformas digitais, é possível chegar ao agressor e exigir a reparação dos danos causados, trazendo certo alívio ao agredido.

## 2.5. Violação de direitos e proteção legal da vítima

O ordenamento jurídico brasileiro, em especial a Constituição Federal e o Código Civil, definem alguns direitos como fundamentais e personalíssimos, uma vez que inerentes a todos os indivíduos simplesmente pela sua condição humana. Tais direitos são irrenunciáveis, imprescritíveis, intransmissíveis, impenhoráveis, absolutos, ilimitados e vitalícios, de modo que acompanham o indivíduo desde o seu nascimento até o seu último suspiro. Assim, vislumbra-se que todas as pessoas são titulares do direito à vida, à integridade psíquica, à integridade moral, à privacidade, à honra, e a dignidade, dentre outros. (GONÇALVES, 2022, p. 385)

Em relação ao tema, determina a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” Ainda, em consonância com o referido dispositivo legal, o artigo 21 do Código Civil Brasileiro também cita que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.” Assim, os direitos personalíssimos ou fundamentais são oponíveis *erga omnes*, ou seja, devem ser observados e respeitados por todos, uma vez que, constatada a violação de qualquer deles, a máquina judiciária deve ser acionada para fazer cessar a lesão, sem se olvidar da reparação dos danos suportados pela vítima. (FILHO e GAGLIANO, 2022, p. 399-401)

Nouto giro, a Lei 13.185/2015, em seu artigo 2º, aborda o *Bullying*, caracterizando-o como a violência física ou psicológica que causa humilhação, discriminação e intimidação na vítima. O parágrafo único do referido dispositivo legal determina que, quando a violência ocorre através dos meios digitais, há a descaracterização do *Bullying* e se passa a verificar a prática do *Cyberbullying*, ou assédio digital, de modo que tal legislação é de suma importância para o enquadramento do caso concreto ao instituto tratado. (TEIXEIRA, 2022, p. 367-369)





A respeito disso, ressalta-se a preocupação do legislador para tratar sobre os direitos mais sensíveis do ser humano, em especial os direitos da personalidade, e tudo aquilo ligado à proteção da dignidade humana. Desse modo, uma vez que violência digital atinge diretamente os direitos fundamentais e personalíssimos da vítima, ferindo-lhe a honra e muitas vezes invadindo sua privacidade e intimidade, a proteção de tais direitos encontra amparo não somente na seara cível, mas também na criminal, sendo que o Código Penal, nos artigos 138 a 145, legisla acerca dos crimes contra a honra e suas respectivas penas, sendo eles: calúnia, difamação e injúria. (PINHEIRO, 2021, p. 165)

Em relação à responsabilização criminal, destaca-se que, nos moldes do artigo 141 do Código Penal brasileiro, haverá aumento de pena, quando o crime contra a honra for praticado na presença de diversas pessoas ou que facilite a divulgação da violência proferida contra pessoa com idade superior a 60 anos ou com algum tipo de deficiência. Ainda, pelo entendimento dominante do direito penal brasileiro, é necessário que a ofensa ocorra mediante dolo (intenção), para que haja a caracterização de crime e possibilite a responsabilização penal, visto que não se verifica no ordenamento jurídico a previsão de crime contra a honra praticado na modalidade culposa. (PINHEIRO, 2021, p. 167)

Ademais, evidencia-se que o direito penal trata como inimputáveis os menores de 18 anos e, portanto, não há que se falar em punição criminal às crianças e adolescentes que venham a praticar o *Cyberbullying* na internet, cabendo, contudo, aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em relação aos atos infracionais cometidos pelos menores. Outrossim, em caso de assédio virtual cometido por crianças e adolescentes, além da aplicação do ECA quanto aos atos infracionais, também haverá a obrigação de reparação por eventuais danos causados à vítima, cabendo aos responsáveis legais o ônus de ressarcimento, nos termos do artigo 932 do Código Civil. (ZANONA, 2017, p. 309)

Destarte, o ordenamento jurídico traz proteção legal às vítimas de assédio digital em diversas áreas, buscando sempre tutelar os seus direitos na integralidade, e preservar a dignidade humana, sendo este um dos princípios fundamentais da Carta Magna brasileira. Diante disso, mediante a prática de violência psicológica, o autor do delito, quando imputável, será devidamente responsabilizado criminalmente por seus atos, além de reparar os danos suportados pela vítima no âmbito do direito civil. Nessa mesma linha, quando inimputável em razão da menoridade, haverá aplicação do ECA quanto aos atos infracionais, além da obrigação de reparação dos danos, a qual ficará a cargo dos responsáveis legais. Desse modo, em qualquer hipótese de lesão aos direitos fundamentais da vítima, haverá tutela jurisdicional para cessar a violação dos direitos, bem como reparar os danos já sofridos.

### **3. RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PRÁTICA DE CYBERBULLYING**

#### **3.1. Previsão legal**

O instituto da responsabilidade civil encontra previsão legal no artigo 927 do Código Civil, onde está disciplinado que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”, ou seja, sempre que houver violação de direitos e consequente prejuízo à vítima, haverá responsabilidade civil de reparar o dano causado. No mais, os artigos mencionados no dispositivo legal, 186 e 187 da mesma lei, tratam sobre os pressupostos da responsabilidade civil, sendo eles: ação ou omissão, dolo ou culpa do



agente, relação de causalidade e o dano suportado pela vítima. (GONÇALVES, 2022, p. 134-136)

Portanto, qualquer pessoa que cause danos a outrem será obrigado a repará-lo, de modo que a ação ou omissão pode decorrer de ato próprio praticado pela parte; ato praticado por terceiro que esteja sob a sua guarda e proteção; ou ainda, ato de animal de estimação que lhe pertença. Em todos os casos, haverá responsabilidade civil visando à reparação dos prejuízos impostos. Outro pressuposto é a culpa ou dolo do agente, sendo a primeira caracterizada por atitudes praticadas mediante negligência, imperícia ou imprudência. Já no dolo, os atos são praticados com vontade de causar dano ao outro. No que tange a responsabilização, aplica-se àquele que provoca prejuízo de forma dolosa ou culposa. (GONÇALVES e LENZA, 2020, p. 105-106)

A relação de causa e efeito entre o ato praticado pelo agente e o dano experimentado pela vítima é conhecida como relação de causalidade, sendo o terceiro pressuposto da responsabilidade civil. Sem a causalidade, não há que se falar em reparação civil de danos, tendo em vista que ninguém será obrigado a arcar com prejuízos que não deu causa. Portanto, o dano causado à vítima deve ser provado, pois diante da ausência de elementos probatórios não é possível auferir se de fato o agente foi responsável pelos danos, o que gera implicações diretas na obrigação de reparação. (GONÇALVES, 2022, p. 138-140)

Delimitados os pressupostos gerais da responsabilidade civil, é possível adentrar na responsabilidade civil aplicada aos meios digitais, haja vista que a tecnologia facilitou a prática de crimes contra a honra, sendo que os danos causados às vítimas de *Cyberbullying* devem ser reparados no âmbito civil, independente de responsabilização criminal. Nesse sentido, ao ser constatado o assédio virtual, o agente causador do dano será obrigado a repará-lo mediante o pagamento de danos morais à vítima, podendo a responsabilidade se estender ao provedor do *site*, se verificado que este teve conhecimento da violência cometida e, mesmo assim, omitiu-se quanto à remoção imediata da publicação ofensiva das redes, bem como não reprimiu o anonimato, impossibilitando a identificação do agente. (GONÇALVES e LENZA, 2020, p. 179-181)

No entanto, destaca-se que somente será estendida a responsabilidade aos provedores de *internet*, quando houver violação das disposições legais e estes não colaborarem com a prestação de informações que auxiliem na responsabilização do próprio agente das ofensas, tendo em vista que, se não houver violação das normas legais, não há que se falar em responsabilidade civil pelo conteúdo de terceiros, nos termos da Lei 12.965/2014:

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

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



Assim, tomando conhecimento da violência virtual, todos os envolvidos devem colaborar para que o responsável seja localizado e responsabilizado civil e criminalmente, para que os prejuízos causados à vítima cessem de imediato e os danos sejam ressarcidos, vez que quando a violência se prolonga no tempo maior é o sofrimento suportado pela vítima, e maior será a fixação do dano moral a ser reparado. (SOUSA, 2020, p. 16)

No mais, em relação ao *Cyberbullying* praticado por crianças e adolescentes, haverá responsabilidade civil aplicada aos pais ou responsáveis, ainda que estes não tenham conhecimento dos atos praticados pelos menores na *internet*, nos moldes dos artigos 932 e 933 do Código Civil. Nesse sentido, ainda que haja responsabilidade culposa do responsável pelo menor, não pode a vítima suportar o sofrimento causado sem que haja nenhum tipo de reparação em razão da idade do autor da agressão, incumbindo ao seu responsável legal arcar com os danos morais arbitrados. (SOUSA, 2020, p. 18)

Isto posto, havendo violação aos direitos personalíssimos e consequentes danos impostos à vítima, surge o dever de reparar os prejuízos causados. Destarte, no âmbito digital, sempre que um indivíduo praticar *Cyberbullying* contra outrem, atingindo diretamente sua dignidade humana, haverá responsabilização e condenação ao pagamento de danos morais à vítima, ainda que seja menor de idade, sendo os responsáveis solidários na condenação, da mesma forma que o provedor de *internet* também poderá ser responsabilizado caso dificulte o trabalho das autoridades quanto a identificação do autor das agressões, ou mantenha as postagens de cunho agressivo na rede, tendo pleno conhecimento de sua natureza.

### 3.2. Entendimento dos Tribunais brasileiros

Tendo em vista toda a explanação anterior a respeito do *Cyberbullying*, nota-se que o Estado busca tutelar os direitos fundamentais e personalíssimos da vítima de forma ampla, mediante a responsabilização do agressor, seja no âmbito criminal ou civil, objetivando a total reparação dos danos causados. Assim, mostra-se congruente demonstrar a aplicação prática da tutela jurisdicional acerca do tema. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entende que:

*RESPONSABILIDADE CIVIL – Réu que vem postando imagens e vídeos nas redes sociais com acusações contra o autor – Disputa interna na igreja a que ambos estão vinculados – Reiteração que excede o mero exercício regular do direito de crítica, e visa pressionar os órgãos de direção da igreja – Cyberbullying - Questões que deveriam ser discutidas na esfera administrativa – **Exposição pública que traz indevido constrangimento ao autor – Determinação para retirada do material das plataformas digitais – Dano moral caracterizado – Estimativa adequada em R\$ 15.000,00 – Gravidade e reiteração da conduta – Razoabilidade** – Ausência de impedimento ao prosseguimento do processo cível, por estar pendente uma queixa-crime – Mera possibilidade de suspensão, prevista no artigo 64 do CPP - Gratuidade indeferida - Sentença mantida Recurso não provido. (TJSP, 2021) (Grifos acrescidos)*

Diante disso, percebe-se que a exposição desnecessária de informações que atinjam os direitos da personalidade de outra pessoa caracteriza a prática de assédio virtual, de modo



que o conteúdo ofensivo deve ser retirado de imediato das redes para que cesse o dano, cabendo de qualquer forma a condenação do agressor ao pagamento dos prejuízos suportados pela vítima. No mais, verifica-se ainda que o oferecimento de queixa-crime não inviabiliza o prosseguimento dos autos na seara cível, no entendimento do referido Tribunal. Ainda, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul defende que:

*APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO SEM PREPARO NÃO IMPORTA EM DESERÇÃO QUANDO O PLEITO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA AJG FORMULADO NA RESPOSTA NÃO FOI APRECIADO PELO JUÍZO SINGULAR.*

*A falta de recolhimento do preparo não autoriza o decreto de deserção do apelo, sem que antes o Tribunal aprecie o requerimento de concessão da gratuidade judiciária, sobretudo quando a questão é suscitada no próprio apelo, como no caso. Aplicação da regra inscrita no § 1º do artigo 515 do CPC.*

*BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. LEI Nº. 1.060/50. PRESUNÇÃO DE NECESSIDADE.*

*Legítimo a parte requerer o benefício da gratuidade na contestação, com esteio no art. 4º da Lei nº. 1.060/50, que se harmoniza com o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal. Condição social e financeira dos réus, ora apelantes, compatível com o benefício da AJG. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS PAIS PELOS DANOS CAUSADOS PELOS FILHOS MENORES. ART. 932, INC. I, C/C 933,*

*AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. CYBERBULLYING. CRIAÇÃO DE COMUNIDADE NO “ORKUT”. CONTEÚDO OFENSIVO À HONRA E À IMAGEM DA AUTORA. VIOLAÇÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE. ILÍCITO CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. DANOS MORAIS IN RE IPSA.*

**Criação de comunidade no “Orkut” pela ré, menor impúbere, na qual passou a veicular comentários depreciativos e ofensivos a colega de turma de colégio. Conteúdo ofensivo à honra e imagem da autora. Situação concreta em que verificados o ato ilícito praticado pela menor corré (divulgação de conteúdo ofensivo à imagem-atributo da autora na internet), o dano (violação a direitos da personalidade) e o nexo causal entre a conduta e o dano (pois admitida pela ré a confecção e propagação na internet do material depreciativo), presentes estão os elementos que tornam certo o dever de indenizar (art. 927, CC). Os genitores respondem de forma objetiva, na seara cível, pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores. Responsabilidade que deriva da conjugação da menoridade do filho e da circunstância fática desse se achar sob o pátrio poder dos pais, a quem incumbe zelar pela boa**

**educação da prole. Dano “in re ipsa”, dispensando a prova do efetivo prejuízo.**



*ARBITRAMENTO DO “QUANTUM” INDENIZATÓRIO. VALOR REDUZIDO. Montante da indenização pelo dano moral reduzido em atenção aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, bem assim às peculiaridades do caso concreto e parâmetro adotado por Órgãos Fracionários deste Tribunal em situações similares. APELO PROVIDO EM PARTE. (TJRS, 2015) (Grifos acrescentados)*

Desse modo, o Tribunal em questão aponta a responsabilidade objetiva dos pais em indenizar à vítima que teve sua honra atingida por assédio virtual praticado por menor impúbere, uma vez que os pais são responsáveis pela educação de seus filhos enquanto estiverem investidos no Poder Familiar, cabendo, portanto, aos pais reparar os danos causados à vítima. Por fim, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro afirma que:

*APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER. MENSAGENS OFENSIVAS NA INTERNET. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Autor foi vítima de ofensas e ameaças por meio de perfis falsos e mensagens ofensivas veiculadas no site de relacionamento Orkut, além de ter tido suas fotografias “roubadas” do álbum de fotos de seu perfil. Alega que solicitou a retirada do referido material, sem sucesso. Requer a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e a identificar os autores dos perfis clonados e das mensagens ofensivas e a excluí-los. 2. Sentença de procedência. Dano moral arbitrado em R\$ 2.000,00. 3. O autor apela. Pleiteia a reforma da sentença para que seja majorado o quantum fixado a título de danos morais. 4. A empresa ré também apela. Alega, preliminarmente, ilegitimidade passiva ad causam. No mérito, aduz a inaplicabilidade da teoria do risco, a inexistência de defeito, fato de terceiro, inexistência de ato ilícito e de dano moral. 5. EXAME DA QUESTÃO PRELIMINAR SUSCITADA NA APELAÇÃO DA RÉ. Ilegitimidade passiva ad causam. DESCABIMENTO. Inegável que a ré é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, na medida em que integra conglomerado econômico no qual fazem parte também a Google International LLC e a Google Inc. A própria ré reconhece fazer parte de tal grupo econômico. Aplicabilidade da teoria da asserção. Preliminar rejeitada.*

*6. EXAME DO MÉRITO DA APELAÇÃO DA RÉ. Aplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. Apesar de não se exigir controle prévio do conteúdo publicado pelos usuários, o apelante tem o dever de retirar do site o conteúdo ofensivo das mensagens nele veiculadas após ser delas informado. Ofensa à honra do autor. Dano moral caracterizado, bem como a obrigação a obrigação de fazer a exclusão das ofensas alvo da ação proposta. 7. EXAME DO MÉRITO DA APELAÇÃO DO AUTOR. Quantum indenizatório fixado que se mostrou acanhado, observados os critérios de razoabilidade e proporcionalidade. O cyberbullying do qual foi vítima perdurou por quase um ano após a comunicação e pedido de retirada do referido conteúdo ofensivo feita à Google por meio dos canais administrativos por ela disponibilizados feitos em 29/01/2011 e 06/02/2011. Tais páginas ofensivas só foram retiradas do site após o ajuizamento*



*desta ação, mais precisamente após a citação do réu, que se deu em 01/12/2011. Diante do exposto, o valor do dano moral fica elevado para*

**R\$ 15.000,00.** 6. NEGADO PROVIMENTO ao recurso da ré. DADO PARCIAL PROVIMENTO ao apelo do autor. (TJRJ, 2013) (Grifos acrescidos)

Isto posto, conforme já foi abordado anteriormente, a responsabilidade civil do provedor de internet é subsidiária, de modo que só haverá violação de direitos quando comprovado que houve o conhecimento da agressão e omissão em tomar medidas que reduzissem os danos causados à vítima. Portanto, uma vez que as mensagens ofensivas só foram retiradas da rede após o ajuizamento da ação, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reiterou a responsabilidade do provedor, bem como procedeu a elevação do dano moral já fixado.

#### 4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a violência sofrida em qualquer fase da vida gera impactos imensuráveis à vítima, sendo capaz de moldar a sua personalidade e comportamento

diante de outras pessoas. Assim, é possível que uma criança vítima de *Bullying*, ao chegar à fase adulta, apresente diversos problemas emocionais e, em consequência, se utilize do *Cyberbullying* como método de vingança e/ou autodefesa, disseminando ódio e causando sofrimento à inúmeras vítimas, resultando em uma grande “bola de neve”.

A caracterização do assédio virtual depende diretamente da intencionalidade do agente, que normalmente visa estabelecer uma desigualdade de força entre as partes, estando o agressor sempre em posição de superioridade psicológica em relação ao agredido. Além disso, há uma repetição da violência, que se desmembra através da publicidade do ato, e atinge um número indeterminável de indivíduos que podem se tornar vítimas do comentário ofensivo. Destarte, conclui-se que o anonimato é responsável por estimular a prática do *Cyberbullying*, trazendo uma falsa sensação de impunidade aos autores do crime, tendo em vista a dificuldade de identificação dos envolvidos.

No mais, verifica-se que o *Cyberbullying* pode se manifestar de diversas formas dentro da rede digital, seja através de mensagens pessoais encaminhadas à vítima, publicações em páginas, ameaças, ou até mesmo fingindo ser a própria vítima na *internet*. Os danos causados são imensuráveis, não somente ao agredido, mas à sociedade como um todo, que se beneficia com as praticidades trazidas pela era digital, mas também sofre com as consequências do suposto anonimato oferecido pela rede.

No entanto, ainda que a identificação dos envolvidos com a prática de *Cyberbullying* seja dificultada pelo anonimato das redes, se houver cooperação entre a vítima e os responsáveis pelas plataformas digitais, é possível chegar ao agressor e exigir a reparação dos danos causados, trazendo certo alívio ao agredido.

Nota-se, ainda, que ordenamento jurídico traz proteção legal às vítimas de assédio digital em diversas áreas, buscando sempre tutelar os seus direitos na integralidade, e preservar a dignidade humana, sendo este um dos princípios fundamentais da Carta Magna brasileira. Diante disso, mediante a prática de violência psicológica, o autor do delito, quando imputável, será devidamente responsabilizado criminalmente por seus atos, além de reparar



os danos suportados pela vítima no âmbito do direito civil. Nessa mesma linha, quando inimputável em razão da menoridade, haverá aplicação do ECA quanto aos atos infracionais, além da obrigação de reparação dos danos, a qual ficará a cargo dos responsáveis legais. Desse modo, em qualquer hipótese de lesão aos direitos fundamentais da vítima, haverá tutela jurisdicional para cessar a violação dos direitos, bem como reparar os danos já sofridos. Por fim, conclui-se que havendo violação aos direitos personalíssimos e consequentes danos impostos à vítima, surge o dever de reparar os prejuízos causados.

Destarte, no âmbito digital, sempre que um indivíduo praticar *Cyberbullying* contra outrem, atingindo diretamente sua dignidade humana, haverá responsabilização e condenação ao pagamento de danos morais à vítima, ainda que seja menor de idade, sendo os responsáveis solidários na condenação, da mesma forma que o provedor de *internet* também poderá ser responsabilizado caso dificulte o trabalho das autoridades quanto a identificação do autor das agressões, ou mantenha as postagens de cunho agressivo na rede, tendo pleno conhecimento de sua natureza.

## REFERÊNCIAS

ALBINO, Priscilla Linhares; TERÊNCIO, Marlos Gonçalves. **Considerações críticas sobre o fenômeno do *Bullying*: do conceito ao combate e à prevenção**. Revista Eletrônica do CEAF.

Ministério Público do Estado do RS, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 1-21, 2012. Disponível em: [https://www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao\\_02/vol1no2art4.pdf](https://www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_02/vol1no2art4.pdf). Acesso em: 18 maio 2022.

ARAÚJO, João Diogo Oliveira. CALDEIRA, Maria do Rosário. *Bullying e Cyberbullying: ameaça ao bem-estar físico e mental dos adolescentes*. **AdolesCiência: Revista Júnior de Investigação**. ISSN 2182-6277. v. 5. n. 1, p. 06-11, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.ipb.pt/handle/10198/18191>. Acesso em: 18 maio 2022.

BARROS, Geisler Pamelys de; CUNHA, Andiará Pickler; PAVEI, Fernando; SIZENANDO, Joélia Walter. O CYBERBULLYING E A RESPONSABILIDADE. **Ciência e Cidadania**, Orleans, v. 2, n. 1, p. 190-208, 2016. Disponível em: <http://periodicos.unibave.net/index.php/cienciaecidadania/article/view/68>. Acesso em: 30 maio 2022.

BOTTINO, Sara Mota Borges. SANTOS, Romyne Mirelle. MARTINS, Beatriz de Castilho. REGINA, Caroline Gomez. Repercussões do cyberbullying na saúde mental dos adolescentes. **Debates em Psiquiatria**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 20–27, 2015. DOI: 10.25118/2763-9037.2015.v5.171. Disponível em: <https://revistardp.org.br/revista/article/view/171>. Acesso em: 23 maio 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Planalto**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Planalto**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 16 ago. 2022.



BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Planalto**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº 10118277320198260309, Relator: Mônica de Carvalho, Data de Julgamento: 31/05/2021, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 31/05/2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1226266534/apelacao-civel-ac-10118277320198260309-sp1011827-7320198260309>. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível** nº XXXXX-98.2010.8.19.0001, Relator: Ronaldo Assed Machado, Data de Julgamento: 25/09/2013, 6ª Câmara Cível. Data de Publicação: 01/10/2013. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/380564391/apelacao-apl-3265059820108190001-rio-de-janeiro-capital-29-vara-civel>. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível** nº 70042636613, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 27/05/2015. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/195536692/apelacao-civel-ac-70042636613-rs>. Acesso em: 30 ago. 2022.

CASTRO, Camila Sandim de. ZUIN, Antônio Álvaro Soares. Agressões online e cultura digital: considerações sobre o cyberbullying como objeto de pesquisa. **Educação: Teoria e Prática**, v. 29, n. 60, p. 180-196, 2019. Disponível em: <https://www.periodicos.rc.biblioteca.unesp.br/index.php/educacao/article/view/12896/8830>. Acesso em: 25 maio 2022.

CONTE, Christiany Pegorari. ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. Aspectos Jurídicos do Cyberbullying. São Paulo: **Revista FMU**. ISSN: 2316-1515. n. 34, p. 46-65, 2010. Disponível em: <https://revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/94/91>. Acesso em: 15 jun. 2022.

FILHO, Rodolfo Pamplona. GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil - parte geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

FREITAS, Lucas Bueno de. CASAGRANDE, Lindamir Salete. “Era só uma brincadeira!”: Reflexões sobre bullying escolar e suas consequências. In: LUZ, Nanci Stancki da; CASAGRANDE, Lindamir Salete (org.). **Entrelaçando gênero e diversidade : violências em debate**. 4. ed. Curitiba: Editora da Universidade Tecnológica Federal do Paraná, 2016. Cap. 4. p. 101-126. *E-book*.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.

GONÇALVES, Carlos Roberto. LENZA, Pedro. **Direito civil esquematizado® - responsabilidade civil - direito de família - direito das sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*.

LAGO, Rosângela Aparecida Pereira do. **Bullying e cyberbullying no ambiente escolar**:





**estratégias para identificação e enfrentamento.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2022. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/bitstream/ri/20718/3/TCCG%20-%20Pedagogia%20-%20Ros%20a2ngela%20Aparecida%20Pereira%20do%20Lago%20-%202022.pdf>. Acesso em: 23 maio 2022.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*.

PEDROSO, Adriana Martini Correa. GONÇALVES, Diego Marques. Considerações sobre o bullying e cyberbullying e a proposta legal de aprimoramento ao combate à violência na escola, a partir da edição da lei nº 13.185/2015. **XII seminário nacional demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea.** Univerdidade de Santa Cruz do Sul. ISSN 2447-8229. 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14767/3600>. Acesso em: 23 maio 2022.

PEREIRA, Adriana Machado. GONÇALVES, Dalila Mateus. REZER, Kelly Fernanda. OLIVEIRA, Marileide Antunes de. Estratégias para prevenção e enfrentamento em casos de cyberbullying. **Revista Saúde Viva Multidisciplinar AJES:** Juína, v. 2, n. 2, p. 115-132, 2019. Disponível em: <http://revista.ajes.edu.br/revistas-noroeste/index.php/revisajes/article/view/10>. Acesso em: 01 jun. 2022.

SALGADO, Karen Regina. PRODÓCIMO, Elaine. Bullying e cyberbullying: duas faces da mesma realidade. **Revista de Estudos Universitários,** Sorocaba, v. 42, n. 2, p. 375-393, dez. 2016. Disponível em: <http://periodicos.uniso.br/ojs/index.php/reu/article/view/2934/2615>. Acesso em: 20 maio 2022.

SERRÃO, Gonçalo Nuno Correia Zambujo. *Cyberbullying: a primeira resposta às vítimas.* **Repositório Universidade Nova.** Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, julho, 2019. Disponível em: [https://run.unl.pt/bitstream/10362/91284/1/Serr%20a3o\\_2019.pdf](https://run.unl.pt/bitstream/10362/91284/1/Serr%20a3o_2019.pdf). Acesso em: 14 jun. 2022.

SILVA, Vinícius Araújo da. A criminalização do Cyberbullying. Repositório Digital Ascens. Caruaru: Centro Universitário Tabosa de Almeida, 2020. Disponível em: <http://200-98-146-54.cloudouol.com.br/bitstream/123456789/2799/1/V%20c3%8dNICIUS%20-%20TCC.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2022.

SOUSA, Suyane da Silva. **Responsabilidade civil pela prática de cyberbullying.** Fortaleza: Centro Universitário Fametro, p. 33, 2020. Disponível em: [http://repositorio.unifametro.edu.br/bitstream/123456789/238/1/SUYANE%20DA%20SILVA%20SOUSA\\_TCC.pdf](http://repositorio.unifametro.edu.br/bitstream/123456789/238/1/SUYANE%20DA%20SILVA%20SOUSA_TCC.pdf). Acesso em: 30 maio 2022.

SOUZA, Sidclay Bezerra. SIMÃO, Ana Margarida Veiga. FRANCISCO, Sofia Mateus. **Cyberbullying: incidência, consequências e contributos para o diagnóstico no ensino superior.** São Paulo: Ambiente Educação, v. 7, n. 1, p. 90-104, abril, 2014. Disponível em: <https://publicacoes.unicid.edu.br/index.php/ambienteeducacao/article/view/59/49>. Acesso em: 30 maio 2022.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Digital e Processo Eletrônico.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. *E-book*.



WANZINACK, Clóvis. Bullying e Cyberbullying: faces silenciosas da violência. In: SIERRA, Jamil Cabral; SIGNORELLI, Marcos Claudio. **Diversidade e educação: intersecções entre corpo, gênero e sexualidade, raça e etnia**. Matinhos: Ufpr Litoral, 2014. p. 67-81. *E-book*.

ZANONA, Paula Lima. **Cyberbullying no Brasil e em Portugal**. In: BLUM, Opice. **Direito Digital**: Coletânea de Artigos. São Paulo: Íntegra Editorial, 2017. p. 300-319. *E-book*.