

DIÁLOGOS CIENTÍFICOS EM DIREITO

PRODUÇÕES CIENTÍFICAS 2023.2



**Camila Yamaoka Mariz Maia
Maria Adelize da Silva Luz
Marcel Silva Luz
(Organizadores)**

ISBN 978-65-5825-222-1

DIÁLOGOS CIENTÍFICOS DIREITO 2023.2

Camila Yamaoka Mariz Maia
Maria Adelize da Silva Luz
Marcel Silva Luz
(Organizadores)

Centro Universitário UNIESP

CABEDELO
2024



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIESP

Reitora

Érika Marques de Almeida Lima

Editor-chefe

Cícero de Sousa Lacerda

Editor-assistente

Karelline Izaltemberg Vasconcelos Rosenstock

Editora-técnica

Elaine Cristina de Brito Moreira

Corpo Editorial

Ana Margareth Sarmiento – Estética
Anneliese Heyden Cabral de Lira – Arquitetura
Arlindo Monteiro de Carvalho Júnior – Medicina
Aristides Medeiros Leite – Medicina
Carlos Fernando de Mello Júnior – Medicina
Daniel Vitor da Silveira da Costa – Publicidade e Propaganda
Érika Lira de Oliveira – Odontologia
Ivanildo Félix da Silva Júnior – Pedagogia
Patrícia Tavares de Lima – Enfermagem
Marcel Silva Luz – Direito
Juliana da Nóbrega Carreiro – Farmácia
Larissa Nascimento dos Santos – Design de Interiores
Luciano de Santana Medeiros – Administração
Marcelo Fernandes de Sousa – Computação
Thyago Henriques de Oliveira Madruga Freire – Ciências Contábeis
Márcio de Lima Coutinho – Psicologia
Paula Fernanda Barbosa de Araújo – Medicina Veterinária
Giuseppe Cavalcanti de Vasconcelos – Engenharia
Rodrigo Wanderley de Sousa Cruz – Educação Física
Sandra Suely de Lima Costa Martins – Fisioterapia
Zianne Farias Barros Barbosa – Nutrição

Copyright © 2023 – Editora UNIESP

É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) é crime estabelecido no artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta publicação é de inteira responsabilidade do(os) autor(es).

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Biblioteca Padre Joaquim Colaço Dourado (UNIESP)

D537 Diálogos científicos em direito 2023.2 [recurso eletrônico] / Organizadores, Camila Yamaoka Mariz Maia, Maria Adelize Silva Luz, Marcel Silva Luz. - Cabedelo, PB : Editora UNIESP, 2024.

354 p.

Tipo de Suporte: E-book

ISBN: 978-65-5825-222-1 - Digital

1. Produção científica – Direito. 2. Direito – Interdisciplinaridade. 3. Diálogos – Conhecimento científico. 4. Produção acadêmica. I. Título. II. Maia, Camila Yamaoka Mariz. III. Luz, Maria Adelize Silva. IV. Luz, Marcel Silva.

CDU : 001.891:34

Bibliotecária: Elaine Cristina de Brito Moreira – CRB-15/053

Editora UNIESP

Rodovia BR 230, Km 14, s/n,

Bloco Central – 2 andar – COOPERE

Morada Nova – Cabedelo – Paraíba

CEP: 58109 - 303

SUMÁRIO

O TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL RELIDO À LUZ DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO CONTEXTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS.....7

Ana Carolina Couto Matheus

OS DESAFIOS DA INVESTIGAÇÃO NOS CRIMES CIBERNÉTICOS.....31

Ana Carolina Couto Matheus

MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: análise sobre o impacto no sistema judiciário brasileiro.....63

Jean Carlo Ballejos Chagas
Marlene Pereira Borba Cahú

A PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5543: por que a Portaria nº158/2016 e a Resolução RDC 34/2014 são inconstitucionais?.....86

Maria Beatriz Franca Diniz
Ana Virgínia Cartaxo Alves

O AUMENTO DOS CRIMES CIBERNÉTICOS NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO: o acompanhamento da legislação acerca do combate ao cibercrime.....119

Eduardo Valentini Fernandes Maia
Eduardo de Araújo Cavalcanti

A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA NA LUTA CONTRA VIOLENCIA DOMÉSTICA Á MULHER.....142

Ítala Maria de Souza Alves
Maria Adelice da Silva Luz

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO E NA PROMOÇÃO DO DESENCARCERAMENTO.....182

José juvenil Alves de Sousa
Claúdio Marcos Romero lameirão

RESPONSABILIDADE DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS NO MUNDO DA MODA.....216

Larissa Tainar Pereira Da Nóbrega
Daniel Sampaio de Azevedo

O PRINCÍPIO DA SAISINE E SUA DEFINIÇÃO NO DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....235

Márcio Adriano dos Santos Dias
Marcel Silva Luz

O DIREITO DA POPULAÇÃO TRANS PARA QUEM SEGUE O PROCESSO DE RETIFICAÇÃO DE NOME E GÊNERO.....275

Elba Alayde Cardoso Soares
Marcel Silva Luz

REFUGIADOS AMBIENTAIS: A INSUFICIÊNCIA NORMATIVA BRASILEIRA E INSTABILIDADE SOCIAL.....300

Yohan Pontes Asevêdo
Marcel Silva Luz

SEGURANÇA JURÍDICA: GARANTIA CONSTITUCIONAL E STF.....326

Helma Gomes Rodrigues
Marcel Silva Luz

O TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL RELIDO À LUZ DA TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO NO CONTEXTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Ana Carolina Couto Matheus¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o tipo penal do tráfico de pessoas, previsto no art. 149-A, do Código Penal, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo não só uma discussão a respeito de seus elementos constitutivos, como também discorrer acerca da evolução histórico-legislativa do referido tipo, ressaltando os principais dispositivos legais e internacionais aplicáveis, dando ênfase à Lei 13.344/2016 e à Convenção de Palermo, de modo a contextualizá-lo com as principais discussões político-doutrinárias a respeito dos elementos que o compõem. O método dedutivo será utilizado nas fases de investigação e tratamento dos dados. Nas distintas fases da pesquisa serão acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional, da pesquisa bibliográfica e do fichamento. O desenvolvimento do tema pautará pela persecução dos objetivos gerais e específicos que nortearão a produção. A pesquisa se encerrará com as considerações finais e consubstanciará o resultado dos achados, findando por confirmar a hipótese inicialmente concebida, para correlacionar o referido tipo penal com a teoria do domínio do fato a fim de problematizá-lo no âmbito das organizações criminosas.

Palavras-chave: Tráfico de Pessoas. Organizações Criminosas. Teoria do Domínio do Fato.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the criminal type of human trafficking, foreseen in art. 149-A, of the Penal Code, based on the principle of human dignity, bringing not only a discussion about its constitutive elements, but also to discuss the historical-legislative evolution of that type, highlighting the main applicable legal and international provisions, emphasizing Law 13.344/2016 and the Palermo Convention, in order to contextualize it with the main political-doctrinal discussions regarding the elements that compose it. The deductive method will be used in the research and data processing phases. In the different phases of the research, the techniques of referent, category, operational concept, bibliographic research and registration will be used. The development of the theme will guide the pursuit of general and specific objectives that will guide the production. The research will end with the final considerations and will substantiate the result of the findings, ending up confirming the initially conceived hypothesis, it will also be intended to correlate the referred criminal type with the theory of the domain of the fact in order to problematize it within the scope of criminal organizations.

Key-words: Human Trafficking. Criminal Organizations. Fact Domination Theory.

¹ Doutora em Ciência Jurídica pela UNIVALI-SC. Mestre em Direito pela UNIPAR-PR. Especialista em Direito Tributário pela UnP-RN. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela UVB-SP. Bacharel em Direito pela TOLEDO-SP. Professora Associada do Departamento de Ciências Jurídicas, do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Professora de Direito Processual Civil do DCJ/CCJ/UFPB. Orientadora. Conferencista. Conselheira Editorial. Pesquisadora. Advogada. Consultora Jurídica. E-mail: carol.couto2023@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como tema o tráfico de pessoas no Brasil de forma a trazer em seu contexto a teoria do domínio do fato. O presente trabalho foi organizado em quatro capítulos.

O primeiro capítulo é intitulado como “Considerações Gerais a respeito do tráfico humano sob uma perspectiva histórico-social”, e possui como subtópicos “Tráfico Humano e Dignidade Humana” e “Noções Gerais a respeito do tráfico humano”.

O objetivo do primeiro capítulo é fazer abordagens genéricas em relação a sua origem histórica, bem como sua situação atual no âmbito mundial, considerando os entendimentos das legislações vigentes que a regulam, além de entendimentos doutrinários, relacionando a ideia de dignidade humana.

O segundo capítulo “Tráfico de pessoas”, organizado em três subtópicos. O primeiro subtópico é denominado “Conceito de Tráfico de Pessoas (art. 149-A, do Código Penal)” ao passo que o segundo, intitulado “Direito Penal Sexual”, se percebe a recorrência da exploração sexual das vítimas, tendo tal prática como finalidade. Em seguida é feita uma abordagem histórica em relação ao conceito de tráfico humano, de maneira a compreender suas possíveis origens à luz dos entendimentos doutrinários. O objetivo foi conciliar as principais características da legislação de combate ao tráfico humano, com foco especial para as primordiais mudanças na evolução de tal fenômeno.

O terceiro capítulo intitulado: “Tráfico de pessoas para fim de exploração sexual em âmbito internacional”, objetiva discorrer do panorama legal no âmbito internacional, abordando os principais instrumentos normativos internacionais, paralelamente com os instrumentos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O referido capítulo divide-se em três subtópicos, sendo o primeiro: “Distinção entre tráfico de migrantes ilegais e tráfico humano”, tal subtópico visa a diferenciar os dois fenômenos com fundamento nos critérios nos quais se tornam objetos de confusão, sendo necessário para a compreensão desses fenômenos, uma vez que a grande maioria das ocorrências de tráfico se dá em volta da migração ilegal. O segundo subtópico estuda a doutrina a respeito dos instrumentos vigentes e como se

deu a evolução de um para outro. O terceiro subtópico objetiva discorrer acerca da evolução histórico-social das legislações.

Por fim, o quarto capítulo denomina-se: “A Teoria do Domínio do Fato”, dividido em dois subtópicos: “Origens” e “Aplicabilidade ao tráfico humano”. Trata-se do foco da pesquisa, pois tem como propósito associar o tráfico humano à mencionada teoria, e tem como pano de fundo as organizações criminosas. O primeiro subtópico analisa as origens da referida teoria, ao passo que o segundo objetiva a atrelar ao objeto de estudo da presente pesquisa, mencionando os apontamentos doutrinários pertinentes.

O trabalho de pesquisa em testilha utilizou o método dedutivo nas fases de investigação e tratamento dos dados. Nas distintas fases da pesquisa foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional, da pesquisa bibliográfica e do fichamento. O desenvolvimento do tema se pautou pela persecução dos objetivos gerais e específicos que nortearam a produção, consubstanciando o resultado dos achados, findando por confirmar a hipótese inicialmente concebida.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS A RESPEITO DO TRÁFICO HUMANO SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICO-SOCIAL

Nos dias atuais, o tráfico humano é reconhecido como uma forma contemporânea de escravidão, especialmente porque é uma prática que degrada piamente a dignidade da pessoa humana, chegando ao ponto de os indivíduos serem tratados como meros objetos comerciais. Para melhor compreender o surgimento de tal situação, é necessário explorar as razões que contribuíram para a sua existência e o que se entende por dignidade humana.

2.1 O TRÁFICO HUMANO E A DIGNIDADE HUMANA

A dignidade humana, derivada do termo “dignus”, refere-se à honra e importância intrínseca de cada indivíduo, protegendo contra tratamentos degradantes ou discriminatórios. São Tomás de Aquino e Kant (1974) foram importantes para

estabelecer a ideia de dignidade como inerente a todo ser humano, sendo esta uma qualidade única e insubstituível.

As dimensões da dignidade humana incluem a proibição de tratamentos degradantes, como tortura e discriminação, conforme previsto na Constituição Federal. Além disso, há a obrigação de garantir condições mínimas para a sobrevivência, o que é conhecido como “mínimo existencial”.

Durante o século XX, especialmente após as grandes guerras, houve uma atenção crescente à dignidade humana devido aos horrores e desrespeitos cometidos. Mesmo com avanços legislativos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ainda persistem problemas como a discriminação de gênero e, especialmente, o tráfico de pessoas.

O tráfico humano representa uma grave violação da dignidade humana, reduzindo indivíduos a meros objetos de exploração. Apesar dos esforços para promover e proteger os direitos humanos, o tráfico de pessoas continua a ser um desafio significativo na sociedade contemporânea.

2.2 NOÇÕES INICIAIS A RESPEITO DO TRÁFICO HUMANO

O tráfico humano, uma grave violação dos direitos humanos, ganhou destaque no século XX, especialmente com o Protocolo de Palermo em 2004 no Brasil. Originado na escravidão, conforme Bonjovani (2004, p. 17) existem registros do tráfico desde os séculos XIV e XVII na Itália durante o Renascimento.

Com a escravidão, povos africanos foram controlados pelas nações europeias para trabalho forçado nas colônias. Após a abolição da escravidão, a população negra enfrentou marginalização, especialmente durante a “belle époque brasileira”, sendo empurrada para áreas periféricas como favelas.

Mulheres, especialmente negras e economicamente desfavorecidas, são frequentemente vítimas de tráfico humano para exploração sexual, incluindo travestis, transexuais e outras minorias de gênero. Crianças e adolescentes são particularmente vulneráveis devido à sua idade e falta de experiência.

Ao realizar estudos acerca do tráfico de mulheres na região amazônica, Castro (2009, p. 259) afirma que a exploração sexual feminina teve origens durante o

regime militar, com o impulsionamento da indústria de mineração e a negligência em relação à segurança nacional.

Para Socorro e Smith (2017, p. 89) o desenvolvimento da região amazônica, durante o período de corrida do ouro, impulsionou migrações em busca de riquezas, especialmente de nordestinos economicamente desfavorecidos e sulistas com capital para investir. Isso também aumentou a vulnerabilidade das mulheres à exploração sexual.

Segundo Castro (2009, p. 468), as mulheres enfrentavam limitações no mercado de trabalho, com poucas opções além da prostituição, especialmente em trabalhos informais. A exploração sexual na região amazônica tem raízes na escravidão, onde mulheres eram aliciadas para escravidão sexual em quilombos.

Além disso, seringueiros na Amazônia aprisionavam índias como parceiras sexuais, contribuindo para a formação de famílias inter-raciais na região. Para Freyre (2008, p. 538), o tráfico humano, especialmente entre a população negra, teve origem na exploração sexual das mulheres, muitas vezes vista como uma prática informal, principalmente entre as mulheres negras.

Diversos fatores, incluindo questões biológicas e de gênero, contribuem para que as mulheres sejam as principais vítimas do tráfico humano, incluindo transexuais e travestis. Para Siqueira e Quinteiro (2014, p. 112), as travestis enfrentam grande discriminação no mercado de trabalho, com poucas opções além da prostituição devido à falta de aceitação social. Para muitas delas, essa é a única alternativa viável para sobreviver, já que outras profissões são geralmente fechadas para esse grupo.

Crianças e adolescentes são frequentemente alvos do tráfico humano devido à sua vulnerabilidade e falta de experiência para resistir ao aliciamento dos traficantes. Em algumas regiões do Brasil, famílias chegam a incentivar a exploração sexual de suas próprias filhas em troca de benefícios financeiros, alimentando o ciclo de exploração.

O Brasil, com sua vasta extensão territorial e fronteiras difíceis de controlar, desempenha um papel importante no tráfico de pessoas. As organizações criminosas envolvidas nesse tráfico são altamente organizadas, com uma divisão clara de funções entre seus membros.

A teoria do domínio do fato é aplicável aos casos de tráfico humano, responsabilizando não apenas os que realizam diretamente a ação criminosa, mas

também aqueles que contribuem de alguma forma para o sucesso do crime, seja de forma direta ou indireta, financeira ou não. Essa teoria amplia a noção de autoria criminal, considerando aqueles que detêm o controle intelectual sobre a ação criminosa.

3 TRÁFICO DE PESSOAS

O tráfico humano é uma transação financeira baseada em três eixos essenciais, dando a ideia de um triângulo. No primeiro eixo se tem a oferta de mercadorias, que no caso são as pessoas, no segundo e terceiro eixo encontram-se a demanda por essa mercadoria, e a impunidade dos infratores. (Siqueria; Quinteiro, 2014, p. 24). Do ponto de vista jurídico, a definição do tráfico humano se concentra nas diversas finalidades a que se destina, conforme será analisado a seguir.

3.1 O CONCEITO DE TRÁFICO DE PESSOAS (CÓDIGO PENAL, ART. 149-A)

O conceito de tráfico de pessoas, conforme estabelecido no Protocolo de Palermo, abrange diversas condutas, incluindo recrutamento, transporte, transferência e alojamento de pessoas através de coerção, fraude ou abuso de vulnerabilidade para fins de exploração, que podem incluir exploração sexual, trabalho forçado, escravidão ou remoção de órgãos.

Inicialmente, o conceito de tráfico de pessoas estava limitado ao comércio de escravas brancas para exploração sexual, mas o Protocolo de Palermo ampliou essa definição para incluir outras formas de exploração além da sexualidade, como tráfico para fins laborais e tráfico de órgãos.

No Brasil, o Código Penal abordava o tráfico humano em relação à exploração sexual nos artigos 231 e 231-A, sem desvincular a sexualidade do crime. Houve mudanças legislativas ao longo do tempo, mas ainda se limitava a exploração sexual. A Lei nº 13.344/2016 introduziu o artigo 149-A para ampliar as possibilidades que caracterizam o tráfico de pessoas para além dos aspectos sexuais.

Apesar das legislações internacionais e do Código Penal brasileiro oferecerem garantias legais às vítimas, estas não foram suficientes para combater efetivamente o tráfico humano, uma atividade lucrativa que vai além da exploração

sexual. A compreensão de que o comércio de pessoas engloba diversas formas de exploração levou a uma ampliação do conceito no ordenamento jurídico brasileiro.

O Brasil possui diversos meios legais para combater o tráfico humano, destacando-se o Protocolo de Palermo, a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, a Lei de Migração, o III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, entre outros instrumentos normativos. Além disso, a Portaria 374 do Ministério da Justiça e Segurança Pública concede proteção às vítimas, oferecendo residência permanente e outros benefícios.

Kempadoo (2005, p. 57) discute duas correntes de pensamento sobre o tráfico humano: a feminista radical, que vincula o tráfico à prostituição como forma de opressão patriarcal, e a transnacional, que entende o tráfico como resultado de várias relações de poder, incluindo racismo e desigualdades internacionais.

Para Masson (2019, p. 239) é crucial que a comunidade internacional se comprometa com a melhoria das condições socioeconômicas dos grupos vulneráveis para combater efetivamente o tráfico de pessoas.

A definição de tráfico humano deve ser interpretada considerando o contexto histórico e social, visando proteger os direitos humanos, especialmente dos mais vulneráveis. A tendência é que essa definição se amplie para abordar de maneira mais abrangente as diversas formas de exploração.

3.2 DIREITO PENAL SEXUAL

O Direito Penal está intrinsecamente ligado à moral e tem como objetivo principal manter a paz social, tipificando condutas que causem impacto na sociedade de acordo com as normas morais predominantes. No entanto, Natscheradetz (1985, p. 66), não compreende que o direito e moral estão dentro de um círculo concêntricos. Traz o argumento que ambos são círculos independentes, em seus centros não estão interligados, apesar de que possa haver uma sobreposição de um em detrimento de outro em questões de cunho específico.

A evolução do Direito Penal em relação aos crimes sexuais é influenciada pela moral e pela história da sexualidade. Em civilizações antigas como Grécia e Roma, a homossexualidade era aceita, enquanto na Idade Média, as condutas sexuais eram reprimidas devido ao poder da religião. As revoluções liberais e a revolução sexual

promoveram uma maior liberalização da sexualidade, contestando os valores morais patriarcais.

No Brasil, a legislação penal muitas vezes reflete uma carga moral significativa, especialmente em questões de gênero, homofobia, prostituição e pornografia. O crime de lenocínio, que envolve a exploração da prostituição alheia, é debatido na doutrina, com alguns autores questionando sua relevância em casos envolvendo adultos capazes e voluntários.

Para Rodrigues (2013, p. 25) a criminalização do lenocínio viola o direito constitucional à liberdade sexual, especialmente quando adultos escolhem voluntariamente se envolver em atividades sexuais remuneradas. Apesar de sua criminalização atualmente, na Roma antiga, o lenocínio era punido pela lei, especialmente quando envolvia a exploração de adultério por parte de um marido.

Hungria (1956, p. 266-267) definia lenocínio como prestar assistência à libidinagem de outrem ou dela tirar proveito. Fragoso (1959, p. 511) e Noronha (1943, p. 212) condenavam o lenocínio, enxergando-o como algo torpe. Para Bittencourt (2012, p. 156-157), Nucci (2010, p. 143) e Silveira (2008, p. 336) a criminalização do lenocínio não é necessária quando envolve vítimas maiores e capazes.

Durante a Idade Média, o rufianismo era punido severamente, podendo resultar até mesmo na pena de morte, e os rufiões eram frequentemente punidos com o castigo público de carregar nas costas a mulher prostituída. No Brasil, essa questão foi tratada nas Ordenações Filipinas e posteriormente no Código Penal de 1890, e atualmente é regulamentada no Código Penal de 1940, especificamente em seu artigo 230.

A compreensão do lenocínio, que pode ser considerado uma forma de rufianismo, é crucial para entender o tráfico humano, já que muitas vezes o tráfico visa facilitar a prática do lenocínio. A visão paternalista do sistema penal brasileiro é destacada, e críticas são feitas à criminalização de condutas baseadas apenas em sua reprovação social.

Roxin contribuiu para o Direito Penal ao enfatizar a importância de distinguir entre a moralidade pessoal e as ações que afetam a sociedade de maneira prejudicial. Segundo o Princípio da Ofensividade, o Direito Penal deve proibir apenas condutas que causem danos a bens jurídicos protegidos, não podendo criminalizar ações que não afetem a ordem pública.

Para Bianchini, Molina e Gomes (2009, p. 125) o princípio da ofensividade “está atrelado à concepção dualista da norma penal, isto é, a norma pode ser primária (delimita o âmbito do proibido) ou secundária (cuida do castigo, do âmbito da sancionabilidade)”.

A prostituição é muitas vezes estigmatizada pela sociedade e criminalizada em alguns países, embora em outros seja regulamentada como uma profissão. A doutrina espanhola define elementos para caracterizar a prostituição, incluindo a entrega sexual, o preço como retribuição, a promiscuidade e a habitualidade na prática de atos sexuais com parceiros diversos.

No contexto brasileiro, foram propostos dois projetos de lei para regulamentar a prostituição: o PL 98/2003, de autoria de Fernando Gabeira, que visava garantir que as profissionais do sexo fossem remuneradas, e o PL 4.211/2012, de autoria de Jean Wyllys, que buscava regulamentar a atividade.

Apesar da resistência do Brasil em conciliar direito penal e moral sexual, a Lei nº 12.015/09 representou um avanço ao classificar os crimes sexuais como contra a dignidade sexual, protegendo o bem jurídico da vítima. É crucial proteger o direito à intimidade da vítima, especialmente em uma sociedade ainda permeada por tendências machistas.

Atualmente, duas abordagens distintas sobre a prostituição coexistem: uma feminista, que a vê como exploração de gênero, e outra que a encara como uma forma de trabalho. Grupos internacionais, como o CATW e o GAATW, refletem essas perspectivas.

Apesar das divergências sobre a prostituição, é claro que é um problema social que requer uma abordagem cuidadosa do legislador brasileiro. A prática irregular da prostituição contribui para o tráfico humano, pois as vítimas sem regulamentação são mais vulneráveis à exploração.

3.3 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA

O tráfico humano tem raízes antigas, desde os tempos da Grécia e Roma, onde povos vencidos eram frequentemente escravizados. No período entre os séculos XIV e XVII, surgiram ideias de comercialização de seres humanos na região italiana,

visando lucro financeiro. Durante as grandes navegações, o tráfico humano ganhou impulso devido aos desejos imperialistas das Coroas Europeias.

Na Roma antiga, havia diferentes formas de escravidão: escravidão por dívida, escravidão por sentença judicial e aquele por intermédio da venda dos donos, contribuindo para a desumanização dos escravos. Embora equiparado à escravidão atualmente, o tráfico humano não era considerado ilegal na época em que a escravidão era legal.

O comércio de escravos tinha como objetivo principal a exploração nas colônias, incluindo trabalhos domésticos, agrícolas e pecuários. A exploração sexual de escravas também era comum, embora não fosse tipificada como estupro, pois o crime de estupro só poderia ser aplicado a mulheres livres. Por exemplo, a escrava Hinorata, comprovadamente estuprada por seu senhor aos doze anos. Conforme destaca Paschoal (2004, p. 71-72) o referido crime ficou impune.

Após a abolição da escravidão no Brasil em 1888 reduziu o lucro do comércio de escravas negras, tornando-o ilegal. Isso levou a uma mudança na direção da exploração, agora voltada para mulheres brancas. O comércio sexual de mulheres ganhou força, especialmente com a participação ativa de países europeus. Buenos Aires e Rio de Janeiro tornaram-se centros importantes desse comércio na América do Sul, servindo como portas de entrada para vítimas do tráfico vindas da Europa.

Em 1933, foi estabelecida a Convenção Internacional relativa à Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores, promulgada no Brasil em 1938. Em 1950, a Convenção para a Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio foi assinada e promulgada no Brasil em 1959, sendo a primeira a reconhecer que qualquer pessoa poderia ser vítima de tráfico humano.

Na década de 1970, Buenos Aires regulamentou a prostituição com uma política de tolerância, ao contrário do Brasil. Muitas mulheres migravam voluntariamente em busca de melhores oportunidades econômicas, mas acabavam vulneráveis à exploração após chegarem ao Brasil, devido à falta de perspectivas sociais e linguísticas.

Essas mulheres, muitas vindas de países como Rússia, França e Polônia, enfrentavam aliciamento e acabavam presas em uma situação de escravidão por dívida, onde suas dívidas eram pagas através da exploração sexual.

Em 2000, o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Tráfico de Pessoas, foi aprovado e promulgado no Brasil em 2004. Além disso, diversos outros acordos internacionais foram estabelecidos, abordando a proteção contra o tráfico humano.

O Protocolo de Palermo, internalizado no Brasil em 2004, ampliou a proteção às vítimas de tráfico humano, reconhecendo diversas formas de exploração, não apenas a prostituição. O tráfico humano, sendo um comércio lucrativo, é uma prática transnacional que explora pessoas de países vulneráveis, muitas vezes vendendo-as em países mais poderosos. O controle menos rigoroso em relação a drogas ilícitas facilita esse mercado criminoso, onde as vítimas são tratadas como mercadorias.

Menezes (1997, p. 171-178) destaca que algumas características foram mantidas na prática do tráfico, enfatizando o caráter transnacional, o perfil vulnerável das vítimas, engodo durante o aliciamento, situação de escravidão por dívida no local de destino, entre outros.

4 O TRÁFICO DE PESSOAS PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL EM ÂMBITO INTERNACIONAL

No âmbito do contexto internacional, a busca pelo combate ao tráfico humano está intrinsecamente relacionada ao Protocolo de Palermo e seguidamente se aproxima da migração ilegal, uma vez que ambas as práticas geralmente acontecem no mesmo contexto.

A busca por melhores condições de vida em outros países é característica das mulheres que são vítimas do tráfico humano. Assim, quando não conseguem serem traficadas, optam pela migração ilegal como forma de ingressar em outras nações, mesmo se tratando de países em que há uma forte e rigorosa política de acesso em suas fronteiras. Dessa forma, vale salientar que, em ambas as práticas as mulheres buscam por uma ascensão social.

4.1 DISTINÇÕES ENTRE TRÁFICO DE MIGRANTES ILEGAIS E TRÁFICO HUMANO

Apesar de compartilharem fatores semelhantes, como o envolvimento internacional, é fundamental distinguir entre tráfico humano e tráfico de migrantes ilegais. Ambas são abordadas por protocolos internacionais diferentes, com o tráfico humano tratado pelo Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Tráfico de Pessoas, e o tráfico de migrantes ilegais tratado pelo Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes.

Cabe ressaltar que na prática é muito comum essa confusão entre o traficado para o fim de exploração e o migrante ilegal. Num posto de fronteira, por exemplo, não há como distinguir os dois casos sem a devida investigação. Assim, a vítima do tráfico é vitimizada novamente, podendo ser presa e deportada como simples migrante ilegal (Rodrigues, 2013, p. 73).

Enquanto o tráfico humano visa à exploração, incluindo sexual, laboral, e até mesmo de órgãos, o tráfico de migrantes ilegais busca facilitar a entrada ilegal em um país visando benefícios financeiros. As vítimas de tráfico humano são identificáveis e frequentemente coagidas, enquanto no tráfico de migrantes ilegais, o Estado é muitas vezes a principal vítima, perdendo o controle alfandegário.

Uma distinção importante é a forma de pagamento: no tráfico de migrantes, é acordado previamente e pago antes do deslocamento, enquanto no tráfico humano, o pagamento geralmente ocorre após a chegada ao destino. Além disso, o destino difere, com o tráfico de pessoas ocorrendo tanto nacionalmente quanto internacionalmente, enquanto o tráfico de migrantes ilegais envolve predominantemente deslocamentos internacionais.

4.2 ASPECTOS GERAIS DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE COMBATE AO TRÁFICO HUMANO

O combate ao tráfico humano tem evoluído ao longo da história, acompanhando o desenvolvimento das sociedades e ganhando preocupação

internacional. Do mercado de escravos antigos ao comércio de mulheres europeias no século XX e à exploração de seres humanos em todas as suas formas na atualidade, o tráfico humano é uma realidade complexa.

Destacam-se dois documentos importantes no enfrentamento desse problema: a Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, promulgada em 1959, e o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Tráfico de Pessoas, introduzido em 2004. Porém, o Protocolo de Palermo, parte da Convenção de 2000, foi pioneiro na definição exata do tráfico humano.

Embora tenha trazido avanços significativos, o Protocolo de Palermo enfrenta críticas, principalmente em relação à assistência às vítimas. Por exemplo, Jesus (2003, p. 403) aponta que as provisões de proteção e assistência são discricionárias, enquanto as policiais são mandatárias.

Uma crítica comum é a ausência de um mecanismo para denunciar violações ao Protocolo de Palermo por parte dos Estados-parte, dificultando o monitoramento eficaz das medidas estabelecidas. A Convenção da ONU foca mais na repressão do crime organizado do que na proteção dos direitos humanos das vítimas. Esse aspecto tem “consequências diretas na perspectiva adotada para a construção do conceito de tráfico, o qual possui um viés mais repressivo e não de proteção e de efetivação dos direitos humanos das pessoas envolvidas” (Dias; Sprandel, 2010, p. 155-170).

Embora não tenha uma finalidade específica de combate ao tráfico humano, a Convenção de São José da Costa Rica, como documento internacional de direitos humanos, desempenha um papel importante na coibição desse fenômeno.

5 A TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

A menção à teoria do domínio do fato é motivada devido à forma como o tráfico humano geralmente é conduzido por organizações criminosas demasiadamente coordenadas, com uma distribuição clara de funções entre os membros que a compõem. Greco (2012, p. 46) enfatiza que o enfoque legal deve se concentrar na figura do autor. Portanto, é crucial estudar as origens e a estruturação da teoria do domínio do fato.

5.1 ORIGENS

A teoria do domínio do fato teve suas origens na Alemanha, sendo mencionada pela primeira vez em 1915 por Helger, associada apenas aos fundamentos da culpabilidade. Foi somente em 1939, com Welzel, que a teoria começou a se concentrar na figura do autor.

Roxin, em sua obra de 1963, desenvolveu a teoria de maneira mais sólida, incorporando aspectos objetivos e subjetivos. Há o reconhecimento da teoria do domínio do fato ter um elevado grau de complexidade, não podendo “ser aplicada no varejo (ou no atacado)” (Streck, 2015, p. 103). Nesse sentido:

Roxin ressalta, por um lado, que a singular vagueza e a intangibilidade da concepção welzeliana levaram-no a rechaçar a ideia de domínio final do fato. Aliás, afirma que, no primeiro trabalho desenvolvido sobre a autoria, Welzel introduziu o conceito ‘de forma absolutamente repentina e sem explicação, como se seu significado fosse compreensível por si mesmo’. Por outro lado, Roxin considera que também a ‘unilateralidade dos critérios compreendidos de forma lógica e exata’ e a ‘sua incapacidade de satisfazer as diversas formas de manifestação da vida em 14 suas expressões individuais’ não servem como critérios para definir a ideia de domínio do fato (Aflen, 2014, p. 105).

Roxin é reconhecido por desempenhar um papel fundamental na formulação dos conceitos atuais da teoria do domínio do fato. Enquanto Welzel enfatizava uma natureza subjetiva, Roxin buscou refinar a teoria, tornando-a mais abrangente. No Brasil, a teoria do domínio do fato ganhou destaque no julgamento do mensalão, evidenciando sua relevância na identificação dos autores de crimes complexos, além da ação propriamente dita.

Apesar de estar prevista no ordenamento jurídico brasileiro, a teoria do domínio do fato não é amplamente utilizada nos tribunais brasileiros. Essa teoria é essencial para identificar não apenas os autores materiais, mas também os intelectuais de um crime, especialmente em organizações criminosas complexas, onde o autor pode ser aquele que menos executa a prática delitiva, sendo considerado o “homem de trás” (Leite, 2014, p. 59).

A Teoria do Domínio do Fato associa-se à imagem do autor, ligando-se ao *animus actoris*, ou seja, à vontade do agente em participar de uma organização

criminosa. No entanto, no Código Penal Brasileiro, essa teoria mostrou-se insuficiente, pois não diferencia claramente autor e partícipe, cabendo à doutrina essa distinção.

Diversas teorias surgiram para abordar essa questão, como a Teoria Subjetiva/Unitária, que não faz essa distinção; a Teoria Extensiva, que estabelece graus de autoria e considera a relevância do ato praticado; e a Teoria Objetiva/Dualista, que diferencia autor e partícipe. No Brasil, adota-se a Teoria Objetivo-Formal, onde o autor é quem pratica o verbo nuclear do tipo penal.

A Teoria do Domínio do Fato, por sua vez, caracteriza-se por uma maior amplitude na compreensão do autor. Enquanto alguns a apoiam, outros a repudiam. No julgamento da Ação Penal 470, houve controvérsia sobre sua aplicação. O Ministro Celso de Mello defendeu sua aplicabilidade, afirmando que ela pode coexistir com outras teorias. Já o Ministro Ricardo Lewandowski discordou, expressando preocupação com uma eventual banalização da teoria e a necessidade de estabelecer parâmetros precisos para sua aplicação.

A aplicação da teoria do domínio do fato em casos práticos é dificultada pela sua complexidade. Resumidamente, essa teoria estabelece que o autor pode ser: 1) quem executa o núcleo do tipo por sua própria vontade (autor propriamente dito); 2) quem planeja a empreitada criminosa para ser executada por outras pessoas (autor intelectual); 3) ou quem se vale de uma pessoa não culpável para executar o tipo, usando-a como instrumento (autor mediato).

Somente poderá ser autor de um delito de domínio (Tarherrschaftsdelikte) aquele que se possa afirmar que é a figura central da conduta criminosa, quem decide se e como será realizada. Assim, o domínio do fato pressupõe um conceito aberto, que não se estrutura em torno a uma imperfeita definição ou fórmula abstrata, mas sim de uma descrição (*Beschreibung*) que se ajusta aos vários casos concretos. Este conceito aberto complementa-se com uma série de princípios orientadores. Autor de um delito é aquele que pode decidir sobre aspectos essenciais da execução desse delito, o que dirige o processo que desemboca no resultado. Adota-se um critério material que permite explicar mais satisfatoriamente as diversas hipóteses de autoria e participação. Nos delitos de domínio, o tipo descreve a ação proibida da forma mais precisa possível (o domínio do fato sempre se refere ao tipo). Trata-se de um domínio considerado em sentido normativo (com relação à imputação objetiva) e não de uma perspectiva naturalística (como mero domínio de um processo causal) (Olivé; Paz; Oliveira; Brito, 2011, p. 538-539).

Tomando como exemplo o entendimento de Ordeig (2012, p. 106), a teoria do domínio do fato é compatível apenas com aqueles crimes considerados dolosos. Pois, entende-se que os crimes caracterizados como culposos, mesmo que resultem uma determinada lesão, não tiverem a intenção de provocar o resultado pelo o agente.

Bittencourt (2012, p. 382), traz distinções acerca de autor citados pelas doutrinas alemãs. Dessa forma, o autor compreende que, nos crimes configurados como dolosos, o conceito de autor fica mais restritivo, que se basearia nessa teoria, diferentemente dos crimes culposos, em que usaria a teoria unitário do autor, que não a distinção de autor e partícipe.

5.2 APLICABILIDADE AO TRÁFICO HUMANO

O crime de tráfico humano, ao longo da história, evoluiu em suas formas, tornando-se mais organizado e complexo, o que dificulta seu combate. A teoria do domínio do fato é relevante para abordar as diversas esferas de atuação do autor desse crime. Para Roxin o autor pode ser quem executa a ação, quem faz executar o crime por outro sob coação, ou quem exerce controle final sobre o fato.

Uma organização criminosa é uma empresa especializada em atividades ilícitas. Dentre as características principais, deve ser observada a grande especialização dos atos criminosos, a estratégia global, a flexibilidade, a profissionalização e a sofisticação.

A evolução legislativa sobre o crime organizado inclui a Lei n. 9.034/95, que não trouxe uma definição precisa, e a Convenção de Palermo, que define um grupo criminoso organizado como um conjunto de três ou mais pessoas agindo de forma coordenada para cometer infrações graves visando obter benefício econômico.

Greco Filho (2009) criticou a falta de definição clara de organizações criminosas na Lei 9.034/1995. Ele discordou também do conceito trazido pelo Protocolo de Palermo, argumentando que deveria ser mais flexível. A Lei 12.964/2012 introduziu uma definição de organização criminosa associada a uma vantagem de qualquer natureza, sem se limitar ao aspecto econômico. A Lei 12.850/2013 definiu formalmente uma organização criminosa como um grupo de quatro ou mais pessoas estruturadas para cometer crimes com penas máximas superiores a quatro anos.

“A prática do tráfico humano é realizada de forma que tem um caráter transnacional, em que se percebe que há maiores chances de aumento em razão da fragilidade das fronteiras ocasionadas pela globalização” (Carneiro, 2009, p. 50). O tráfico humano, frequentemente transnacional, é facilitado pela globalização e pelas vulnerabilidades das fronteiras, especialmente na região Norte do Brasil.

Na floresta amazônica, que em maior ou menor proporção cobre sete Estados da região Norte do Brasil, muitas vezes é a geografia que determina as rotas internas e internacionais de exploração de crianças e adolescentes. O Rio Amazonas tornou-se um marco divisor. Para quem vive abaixo do Amazonas, fica mais demorada, cara e perigosa uma investida aos países acima da linha do Equador. Daí sujeitar-se à opção mais rápida e barata das fronteiras com a Bolívia, onde se ganha menos dinheiro e as privações são bem maiores (Siqueira; Quinteiro, 2013, p. 171).

Organizações criminosas recrutam pessoas vulneráveis e as transportam para diferentes locais, como São Paulo, explorando sua situação.

Alguns mandam recrutadores ou têm acordos com cafetões ou cafetinas no local para procurar potenciais candidatos. Eles procuram menos efeminados vulneráveis e carentes, menores e adultos trans e oferecem a oportunidade de ir para São Paulo. Facilitam o transporte, pagando a passagem, normalmente de ônibus (Siqueira; Quinteiro, 2013, p. 122).

A associação histórica entre tráfico humano e crime organizado remonta ao século XIX, com grupos como a Zwig Migdal, conhecidos por sua crueldade no tratamento de escravas e membros. Embora tenha sido fechada em 1930, sua existência era questionada por alguns, como Hungria (1956).

As organizações criminosas, muitas vezes visando lucros materiais, podem estar envolvidas no tráfico humano, embora inicialmente esse crime não tenha sido reconhecido como antecedente à lavagem de dinheiro. Jesus (2003, p. 63-68) via dificuldades na aplicação da lei de lavagem de dinheiro devido à falta de uma definição clara de organizações criminosas. Algumas correntes, como a de Marco Antônio de Barros, defendiam incluir o tráfico de pessoas como crime antecedente à lavagem de dinheiro.

As organizações criminosas envolvidas no tráfico humano possuem uma estrutura sofisticada, com divisão clara de tarefas e hierarquia. Os traficantes exercem papel autor-intelectual do crime, além de terem controle funcional e de vontade sobre suas ações. Greco Filho (2009, p. 292-293) identifica vários requisitos para uma organização criminosa, incluindo estrutura organizacional, especialização de tarefas e conexões com outras organizações.

Essas organizações se dividem em camadas, com diferentes funções em níveis estratégico, tático e operacional. A teoria do domínio do fato é essencial para entender essa relação entre organizações criminosas e tráfico humano, servindo como base teórica para a operação dessas organizações, que facilitam o tráfico humano.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tráfico humano, independentemente da sua extensão geográfica ou das suas vítimas em potencial, configura um fenômeno a ser debatido não só no âmbito nacional como também no internacional. Além de ferir direitos humanos imprescindíveis às vítimas, a exemplo da segurança, da liberdade, da integridade física, dentre outros, ainda dá vazão a diversas outras práticas criminosas, como estupro, aliciamento de menores, além da formação de organizações criminosas que, dada a sua organicidade, mostram-se praticamente inatingíveis pelos órgãos de controle nacional e internacional.

Urge destacar o caráter dinâmico do tráfico humano, seja em razão de sua legislação, que está em constante adequação às contingências sociais seja em razão das vítimas que geralmente são atingidas por tal prática, muitas predominantemente negras e pobres, em todas as idades imagináveis, conglobando inclusive crianças.

Diante de tal cenário, fez-se pertinente introduzir esse tão complexo tema a partir de uma abordagem histórica, com o fito de identificar a partir de estudos doutrinários a gênese tanto da prática do tráfico em si quanto da sua concentração em vítimas socialmente vulneráveis. O ordenamento jurídico pátrio, apesar da sua deficiência, tem apresentado substancial evolução no sentido de amparar a verdadeira vítima do tráfico humano.

Inicialmente, priorizava a proteção de mulheres brancas europeias, limitando-se apenas ao tráfico sexual. Posteriormente, expandiu-se para salvaguardar a mulher em si, independentemente da etnia ou da condição social, de maneira a finalmente incluir as mulheres negras e pobres. Por fim, passou a abranger a proteção do ser humano de forma universal, desconsiderando gênero ou etnia.

Além disso, dessa vez não mais se considerou apenas o tráfico sexual em si, embora este seja o mais comum, ponderando-se também a existência de outras modalidades de tráfico, a exemplo do tráfico de órgãos, do tráfico laboral etc., em que pese tais modalidades não haja sido objeto de estudo na pesquisa em apreço.

Diante desse cenário, fez-se oportuno trazer à baila uma discussão a respeito do chamado direito penal sexual. Noutros termos, ponderou-se a existência de um Direito que sempre se deixou amordaçar pela moral sexual vigente em cada época para deixar de proteger alguns grupos sociais, como é o caso das prostitutas, homossexuais, travestis e congêneres, os quais, dado esse total descaso do Poder Público, tornaram-se vítimas pontuais na prática do tráfico humano.

É notório que o Direito, numa via de mão-dupla, deriva da moral, no entanto, esta não pode justificar o descaso em relação a certos grupos por estes divergirem da moral predominante, eleita como socialmente aceitável.

De mais a mais, na órbita internacional, é salutar garantir o protagonismo da Convenção de Palermo como principal instrumento de combate ao tráfico humano, a qual foi responsável por mobilizar a legislação de diversos países, no sentido de não apenas punir o tráfico sexual, mas também todas as formas de tráfico.

Foi a partir do seu advento que o tráfico humano passou a ser alvo de preocupação da comunidade internacional, pois, além de ser uma prática repugnante que em muito se assemelha a uma forma de escravidão moderna, é a principal prática atualmente responsável pela coisificação do ser humano, fenômeno esse inadmissível em meio a todo o aparato internacional orquestrado com o fim de proteger os direitos humanos.

Outrossim, dados os aspectos históricos e legislativos a respeito do tráfico humano, sob uma perspectiva geral, houve a sua contextualização com a teoria do domínio do fato, teoria essa edificada no estudo do concurso de agentes e que tem se mostrado como principal ferramenta para explicar os grupos criminosos organizados.

Graças à visão holística que essa teoria deu à noção de autor, foi possível criar mecanismos para desvelar o funcionamento das organizações responsáveis por dar continuidade ao tráfico humano, as quais são marcadas por uma percuciente hierarquia, além de uma clara distribuição de funções, mas, acima de tudo, são lideradas por indivíduos com alto poder persuasivo e aquisitivo, além de astúcia suficiente para se esquivar da ação das instâncias de persecução penal.

O combate ao tráfico humano se mostra eficaz não só a partir do robustecimento da legislação aplicável, como também na compreensão de que tal fenômeno tem raízes históricas calcadas no preconceito social e racial, de forma que, assim como à época da escravidão, tende a se perpetrar em meio a discursos autoritários, baseados em valores morais deturpados que de forma velada visam a alijar socialmente grupos indesejáveis e cuja prosperidade não é do interesse dos setores dominantes do poder.

A partir de tal abordagem histórico-social, evita-se a precarização de tais grupos de maneira a não os tornar vítimas em potencial não só do tráfico humano, como também de outras condutas atentatórias à dignidade humana.

REFERÊNCIAS

1. ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Teoria do domínio do fato**. São Paulo: Saraiva, 2014.
2. BIANCHINI, Alice, MOLINA, Antonio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Introdução e Princípios Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. v. 1.
3. BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.
4. BONJOVANI, Mariane Strake. **Tráfico internacional de seres humanos**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.
5. CARNEIRO, Thalita Ary. **O tráfico de pessoas em três dimensões: Evolução, globalização e a rota Brasil-Europa**. Brasília. 2009. Dissertação de Mestrado UNB. Acesso em: 18 mar. 2024.
6. CASTRO, Edna. Processos de trabalho e relações de poder no Carajás. *In: Amazônia e a crise da modernização*. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi, 2009.
7. CASTRO, José Carlos. Cidade e Cidadania. *In: Amazônia e a crise da modernização*. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi, 2009.
8. DIAS, Guilherme Mansur; SPRANDEL, Marcia. **A temática do tráfico de pessoas no contexto brasileiro**. REMHU (Brasília), Ano XVIII, nº 35, Políticas Migratórias, jul/dez, 2010, p. 155-170.
9. FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte especial**. São Paulo: Buchatsky, 1959. v. 3.
10. FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: Formação da família brasileira**. 48. ed. São Paulo: Global, 2008.

11. GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de código penal: projeto de lei 236/2012 do Senado Federal. *In: Revista Liberdades*, edição especial, reforma do código penal. IBCCrim, 2012.
12. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**, 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. v. 1.
13. GRECO FILHO, Vicente. **A entrega vigiada e o tráfico de pessoas**. *In: Tráfico de Pessoas*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.
14. HUNGRIA, Nélon; LACERDA, Romão Côrtes de. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 8.
15. JESUS, Damásio Evangelista de. **Tráfico internacional de mulheres e crianças - Brasil: aspectos regionais e nacionais**. São Paulo: Saraiva. 2003.
16. JESUS, Damásio Evangelista de. **Lavagem de dinheiro proveniente do tráfico internacional de mulheres e crianças não constitui crime**. *Revista da AJUFE*, Brasília, v. 21, n. 73, 2003.
17. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril, v. XXV, 1974.
18. KEMPADOO, Kamala. **Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres**. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332005000200003. Acesso em: 20 mar. 2024.
19. LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. São Paulo: RT, 2014.

20. MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Especial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 2.
21. MENEZES, Lená Medeiros de. **O tráfico internacional de mulheres no *debut* e *fin-de-siecle***. In: Discursos sediciosos – crime, direito e sociedade. Ano 2, n. 4. Rio de Janeiro: Freitas Basyos, 1997, p. 171-178.
22. NATSCHERADETZ, Karl Prehaz. **O direito penal sexual: conteúdo e limites**. Coimbra: Almedina, 1985.
23. NORONHA, Edgard Magalhães. **Crimes contra os costumes: comentários aos arts. 213 a 226, e 108, VIII, do Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 1943.
24. NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.
25. OLIVÉ, Juan Ferré, PAZ, Miguel Nuñez, OLIVEIRA, Wilian Terra de, BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: RT, 2011.
26. ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Autor e cómplice en derecho penal**. Buenos Aires: BdeF, 2012.
27. PASCHOAL, Janaína Conceição. **A escravidão e a interpretação viciada da lei**. Revista do Curso de Mestrado em Direito na Faculdade Integradas Toledo, Araçatuba, v. 4, n. 1, p. 43 a 80, jul. 2004.
28. RODRIGUES, Patrícia Dantas. **A nova concepção do trabalho escravo e a atuação da legislação para evitá-lo**. 2013. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32549/31762>. Acesso em: 12 mar. 2024.

29. RODRIGUES, Thaís de Camargo. **O Tráfico Internacional de Pessoas para Fim de Exploração Sexual e a Questão do Consentimento**. 2012. 204 f. il. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
30. SIQUEIRA, Priscila; QUINTEIRO, Maria (Orgs.). **Tráfico de Pessoas: Quanto vale o ser humano na balança comercial do lucro?** São Paulo: Ideias & Letras, 2014.
31. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
32. SOCORRO, Andreza do; SMITH, Pantoja de Oliveira. **Tráfico de pessoas para exploração sexual**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.
33. STRECK, Lênio Luiz. **As incongruências da doutrina: o caso da AP 470, a teoria do domínio do fato e as citações descontextualizadas**. Revista de Estudos Criminais, nº 56. São Paulo: ITEC, 2015.

OS DESAFIOS DA INVESTIGAÇÃO NOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Ana Carolina Couto Matheus²

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo mostrar os desafios da investigação nos crimes cibernéticos, abordando as principais legislações concernentes a esse tipo de delito, dando enfoque ao crime de invasão de dispositivo informático, único crime exclusivamente cibernético disposto no art. 154-A do Código Penal pela Lei nº 12.737/12. Utilizando o método de pesquisa dedutivo foi possível vislumbrar o atual cenário legislativo responsável por regular esse âmbito, tendo em vista que a lei é o principal norte para a realização da *persecutio criminis*. Deste modo, as reflexões acerca do tema se iniciam com uma breve análise histórica da Internet, com o intuito de mostrar como o ciberespaço se tornou o principal ambiente para práticas ilícitas, tornando os usuários diariamente vulneráveis àqueles que tentam obter vantagens através da lesão aos bens jurídicos, sobretudo relativos à intimidade e privacidade, dispostos no art. 5º da Constituição Federal. Ademais, após o desmembramento dos principais pontos estruturais do conceito de cibercrime, foi apresentada uma evolução histórico-legislativa das normas que visam prevenir os delitos virtuais, explanando sua respectiva ineficácia.

Palavras-chave: Direito Penal. Crime Cibernético. Persecução Penal.

ABSTRACT

The purpose of this work is to show the challenges of investigating cybercrimes, addressing the main legislation concerning this type of crime, focusing on the crime of invading a computer device, the only exclusively cybercrime provided for in art. 154-A of the Penal Code by Law number 12.737/12. Using the deductive research method, it was possible to glimpse the current legislative scenario responsible for regulating this area, considering that the law is the main guide for carrying out *persecutio criminis*. Therefore, reflections on the topic begin with a brief historical analysis of the Internet, with the aim of showing how cyberspace has become the main environment for illicit practices, making users daily vulnerable to those who try to obtain advantages through damaging property. Legal provisions, especially those relating to intimacy and privacy, set out in art. 5th of the Federal Constitution. Furthermore, after breaking down the main structural points of the concept of cybercrime, a historical-legislative evolution of the norms that aim to prevent virtual crimes was presented, explaining their respective ineffectiveness.

Key-words: Criminal Law. Cybercrime. Criminal Persecution.

² Doutora em Ciência Jurídica pela UNIVALI-SC. Mestre em Direito pela UNIPAR-PR. Especialista em Direito Tributário pela UnP-RN. Pós-Graduada em Direito Constitucional pela UVB-SP. Bacharel em Direito pela TOLEDO-SP. Professora Associada do Departamento de Ciências Jurídicas, do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB. Professora de Direito Processual Civil do DCJ/CCJ/UFPB. Orientadora. Conferencista. Conselheira Editorial. Pesquisadora. Advogada. Consultora Jurídica. E-mail: carol.couto2023@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Após a revolução tecnológica e digital advinda, sobretudo, da eclosão da Internet, o modo de comunicação se transformou demasiadamente, gerando interações cada vez mais instantâneas e globais, onde o meio cibernético se tornou o principal ambiente responsável por manter as relações sociais, e onde os indivíduos passam a maior parte do tempo, compartilhando dados e informações de qualquer natureza.

Todavia, essas mudanças não promoveram apenas benefícios às atividades diárias, mas concomitantemente, inúmeras ameaças aos bens jurídicos, visto que se trata de um espaço em que não é possível manter um controle e fiscalização em decorrência de sua alta volatilidade, abrindo deste modo, diversas oportunidades para a prática de crimes cibernéticos.

Ademais, um dos procedimentos mais relevantes do sistema jurídico é a Persecução Penal, por meio desta, a Polícia Judiciária será encarregada para investigar o fato delituoso, devendo, portanto, respeitar os ditames legais. Sendo assim, a falta de normas exclusivas e próprias de determinada matéria, tornará a conduta criminosa atípica, por isso se exige que o ordenamento jurídico esteja em consonância com as modificações e atualizações presentes na sociedade, visando assim, tipificá-las e evitar possíveis lacunas, caso contrário, o Estado tornar-se-á inabilitado para punir os modernos comportamentos ilícitos.

A produção de normas específicas consoante aos crimes virtuais já é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, esse desenvolvimento ainda é lento e gradual, resultante inclusive da celeridade do legislador em sanar vacuidade normativa decorrente do clamor popular, elaborando tipos penais inoperantes na prática, criando um extenso leque de dispositivos legais meramente simbólicos.

Em vista disso, o primeiro capítulo do presente trabalho abordará de modo amplo e contextualizado o surgimento e deslanche da Internet, principal ferramenta responsável por propulsionar a evolução tecnológica, além de uma breve explanação sobre o modo como essas mudanças impactaram de forma negativa na sociedade, incluindo a eclosão de delitos virtuais em demasia.

O segundo capítulo consistirá no desmembramento do conceito e aspectos do crime cibernético propriamente dito, apresentando suas respectivas nuances, incluindo os princípios essenciais que norteiam a produção dos tipos penais

responsáveis por regular a contenção desses ilícitos praticados no ciberespaço. Sendo assim, o terceiro capítulo abordará de modo cronológico algumas normas responsáveis por prevenir os crimes cibernéticos. Mas será que esse singelo acervo detém o condão para de fato gerar intimidação àqueles que visam lesionar os bens jurídicos através da esfera virtual? Tais normas possuem uma aplicabilidade impecável que servirá como forte apoio ao sistema judicial na resolução de conflitos?

As respostas para essas hipóteses serão apresentadas nos capítulos quarto e quinto, os quais irão abordar as principais dificuldades encontradas durante o processo de investigação criminal dos crimes virtuais. Além disso, desmembrará o art. 154-A do Código Penal advindo da Lei nº 12.737/12, referente ao crime de “invasão de dispositivo informático”, por se tratar do único delito exclusivamente cibernético. Desta forma, por meio de um exemplo concreto será possível avaliar de maneira prática a (in) eficácia existente nos tipos penais concernentes aos delitos virtuais.

Em vista disso, este trabalho terá natureza qualitativa, pois não abordará nenhum tipo de elemento estatístico, mas sim a análise de dados para a compreensão do fenômeno que influi tanto no desenvolvimento da contenção dos cibercrimes, quanto os seus respectivos empecilhos presentes no processo investigativo. Posto isto, a pesquisa possui como principal objetivo expor a fragilidade do ordenamento jurídico frente aos modernos meios digitais.

Foi utilizado o método dedutivo, partindo do geral para o particular, assim, os argumentos devem se apresentar como verdadeiros, visto que já possuem validação pela ciência. A questão fundamental da dedução está na relação lógica que deve ser estabelecida entre as proposições apresentadas, a fim de não comprometer a validade da conclusão. Utiliza os métodos de procedimento documental e bibliográfico, visto que traz elementos advindos de legislação, jurisprudência, coleta de dados em artigos científicos, teses, dissertações e livros.

2 O SURGIMENTO E A EXPANSÃO DA INTERNET

A era digital trouxe mudanças profundas na vida moderna, facilitando o acesso à informação e criando uma sociedade altamente conectada. “Enviar e receber conteúdos atualizados 24 horas por dia, podendo ser acessados a qualquer instante, seja dia ou noite, de qualquer ponto que tenha uma conexão de dados, é uma das características da Internet” (Carvalho, 2014, p.1).

No entanto, junto com essa praticidade surgiram desafios, como a exposição excessiva de dados pessoais e o aumento dos crimes cibernéticos. A rápida evolução da Internet transformou não só as relações sociais, mas também o cenário jurídico, exigindo uma nova abordagem para lidar com os crimes virtuais e garantir a segurança dos usuários.

É certo que a criminalidade, obviamente, não deixaria de aproveitar as oportunidades trazidas pelas novas tecnologias, e a prática de ilícitos na Internet é uma realidade perversa, com um sem número de fraudes bancárias, extorsões decorrentes de invasões de computadores, vírus e programas espalhados pela rede para obtenção de dados que permitam a prática criminosa, pornografia infantil e muitas outras condutas ilícitas ou reprováveis (Borges, 2015, p. 1).

Apesar dos desafios, a Internet proporciona uma variedade de oportunidades no ciberespaço, facilitando associações e negócios entre pessoas distantes geograficamente. Em suma, a Internet remodelou o mundo contemporâneo e é fundamental compreender sua história e expansão para entender os crimes cibernéticos que surgiram como resultado dessa revolução tecnológica.

2.1 SURGIMENTO DA INTERNET

A Internet, crucial para entender os cibercrimes, teve sua origem na necessidade humana de comunicação, desde os primórdios da civilização. Ao longo da história, diversos avanços tecnológicos, como o telégrafo de Samuel Morse, foram marcos nesse desenvolvimento. A ideia de uma comunicação ágil e precisa ganhou ainda mais relevância na era da “modernidade líquida” de Zygmunt Bauman, onde as relações sociais são fluidas e flexíveis.

A consciência desenvolveu-se apenas sob a pressão da necessidade de comunicação – de que, desde o início foi necessária e útil apenas entre uma pessoa e outra (entre a que comanda e a que obedece, em especial), e também se desenvolveu apenas em proporção ao grau dessa utilidade. Consciência é, na realidade, apenas uma rede de ligação entre as pessoas – apenas como tal ela teve que se desenvolver: um ser solitário e predatório não necessitaria dela (Nietzsche, 2009, p. 36).

O surgimento da Internet como conhecemos hoje, remonta ao contexto da Guerra Fria, com a criação da ARPANET em 1969 pela ARPA, agência americana de projetos de pesquisa avançada. O objetivo inicial era estabelecer uma rede de comunicação robusta, capaz de resistir a ataques nucleares. A ARPANET evoluiu para a World Wide Web (WWW), desenvolvida por Tim Berners-Lee em 1996, proporcionando acesso interativo a textos, imagens e sons.

O WWW nasceu no ano de 1989 no Laboratório Europeu de Física de altas energias, com sede em Genebra, sob o comando de T. Berners – Lee e R. Calliau. É composto por hipertextos, ou seja, documentos cujo texto, imagem e sons são evidenciados de forma particular e podem ser relacionados com outros documentos. Com um clique no mouse o usuário pode ter acesso aos mais variados serviços, sem necessidade de conhecer os inúmeros protocolos de acesso (Paesani, 2006, p. 11).

A adoção em massa da Internet transformou-a na principal ferramenta para atividades cotidianas e complexas. Com o crescente número de usuários, o ciberespaço tornou-se parte integrante da vida humana, proporcionando novas formas de interação e comunicação.

2.2 A EXPANSÃO DA INTERNET NO BRASIL

No Brasil, ao contrário dos Estados Unidos, o surgimento da Internet teve suas raízes na educação. Inicialmente, em 1988, instituições acadêmicas como FAPESP, UFRJ e LNCC estabeleceram conexões com universidades americanas através da rede Bitnet. Em 1989, o Ministério da Ciência e Tecnologia deu origem à RNP, buscando conectar as universidades federais de pesquisa.

Nos anos 90, a Internet se expandiu gradualmente para a população em geral, com sua disponibilidade comercial em 1994. No entanto, a acessibilidade ainda era limitada devido ao uso de linhas discadas, o que resultava em altos custos para os usuários. Em 1995, a privatização dos serviços de Internet foi autorizada pelo Ministério das Comunicações, aumentando a liberdade e as oportunidades de acesso à rede.

A popularização das redes sociais, como Orkut, Fotolog e LinkedIn, impulsionou ainda mais o uso da Internet no Brasil, permitindo o compartilhamento de informações pessoais de forma desenfreada.

A cibercultura nada mais é do que a cultura contemporânea em sua interface com as novas tecnologias de comunicação e informação, ela está ligada às diversas influências que estas tecnologias exercem sobre as formas de sociabilidade contemporâneas, influenciando o trabalho, a educação, o lazer, o comércio, etc. Todas as áreas da cultura contemporânea estão sendo reconfiguradas com a emergência da cibercultura (Lemos, 2023, p. 1).

Essa cultura de exposição massiva de dados, conhecida como “cibercultura”, reconfigurou as relações sociais e influenciou várias áreas da vida contemporânea, como trabalho, educação e lazer, através da interface com as novas tecnologias de comunicação e informação.

2.3 INTERNET COMO FERRAMENTA PARA PRÁTICAS ILÍCITAS

A Internet, além de ser uma fonte de benefícios, tornou-se também um ponto de dependência para muitos usuários, resultando em comportamentos patológicos. A sua vastidão e falta de limites tornam-na um terreno fértil para práticas criminosas, desafiando o sistema legal, especialmente no que diz respeito à materialização dos delitos.

Os criminosos aproveitam a dependência tecnológica dos usuários para realizar uma variedade de crimes online, como invasões de sistemas, roubo de dados pessoais, falsidade ideológica e acesso a informações confidenciais. A dificuldade em rastrear e identificar esses criminosos é exacerbada pela facilidade de anonimato na Internet.

Costa (1998) descreve a Internet como um ambiente de “caos organizado”, onde qualquer pessoa pode se tornar um criminoso digital potencial. Esses crimes não apenas afetam os cidadãos comuns, mas também representam ameaças ao Estado, causando prejuízos significativos para a nação como um todo.

2.4 O LADO OBSCURO SOBRE O AVANÇO DAS REDES SOCIAIS

Nas redes sociais, os usuários expõem dados pessoais, tornando-se alvos fáceis para criminosos, como pedófilos, de acordo com o livro “Geração Interativa”. A falta de regulamentação e fiscalização das ferramentas virtuais torna o ambiente virtual propício para práticas ilícitas.

Os criminosos aproveitam a facilidade de se esconderem no anonimato online para cometer uma variedade de crimes, como extorsão e roubo de informações pessoais, conforme observado por Deslandes e Arantes (2017). Além disso, o incentivo das mídias sociais para a exposição constante leva a um aumento de comportamentos perigosos, como “stalking” e “sexting”.

O uso excessivo das redes sociais também pode levar à dependência. A facilidade de compartilhamento de informações pessoais contribui para a amplificação desses comportamentos nocivos, como explicado por Recuero (2009). Em suma, as redes sociais se tornaram um terreno fértil para crimes cibernéticos devido à falta de precaução dos usuários e à facilidade de obtenção de informações pessoais.

3 CRIMES CIBERNÉTICOS

O avanço tecnológico na era digital tem impactado profundamente a sociedade, influenciando mudanças sociais e gerando novos desafios, incluindo a segurança cibernética.

A habilidade ou inabilidade de uma sociedade dominar a tecnologia ou incorporar-se às transformações das sociedades, fazer uso e decidir seu potencial tecnológico, remodela a sociedade em ritmo acelerado e traça a história e o destino social dessas sociedades; remetendo que essas modificações não ocorrem de forma igual e total em todos os lugares, ao mesmo tempo e instantânea a toda realidade, mas sim é um processo temporal e para alguns, demorado (Castells, 1999, p. 76).

Três crimes cibernéticos destacados são: phishing e ataques de engenharia social, ransomware e cyberbullying/assédio online. Esses crimes exploram as vulnerabilidades do ciberespaço, exigindo uma rápida adaptação do sistema jurídico para proteger os indivíduos e seus bens. A geração excessiva de dados online

amplifica essas vulnerabilidades, destacando a importância de uma legislação atualizada para lidar com os desafios da nova realidade digital.

3.1 CONCEITO DE CRIME CIBERNÉTICO

“É a concepção da sociedade sobre o que pode e deve ser proibido, mediante a aplicação de sanção penal. É, pois, a conduta que ofende um bem juridicamente tutelado, merecedora de pena” (Nucci, 2009, p. 166).

O conceito de ‘delito informático’ poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade a confidencialidade (Rossini, 2004, p. 110).

O conceito de crime cibernético engloba condutas ilícitas que utilizam meios tecnológicos para atingir bens jurídicos, podendo ser compreendido através de análises material, formal e analítica do crime em geral.

Envolve uma variedade de denominações, como crimes eletrônicos e cibercrimes, e abarca qualquer ação relacionada a sistemas informáticos, incluindo crimes tradicionais facilitados ou cometidos por meio da tecnologia. O surgimento desses crimes desafia interpretações jurídicas tradicionais, exigindo uma atualização do sistema legal para lidar com as novas formas de criminalidade.

3.2 CARACTERÍSTICAS DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Os crimes cibernéticos apresentam características distintas que os tornam desafiadores de detectar e combater.

Os crimes virtuais mais recorrentes do mundo digital são velhos conhecidos dos ordenamentos jurídicos, tais como crimes contra a honra, discriminação, ameaça, fraude, falsidade ideológica entre outros, sendo que, agora, existem mais ocorrências dos mesmos. No caso da internet a possibilidade do anonimato estimula o

descumprimento de regras, pois gera maior certeza de impunidade (Pinheiro, 2014, p. 33-44).

O anonimato na Internet permite que os criminosos operem sem consequências, dificultando a identificação e coleta de provas. Além disso, esses crimes são transnacionais e podem ser cometidos contra qualquer pessoa em qualquer lugar do mundo.

Para Fiorillo e Conte (2016) a complexidade das relações globais e a informatização global facilitam a prática desses crimes em qualquer local. A “emergência de novos espaços públicos plurais na Internet” (Cruz, 2009, p. 6) também amplia a disseminação de ódio e ofensas online, muitas vezes através de perfis falsos. Esses crimes, conhecidos como crimes virtuais, ocorrem sem a presença física do autor, tornando sua detecção ainda mais desafiadora.

3.3 CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Para Greco Filho (2000, p. 3) os crimes cibernéticos podem ser classificados de acordo com duas perspectivas: aqueles cometidos por meio da internet e aqueles cometidos contra a internet como um bem jurídico autônomo. Os crimes cometidos por meio da internet podem ser categorizados de acordo com a estrutura do tipo penal, incluindo crimes de resultado de conduta livre, crimes de resultado de conduta vinculada, crimes de mera conduta ou formais, e crimes de conduta com fim específico. Por outro lado, a classificação mais adequada para os crimes cibernéticos na atualidade é a distinção entre crimes próprios e impróprios.

3.3.1 Crimes cibernéticos próprios ou puros

Para Malaquias (2015, p. 55) os crimes cibernéticos próprios, também conhecidos como puros, são aqueles que dependem do meio digital para serem cometidos. Eles se concentram na violação dos sistemas informáticos e na manipulação de dados e informações, sendo impossíveis de serem cometidos sem o uso da tecnologia da informação e comunicação. Exemplos incluem a criação e disseminação de vírus, a negação de serviços, a invasão e a destruição de bancos de dados. Esses delitos são caracterizados pela utilização de computadores e da internet

como ferramentas essenciais para sua execução, resultando em danos que ocorrem exclusivamente no ambiente virtual.

3.3.2 Crimes cibernéticos impróprios ou mistos

Os crimes cibernéticos impróprios, também conhecidos como mistos, não se limitam ao uso exclusivo do meio digital, mas utilizam dispositivos eletrônicos como instrumentos para prática do delito. Eles visam atingir bens jurídicos em geral, já tipificados no Código Penal, conforme o entendimento de Sydow (2009, p. 75).

Um exemplo é o crime de pornografia infanto-juvenil com uso da Internet, conforme disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Esses crimes envolvem condutas comuns, que poderiam ser praticadas por outros meios, mas são perpetradas utilizando-se de mecanismos informáticos como ferramenta.

Apesar dos benefícios do meio virtual, ele também pode ser utilizado para coagir e coibir, assim como uma arma física. Portanto, é dever do Estado regulamentar essas novas modalidades para promover verdadeiramente a tutela jurisdicional.

3.4 OS SUJEITOS DO CRIME CIBERNÉTICO

Identificar os sujeitos do crime cibernético é desafiador devido à ausência física do ciberespaço, onde os criminosos agem com maior confiança no anonimato. Apesar disso, é possível identificar certos padrões de comportamento e características comuns entre eles. Existem diversas denominações para os perpetradores desses delitos, e uma abordagem básica pode ajudar a compreender suas características distintivas.

3.4.1 Sujeito ativo

O sujeito ativo do crime cibernético, responsável por praticar o delito, é comumente chamado de “cracker” na esfera dos crimes virtuais, derivado do verbo em inglês “to crack”, que significa “quebrar códigos de segurança”. Os “crackers” são indivíduos com alto conhecimento técnico que invadem sistemas informáticos, podendo deixar sua marca ou até mesmo destruí-los.

Eles utilizam o sistema informático da vítima como objeto e meio para a execução do crime. Para Siqueira (2017, p. 122) identificar esses agentes é um desafio devido às nuances tecnológicas que facilitam a ocultação da autoria, como a utilização de endereços falsos de IP.

O ordenamento jurídico brasileiro busca conter o anonimato virtual, exigindo que provedores de internet mantenham dados mínimos para identificação de usuários. Isso garante a congruência dos direitos e garantias fundamentais no espaço cibernético, protegendo a liberdade de expressão, intimidade e privacidade dos cidadãos.

3.4.2 Sujeito passivo

Para Cabette (2013, p. 1) o sujeito passivo do crime cibernético é a pessoa física ou jurídica sobre a qual recai a ação ou omissão do agente, sendo o titular do bem lesado. Ele pode ser uma ou mais vítimas, de acordo com o estabelecido no Código Penal. Muitos delitos cometidos no ciberespaço não são divulgados ou denunciados, o que contribui para a propagação dessas transgressões. O sujeito passivo pode ser qualquer pessoa que tenha sua privacidade violada pelo invasor e sofra a instalação indevida de vulnerabilidades em seu dispositivo para benefício ilícito do sujeito ativo.

3.5 JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

Os crimes cibernéticos apresentam desafios específicos relacionados à jurisdição e competência para processamento e julgamento. A competência não se limita ao território, mas também abrange a função jurisdicional, delimitando o exercício da jurisdição.

A Teoria da Ubiquidade, adotada pelo Direito Penal Brasileiro, considera o local do crime tanto onde ocorreu a conduta delituosa quanto onde se produziu o resultado. Os crimes à distância, nos quais os atos executórios e a consumação ocorrem em territórios distintos, representam um desafio adicional, pois ultrapassam fronteiras nacionais.

A competência da Justiça Federal é estabelecida quando o crime preenche requisitos específicos, como ser previsto tanto no Brasil quanto no estrangeiro, o Brasil ser signatário de tratado internacional para reprimir aquele crime e a conduta ter se iniciado no Brasil.

Nos casos de publicações em redes sociais, mesmo que restritas a pessoas próximas, a competência é da Justiça Federal devido à transnacionalidade. Nos crimes tentados e consumados, em geral, a competência é determinada pelo local da consumação, sendo o foro competente o local onde se encontra o provedor quando o crime ocorre dentro do estado.

1.5.1 Aplicação da lei penal e processual no espaço

A aplicação da lei penal e processual no espaço cibernético é um desafio devido à natureza transnacional dos crimes cometidos nesse ambiente. O ciberespaço transcende fronteiras territoriais e não segue o conceito tradicional de soberania e competência territorial. “O ciberespaço não dispõe de fronteiras territoriais, mas de normas ou técnicas, que regulam sistemas de acesso e que não pertencem ao mundo jurídico. Assim, não vigora o conceito de soberania e nem de competência territorial” (Moles, 2000, p. 25-26).

Para Inellas (2004, p. 79) isso pode levar a situações em que o crime é iniciado em um país, consumado em outro e os dados trafegam por servidores localizados em diferentes jurisdições. A Teoria da Ubiquidade, adotada pelo Código Penal, busca lidar com essa complexidade ao considerar tanto o local da conduta criminosa quanto o local do resultado.

No entanto, a eficácia dessa abordagem é debatida entre os doutrinadores, e a determinação da jurisdição adequada continua sendo um desafio, especialmente diante da falta de consenso internacional sobre o assunto. Tratados e convenções internacionais específicos para crimes cibernéticos tornam-se essenciais para estabelecer parâmetros e evitar impunidade decorrente de lacunas na regulamentação internacional.

3.6 PRINCÍPIOS RELATIVOS AOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Os crimes cibernéticos são influenciados pela sociedade da informação, gerando a necessidade de proteção aos bens jurídicos. O direito à informação está intimamente ligado à liberdade, conforme garantido pela Constituição Federal em seus diversos incisos do artigo 5º.

“A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (Paesani, 2006, p. 21).

Os princípios constitucionais como liberdade de expressão, acesso à informação e vedação ao anonimato são fundamentais para a liberdade informática. Além disso, os princípios constitucionais-penais, que regem o Estado Democrático Brasileiro, têm impacto direto na criação de leis que visam combater os crimes cibernéticos.

3.6.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade, consagrado no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal, estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Isso significa que os crimes cibernéticos só podem ser punidos se houver leis específicas que os definam e prevejam suas penalidades.

Como o Código Penal foi elaborado em uma época em que o ciberespaço ainda não existia, é fundamental a criação de normas específicas para evitar lacunas na aplicação da lei. Para Greco (2015, p. 25) a lei penal deve ser clara e precisa para que todos possam compreender seu conteúdo e se comportar de acordo com ela.

Além disso, não pode haver aplicação retroativa da lei penal, ou seja, uma conduta só pode ser considerada criminosa se na época em que foi praticada já existia uma lei que a proibisse. A existência da lei não é suficiente; ela deve ser detalhada para garantir sua aplicação efetiva e proporcionar segurança jurídica aos usuários da Internet.

3.6.2 Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima no Direito Penal estabelece que a lei penal deve ser aplicada apenas quando outras alternativas legais não forem suficientes para resolver determinada questão. Ele funciona como um limite ao princípio da legalidade, indicando as situações em que as leis penais podem ser aplicadas, os limites da restrição da liberdade humana e a necessidade de aplicação das consequências jurídicas do delito.

Para Lopes (2000, p. 73) esse princípio está alinhado com a ideia de subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal, que buscam reduzir ao máximo a intervenção estatal na vida dos cidadãos, priorizando o uso de outros recursos legais para evitar danos à sociedade.

3.6.3 Princípio da Territorialidade

O princípio da territorialidade estabelece que os delitos cibernéticos praticados em território nacional estão sujeitos às leis brasileiras, especialmente quando o provedor estiver localizado no país, conforme o artigo 5º do Código Penal.

No entanto, Souza Neto (2009, p. 58-60) explica que o princípio da extraterritorialidade, previsto no artigo 7º do mesmo código, permite a aplicação da lei brasileira em casos envolvendo agentes localizados fora do país, especialmente nos casos previstos em acordos e tratados internacionais.

Portanto, a adesão do Brasil a convenções internacionais é crucial para preencher lacunas e garantir segurança jurídica. Diante das mudanças no ambiente cibernético, é essencial proteger os bens jurídicos dos avanços tecnológicos, reprimindo ativamente os criminosos que buscam obter vantagens ilegais em desacordo com a legislação brasileira.

3.6.4 Princípio da Lesividade

O princípio da lesividade, também conhecido como princípio da ofensividade, estabelece que apenas condutas que causem danos a outros, especialmente aos bens jurídicos protegidos, podem ser objeto de normatização. De acordo com esse

princípio, não é necessário punir ou reprimir condutas que não causem lesão ou ameaça aos direitos de terceiros. Esse princípio está alinhado com a Constituição Federal, que garante a inviolabilidade do direito à liberdade. Ao cometer um crime virtual que vise prejudicar a liberdade, privacidade ou intimidade, o agente viola os princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito. Portanto, é essencial criar legislação específica para punir e combater esses comportamentos lesivos no ambiente virtual.

4 LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

A legislação brasileira referente aos crimes cibernéticos ainda é limitada e pouco eficaz na prática. Desde o surgimento da Internet, o ambiente virtual tem sido utilizado para uma variedade de práticas criminosas, mas não havia uma regulamentação específica para esses delitos. O desenvolvimento tecnológico e a popularização dos dispositivos eletrônicos aumentaram o número de usuários na Internet, proporcionando também oportunidades para criminosos. No entanto, o Direito não acompanhou esse crescimento de maneira adequada, resultando em leis esparsas que regulamentam aspectos específicos dos crimes digitais. Neste contexto, é importante analisar algumas leis cronologicamente para entender sua intenção e eficácia na abordagem dos crimes cibernéticos.

4.1 LEI 11.829/08: ALTERAÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Em 2008, a Lei nº 11.829 alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), introduzindo disposições para combater a pornografia infantil e criminalizar a obtenção e posse desse material, assim como outras condutas relacionadas à pedofilia na internet.

Anteriormente, essas condutas já estavam tipificadas no Código Penal, mas não havia tratamento diferenciado para os menores. Para Reinaldo Filho (2008) a lei criou novos tipos penais para lidar com a geração de fotos ou vídeos de crianças em situações de sexo explícito ou pornográfico.

Um aspecto moderno da lei é o art. 241-C, que criminaliza a simulação da participação de crianças em cenas de sexo explícito ou pornográficas por meio de

adulteração de fotos, vídeos ou outras representações visuais, com pena de 1 a 3 anos de prisão e multa. Essa legislação preencheu lacunas importantes no código jurídico e trouxe modernização ao Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo um marco para uma abordagem mais cautelosa dos crimes virtuais.

4.2 LEI 12.015/09: ALTERAÇÃO NO CÓDIGO PENAL E ECA

Em 2009, a Lei nº 12.015 promoveu alterações no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Uma das mudanças mais significativas foi a ampliação do conceito de estupro, que agora não se limita apenas à conjunção carnal, mas também a qualquer ato libidinoso praticado mediante violência ou grave ameaça. Isso inclui o “estupro virtual”, onde a vítima é coagida a praticar atos libidinosos por meio de ameaças ou constrangimentos na internet, como a obtenção de dados íntimos.

A investigação desses crimes também envolve a análise da interação entre o agente e a vítima por meio de registros nos dispositivos eletrônicos, como fotos, vídeos e mensagens. Além disso, a lei tipificou o crime de corrupção de menores no ECA, abrangendo condutas que visam corromper ou facilitar a corrupção de menores de 18 anos por meio de qualquer meio eletrônico, incluindo salas de bate-papo da internet. Isso reflete a preocupação em abordar os diversos aspectos dos crimes cibernéticos, especialmente nas redes sociais, que são alvos comuns de criminosos.

4.3 LEI 12.735/12: LEI AZEREDO

Em 2012, foi sancionada a Lei nº 12.735, conhecida como “Lei Azeredo”, que tratava dos crimes cibernéticos. Originada do Projeto de Lei nº 84/99, o qual passou mais de uma década no Congresso Nacional, a lei recebeu críticas por sua constitucionalidade e conteúdo. Apelidada de “AI-5 Digital”, recebeu forte oposição e teve a maior parte de seus artigos vetados pela presidente Dilma Rousseff.

Dos vinte e três artigos presentes, apenas quatro foram sancionados, sendo que somente 2 tratavam de conteúdo penal. Muitos consideraram o projeto inconstitucional, argumentando que criminalizava de forma generalizada e incluía ações culposas, o que contrariava a Convenção de Budapeste. Essas críticas

apontavam para a possibilidade de insegurança jurídica entre os usuários da internet e a extrapolação dos limites da razoabilidade e proporcionalidade.

4.4 LEI 12.737/12: LEI CAROLINA DIECKMANN

Em 2011, a atriz Carolina Dieckmann teve seu dispositivo hackeado, resultando na publicação de fotos íntimas na internet e ameaças de extorsão. Para Almeida (2015) esse incidente levantou questões sobre a segurança da privacidade digital dos usuários e a necessidade de proteção legal.

No ano seguinte, foi promulgada a Lei nº 12.737/12, conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, que adicionou os artigos 154-A e 154-B ao Código Penal. Essa legislação visava coibir crimes cibernéticos, tipificando a invasão de dispositivos informáticos e alterando o crime de falsificação de documentos para incluir cartões de crédito e débito. A entrada em vigor dessa lei representou uma mudança significativa no ordenamento jurídico brasileiro, abordando condutas anteriormente não previstas como infrações penais.

4.5 LEI Nº 12.965/2014: MARCO CIVIL DA INTERNET

A Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, foi promulgada em 2014, após décadas da criação da Internet no Brasil. Essa legislação regula o uso da Internet no país, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres para os usuários e para o Estado. Surgiu em resposta às denúncias de vigilância global não autorizadas, feitas por Edward Snowden, ex-consultor técnico da CIA dos EUA.

O Marco Civil busca garantir a liberdade de expressão, a neutralidade da rede e a proteção à privacidade dos usuários. Representa um marco na proteção dos direitos e deveres dos usuários na Internet, especialmente ao assegurar a neutralidade da rede, tratando todas as informações e computadores de forma igual, sem discriminação por parte dos provedores de Internet.

4.6 LEI Nº 13.185/2015: LEI DE COMBATE À INTIMIDAÇÃO SISTEMÁTICA (BULLYING)

A Lei nº 13.185/2015, conhecida como Lei de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying), tem como foco capacitar docentes e equipes pedagógicas para prevenir e solucionar problemas relacionados ao bullying, incluindo o cyberbullying. Define o cyberbullying como a utilização da internet para depreciar, incitar a violência ou adulterar fotos e dados pessoais com o objetivo de constranger psicossocialmente. Essa lei representa uma importante inovação na prevenção dos delitos virtuais, visando combater os ataques violentos que ocorrem no ciberespaço.

4.7 LEI Nº 13.709/2018: LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), sancionada em 2018, estabelece regras para a coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento de dados pessoais, com penalidades em caso de descumprimento. A legislação define princípios a serem seguidos pelas organizações, como finalidade, adequação, necessidade e transparência. Em caso de vazamento de dados, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) analisará e julgará cada caso, podendo aplicar multas proporcionais ao faturamento anual da empresa, limitadas a 50 milhões de reais, ou multas diárias, sem ultrapassar esse valor.

4.8 DECRETO Nº 10.222/2020: ESTRATÉGIA NACIONAL DE SEGURANÇA CIBERNÉTICA

O Decreto nº 10.222/2020, que institui a Estratégia Nacional de Segurança Cibernética, visa fortalecer a resiliência do Brasil diante das ameaças virtuais, estabelecendo diretrizes até 2023.

Entre as ações propostas estão o fortalecimento da governança cibernética, o estabelecimento de um modelo centralizado de governança nacional, a promoção de colaboração entre setor público e privado, o aumento da proteção do governo e das infraestruturas críticas, o aprimoramento do arcabouço legal e da cooperação internacional.

No entanto, o decreto carece de especificações práticas para sua implementação, mostrando uma lacuna na efetividade das ações propostas. O Brasil ainda está defasado em relação a outros países na organização e orientação para regulamentar o uso dos meios digitais e combater crimes cibernéticos, necessitando de um modelo mais robusto e direcionado.

4.9 LEI Nº 14.132/2021: CRIME DE PERSEGUIÇÃO

A Lei nº 14.132/2021 introduziu o crime de perseguição, conhecido como “stalking”, no ordenamento jurídico brasileiro. A lei acrescentou o art. 147-A ao Código Penal, revogando o art. 65 da Lei das Contravenções Penais.

O crime consiste em perseguir alguém de forma reiterada, por qualquer meio, ameaçando sua integridade física ou psicológica, restringindo sua capacidade de locomoção ou invadindo sua esfera de liberdade ou privacidade. A pena prevista é de reclusão de 6 meses a 2 anos, além de multa. O termo “por qualquer meio” abrange tanto a perseguição física quanto a virtual, reconhecendo a facilidade de se perseguir alguém através de dispositivos informáticos.

4.10 CONVENÇÃO DE BUDAPESTE

A Convenção de Budapeste, criada em 2001, tem como objetivo combater a criminalidade cibernética e promover a cooperação internacional nesse âmbito. O Brasil tornou-se signatário em 2020, juntando-se a mais de sessenta países.

A convenção supre lacunas na legislação criminal, fornecendo parâmetros para lidar com crimes transnacionais. “Não há fronteiras demarcadas no ambiente cibernético. Isso derruba um dos principais pilares do chamado Estado Moderno” (Medeiros, 2002, p. 147).

No que tange ao Direito da Internet, de natureza e abrangência internacionais, “os estudos dos internacionalistas devem rumar para uma análise de quais instrumentos legais poderão ser aplicados ao caso concreto e se é possível promover a adoção de princípios básicos de democracia, soberania, leis e tratados internacionais. (Vasconcelos, 2003, p. 52-53).

Com o aumento da digitalização, os crimes cibernéticos cresceram, exigindo uma resposta global coordenada. Pereira (2013, p. 145) explica que a convenção especifica cinco categorias de crimes, abrangendo desde infrações contra dados e sistemas informáticos até violações de direitos autorais. Participar dessa convenção internacional fortalece o Brasil na luta contra os crimes cibernéticos e fornece uma estrutura legal para penalizar essas condutas.

5 OS EMPECILHOS NA INVESTIGAÇÃO DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

O uso generalizado da tecnologia na sociedade contemporânea apresenta desafios significativos para a investigação policial de crimes cibernéticos. Os investigadores enfrentam dificuldades para coletar evidências sólidas devido à natureza volátil e instável dos rastros deixados pelos criminosos. Esses rastros podem ser facilmente apagados, alterados ou perdidos, tornando essencial uma abordagem cuidadosa para preservar a integridade das provas.

Identificar o meio pelo qual o crime foi cometido, como websites, e-mails ou redes sociais, é o primeiro passo para uma investigação bem-sucedida. No entanto, as evidências digitais geralmente têm formatos específicos e estão interconectadas com outras informações, tornando a coleta e análise de dados um processo complexo. Para superar esses desafios, é crucial investir em capacitação e atualização constante dos investigadores para lidar com o ambiente em constante evolução dos crimes cibernéticos.

5.1 A RELEVÂNCIA DO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

A fase pré-processual da investigação criminal é crucial para a obtenção de elementos que influenciam diretamente nas decisões processuais. No caso dos crimes cibernéticos, essa fase adquire ainda mais relevância devido à complexidade e à natureza volátil das evidências digitais. O inquérito policial, apesar de prescindível para o oferecimento da acusação, é uma etapa essencial para a obtenção de provas tanto para a acusação quanto para a defesa do investigado.

Apesar dos problemas que possam ter, a fase pré-processual (inquérito, sumário, diligências prévias, investigação etc.) é absolutamente imprescindível, pois um processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados básicos do processo penal constitucional (Lopes Jr., 2011, p. 209).

A investigação nesse contexto busca identificar os indícios de autoria e materialidade do crime, porém, dada a possibilidade de o crime ser cometido em qualquer lugar do mundo através de dispositivos informáticos, requer uma abordagem minuciosa e especializada para preservar e analisar as evidências digitais.

5.2 TECNOLOGIA

A investigação de crimes cibernéticos enfrenta inúmeros desafios técnicos que dificultam a identificação dos suspeitos. Um dos principais obstáculos é a localização do agente delituoso, já que o uso de servidores de proxies pode ocultar a verdadeira origem das ações criminosas. Além disso, a falta de conhecimento técnico dos agentes responsáveis pela investigação e a ausência de estruturas organizacionais específicas para lidar com esses crimes são falhas no sistema estatal.

Para Kenski (2003, p. 59) a tecnologia, embora facilite a prática de condutas ilícitas, também se torna um empecilho para os agentes públicos, como no caso do armazenamento de arquivos em serviços de “Cloud Computing”. A criptografia, amplamente utilizada em aplicativos como o WhatsApp, contribui para a preservação da privacidade do indivíduo, dificultando a obtenção de provas durante as investigações. A capacidade técnica dos profissionais da persecução penal é essencial para garantir a eficácia das investigações.

Um exemplo disso é a necessidade de preservação das provas durante o processo investigativo, conforme destacado em um caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Portanto, é fundamental que os profissionais envolvidos na investigação criminal possuam não apenas conhecimento técnico, mas também compreensão do procedimento legal para combater eficazmente os crimes cibernéticos.

5.3 LEGISLAÇÃO

O Direito Brasileiro e a tecnologia estão em constante evolução, mas as leis relacionadas aos cibercrimes não são robustas o suficiente para conter efetivamente esses delitos, pois carecem de precisão técnica e podem ser interpretadas de maneira ambígua, dificultando sua aplicação. Para Silva (2006, p. 133) a segurança jurídica é fundamental para garantir que as relações sociais sejam regidas por normas claras e estáveis, o que requer leis eficazes para proteger os cidadãos contra crimes virtuais.

A proteção de dados não depende apenas da legislação, mas também do comportamento cauteloso dos usuários da internet. Muitas leis existentes são insuficientes para abordar questões específicas do ambiente virtual, como a celebração de contratos online.

São exemplos de normas aplicadas, com a utilização da analogia, aos crimes virtuais: Calúnia (art. 138 do Código Penal); Difamação (art. 139 do Código Penal); Injúria (art. 140 do Código Penal); Ameaça (art. 147 do Código Penal); Furto (art. 155 do Código Penal); Dano (art. 163 do Código Penal); Apropriação indébita (art. 168 do Código Penal); Estelionato (art. 171 do Código Penal); Violação ao direito autoral (art. 184 do Código Penal); Pedofilia (art. 247 da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente); Crime contra a propriedade industrial (art. 183 e ss. da Lei nº 9.279/96); Interceptação de comunicações de informática (art. 10 da Lei nº 9.296/96); Interceptação de E-mail Comercial ou Pessoal (art. 10 da Lei nº 9.296/96); Crimes contra software – “Pirataria” (art. 12 da Lei nº 9.609/98) (Carneiro, 2012, p. 1).

A analogia é muitas vezes utilizada para aplicar leis existentes a crimes virtuais, mas isso pode não ser suficiente, pois os crimes cibernéticos têm características únicas que exigem uma abordagem legislativa específica.

Polegatti e Kazmierczak (2012, p. 8) alertam sobre a necessidade de criar tipos penais ainda não previstos na legislação e que envolvam o mundo virtual, uma vez que não é permitido, em Direito Penal, utilizar analogia em relação às tipificações já existentes. Para Vedovate (2005, p. 13) além dos crimes tradicionais que podem ser cometidos online, há também ilícitos prejudiciais que não são crimes, mas causam prejuízos semelhantes.

“As soluções legais a serem buscadas deverão objetivar a circulação de dados pela Internet, controlando a privacidade do indivíduo sem cercear o acesso à informação” (Atheniense, 2004, p. 1). Portanto, é necessário desenvolver legislação adequada e buscar cooperação internacional para enfrentar eficazmente os desafios dos cibercrimes.

5.4 DIREITO PENAL SIMBÓLICO

O Direito Penal Simbólico está presente em algumas leis brasileiras relacionadas aos crimes cibernéticos. Para Hassemer (1998, p. 27) não cumpre efetivamente seu propósito de proteger os bens jurídicos, mas serve como uma resposta superficial às demandas populares e midiáticas. Essas leis, como a “Lei Carolina Dieckmann”, são criadas em resposta a crimes que ganham grande atenção da mídia, sem abordar as causas reais da criminalidade.

São como “analgésias sociais” (Bauman, 2008, p. 149), oferecendo soluções rápidas para problemas complexos, mas muitas vezes são formuladas de maneira técnica inadequada, tornando-as inaplicáveis na prática. Essa abordagem contradiz o princípio da intervenção mínima, reduzindo a proteção dos bens jurídicos mais importantes.

5.5 INEFICÁCIA DO CRIME DE INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO (154-A DO CÓDIGO PENAL)

A Lei nº 12.737/12, conhecida como Lei Carolina Dieckmann, introduziu os crimes de “invasão de dispositivo informático” no Código Penal Brasileiro, com o objetivo de proteger a intimidade e a privacidade. Esse crime, desencadeado pelo caso envolvendo a atriz Carolina Dieckmann, visa punir a invasão ilegal de dispositivos informáticos com o propósito de obter dados pessoais e realizar chantagens ou extorsões.

Para Nucci (2019, p. 774) apesar da crescente importância dos meios digitais na sociedade moderna, o Código Penal nem sempre acompanha essas mudanças de maneira eficaz. O crime de invasão de dispositivo informático busca punir a violação da privacidade individual ou profissional, em conformidade com o direito constitucional

à intimidade. É considerado um crime de menor potencial ofensivo, sendo possível o acordo de não persecução penal.

5.5.1 Sujeitos do delito

O sujeito ativo do crime de invasão de dispositivo informático, conforme o art. 154-A pode ser qualquer pessoa, não exigindo qualificação específica. A vítima geralmente é o proprietário do dispositivo, seja pessoa física ou jurídica, mas em casos específicos, pode ser quem utiliza o dispositivo para armazenar seus dados. O crime é considerado complexo, pois o legislador não abordou de forma prática a questão da invasão dos dados em si, focando apenas na invasão do dispositivo sem autorização do titular.

5.5.2 Conduta

O crime de invasão de dispositivo informático, previsto nos artigos 154-A e 154-B do Código Penal, tem como objeto material dispositivos capazes de armazenar e processar informações, como computadores, celulares e tablets. A conduta criminosa consiste em invadir indevidamente tais dispositivos, seja violando mecanismos de segurança, seja instalando vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. A ausência de dispositivo de segurança ou seu não acionamento pelo titular do dispositivo impede a configuração do crime. Além disso, o crime também abrange a produção, distribuição ou venda de programas de computador com o intuito de permitir a prática da invasão. A conduta exige dolo, ou seja, a vontade consciente de invadir o dispositivo alheio.

5.5.3 Consumação e tentativa

O crime de invasão de dispositivo informático configura-se como um crime formal, consumando-se no momento em que o agente realiza a invasão do dispositivo, seja por violação indevida ou instalação de vulnerabilidades, independentemente de estar conectado à internet. Para Greco (2015) a tentativa é possível, pois o crime é plurissubsistente, exigindo a presença de múltiplos sujeitos ativos, e pode ocorrer

tanto na invasão direta quanto na produção, distribuição ou venda de programas com o intuito de cometer o delito.

5.5.4 Ação Penal

O crime de invasão de dispositivo informático, regulado pelos artigos 154-A e 154-B do Código Penal, requer representação da vítima para ação penal, salvo em casos específicos de crimes contra a administração pública ou empresas concessionárias de serviços públicos. A legislação, embora tenha sido uma resposta às demandas populares, apresenta lacunas e ambiguidades que dificultam sua aplicação efetiva.

Para Granato (2015, p. 36) a redação confusa e a falta de previsão adequada para diferentes situações geram incertezas na prática forense e evidenciam a necessidade de uma abordagem mais cuidadosa na formulação de leis, garantindo princípios democráticos e plurais. O imediatismo na criação de dispositivos penais e a falta de penas adequadas podem comprometer a eficácia do sistema jurídico e não oferecer a devida proteção aos cidadãos contra crimes cibernéticos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A revolução tecnológica proporcionada pela Internet trouxe benefícios à sociedade, mas também aumentou a vulnerabilidade aos crimes cibernéticos. A falta de uma legislação robusta para combater esses delitos torna o ambiente digital propício para práticas ilegais. A análise realizada neste trabalho abordou a vulnerabilidade da população diante do mau uso dos meios digitais, a falta de eficácia das leis existentes e os desafios enfrentados na investigação e persecução dos crimes cibernéticos.

A ausência de um arcabouço normativo sólido dificulta a prevenção e punição desses delitos, criando um ambiente virtual muitas vezes desprotegido e sujeito à impunidade. A legislação existente carece de efetividade, sendo muitas vezes superficial e incapaz de acompanhar a rápida evolução tecnológica. Isso resulta em lacunas e ambiguidades que prejudicam a investigação e persecução dos crimes cibernéticos.

A análise detalhada das leis e decretos relacionados aos crimes cibernéticos revelou suas limitações e deficiências, destacando a necessidade de uma abordagem mais cuidadosa na formulação de leis nessa área. A falta de conhecimento tecnológico por parte das autoridades policiais também representa um obstáculo significativo na identificação e punição dos criminosos virtuais.

A legislação relativa à invasão de dispositivo informático exemplifica os desafios enfrentados na criação de leis eficazes para combater os crimes cibernéticos. A redação imprecisa e a falta de previsão para diferentes situações contribuem para a ineficácia dessas normas.

Para enfrentar esses desafios, é necessário um reforço na legislação, com penas mais severas e uma abordagem mais abrangente para cobrir todas as formas de crimes cibernéticos. Além disso, é fundamental investir na capacitação das autoridades policiais e na criação de estratégias eficazes de prevenção e combate aos crimes virtuais.

Em suma, a pesquisa realizada visa alertar para a importância de uma legislação adequada e eficaz para enfrentar os desafios dos crimes cibernéticos. A proteção da sociedade contra esses delitos requer uma abordagem integrada e uma resposta robusta por parte do Estado.

REFERÊNCIAS

1. ALMEIDA, Jessica. Crimes Cibernéticos. **Periódicos do Grupo Tiradentes**. Aracaju, v. 2, n. 3, mar. 2015.
2. ATHENIENSE, Alexandre. **Crimes virtuais, soluções e projetos de Lei**. DNT. 2004. Disponível em: <http://www.dnt.adv.br/noticias/direito-penal-informatico/crimes-virtuais-solucoes-e-projetos-de-lei/>. Acesso em: 5 abr. 2024.
3. BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
4. BORGES, Fabiani. **Terrorismo Cibernético e a Proteção de Dados Pessoais**. 2015. Disponível em: <https://fabianiborges.jusbrasil.com.br/artigos/218335957/terrorismo-cibernetico-e-a-protecao-de-dados-pessoais>. Acesso em: 6 abr. 2024.
5. BRASIL. **Lei nº Lei 11.829, de 25 de novembro de 2008**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11829.htm. Acesso em: 2 abr. 2024.
6. BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 2 abr. 2024.
7. BRASIL. **Lei nº 12.735, de 30 de novembro de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12735.htm. Acesso em: 3 abr. 2024.
8. BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 6 abr. 2024.

9. BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 6 abr. 2024.
10. BRASIL. **Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm. Acesso em: 6 abr. 2024.
11. BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 6 abr. 2024.
12. BRASIL. **Lei nº 14.132, de 31 de março de 2021**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14132.htm. Acesso em: 6 abr. 2024.
13. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 abr. 2024.
14. BRASIL. **Código Penal Brasileiro, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 1 abr. 2024.
15. BRASIL. **Decreto nº 10.222, de 5 de fevereiro de 2020**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10222.htm. Acesso em: 5 abr. 2024.
17. CABETTE, Eduardo. O novo crime de invasão de dispositivo informático. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 fev. 2013. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2013-fev-04/eduardo-cabette-crime-invasao-dispositivo-informatico>. Acesso em: 20 mar. 2024.

18. CARVALHO, Freedy. **Você na era digital: os desafios da revolução da comunicação**. 2014. Disponível em: <http://www.mk2.com.br/mk2/voce-na-era-digital-os-desafios-da-revolucao-na-comunicacao.asp>. Acesso em: 7 mar. 2024.
19. CARNEIRO, Adeneele. Crimes Virtuais: Elementos Para uma Reflexão Sobre o Problema na Tipificação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 15, n. 99, abr. 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20.11529. Acesso em: 25 mar. 2024.
21. CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
22. COSTA, Ana Maria Nicolaci da. **Na malha da rede: Os impactos íntimos da internet**. Rio de Janeiro: Campus, 1998.
23. CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais**. In Revista Eletrônica do CEJUR, v. 1, n. 4, 2009.
24. DESLANDES, Maria; ARANTES, Álisson. A extensão universitária como meio de transformação social e profissional. In: **Sinapse Múltipla**, v. 6, n. 2, p. 179-183, 2017.
25. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no Meio Ambiente Digital**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
26. GRANATO, Fernanda Rosa de Paiva. **A influência do discurso midiático e do clamor popular na recente produção legislativa penal brasileira: os delitos eletrônicos e a Lei 12.737/12 (Lei Carolina Dieckmann)**. 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/5778>. Acesso em: 4 abr. 2024.
27. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. v. 2.

28. GRECO FILHO, Vicente. **Algumas observações sobre o direito penal e a internet**. Boletim do IBCCrim, São Paulo: IBCCrim, n. 95, ano 8, out. 2000. p. 3.
29. HASSEMER, Winfried. Preservação do ambiente através do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 26-35, abr./jun. 1998.
30. INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. **Crimes na Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
31. KENSKI, Vani Moreira. **Tecnologias e ensino presencial e a distância**. 2. ed. São Paulo: Papyrus, 2003.
32. LEMOS, André. **Cibercultura**. 2023. Disponível em: <http://www.facom.ufba.br/ciberpesquisa>. Acesso em: 5 abr. 2024.
33. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1.
34. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no direito penal**. São Paulo: RT, 2000.
35. MALAQUIAS, Roberto Darós. **Crime Cibernético e prova: A investigação Criminal em Busca da Verdade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.
36. MEDEIROS, Assis. **Hackers: entre a ética e a criminalização**. Florianópolis: Visual Books, 2002.
37. MOTTA, Sérgio, 1996, "Comitê gestor". **Folha de São Paulo**, São Paulo, 16 jun. 1996. Disponível em: <https://www.cg.org.br/infoteca/artigos/artigo8.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

38. MOLES, Ramón J. Território, tempo y estructura del ciberespacio. In: **Derecho y control em Internet**. España: Ariel Derecho, 2000.
39. NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
40. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.
41. NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
42. PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
43. PEREIRA, Maria de Assunção do Vale. **Textos de direito internacional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
44. PINHEIRO, Patrícia Peck. **Regulamentação da Web**. Cadernos Adenauer XV, Rio de Janeiro, n. 4, p. 33-44, out. 2014. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/16471-1442-5-30.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2024.
45. POLEGATTI, B. C.; KAZMIERCZAK, L. F. **Crimes Cibernéticos: O Desafio do Direito Penal na Era Digital**. Ourinhos: Millennium, 2012.
46. RECUERO, Raquel. **Redes sociais**. Para entender a internet: noções, práticas e desafios da comunicação em rede, organizado por SPYER. 2009. Disponível em: http://forumeja.org.br/sites/forumeja.org.br/files/para_entender_a_internet.pdf. Acesso em: 27 mar. 2024.
47. REINALDO FILHO, Demócrito. A pornografia infantil virtual e as dificuldades para combatê-la: o caso do "Second Life". **Revista IOB Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 7-15, dez/jan. 2008.

48. ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.
49. SIQUEIRA, Marcela. **Crimes Virtuais e a Legislação Brasileira**. 2017.
Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/229767447.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2024.
50. SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.
51. SOUZA NETO, P. A. de. **Crimes de Informática**. Itajaí: Letras Jurídicas, 2009.
52. SYDOW, Spencer Toth. Delitos informáticos próprios: uma abordagem sob a perspectiva vitimodogmática. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-15062011-161113/pt-br.php>. Acesso em: 20 mar. 2024.
53. VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados**. Curitiba: Juruá, 2003.
54. VEDOVATE, Ligia. Contratos Eletrônicos. **Revista Intertemas**, v. 10, n. 10, Presidente Prudente-SP: Toledo, 2005.

MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: análise sobre o impacto no sistema judiciário brasileiro.

Jean Carlo Ballejos Chagas³
Marlene Pereira Borba Cahú⁴

RESUMO

Este presente trabalho tem o condão de analisar os impactos sociais dos métodos adequados para a consumação da autocomposição no meio Judiciário, através da identificação e conceituação dos instrumentos existentes nesse tipo de resolução de lide. Bem como visa ressaltar a importância da utilização e disseminação dessas técnicas autocompositivas para que haja uma maior celeridade, transparência, com o efetivo acesso à justiça, com o intuito precípua de promover a paz social, esta que já se traduz no prefácio da Constituição Federal Brasileira. Outrossim, este artigo científico pretende discutir, além da aplicabilidades desses métodos autocompositivos, identificar e demonstrar através de quadros sinópticos extraídos dos relatórios anuais do Conselho Nacional de Justiça a efetividade e o crescimento número de resoluções de conflitos com a utilização dessas técnicas, fazendo uma conclusão comparativa das benesses que esses institutos agregaram no ordenamento jurídico, e que enfatiza a necessidade de maior propagação da cultura da pacificação social.

Palavras-chaves: Solução de conflitos. Conciliação. Mediação. Autocomposição.

ABSTRACT

This present work has the power to analyze the social impacts of the adequate methods for the consummation of the self-composition in the Judiciary environment, through the identification and conceptualization of the existing instruments in this type of dispute resolution. It also aims to emphasize the importance of using and disseminating these self-composition techniques so that there is greater speed, transparency, with effective access to justice, with the main purpose of promoting social peace, which is already reflected in the preface of the Brazilian Federal Constitution. Furthermore, this scientific article intends to discuss, in addition to the applicability of these self-compositional means, to identify and demonstrate, through synoptic tables taken from the annual reports of the National Council of Justice, the effectiveness and the growing number of conflict resolutions with the use of these techniques, making a conclusion comparison of the benefits that these institutes have added to the legal system, and which emphasizes the need for greater propagation of the culture of social pacificatio

Keywords: Conflict resolution. Conciliation. Mediation. Self-composition

³ Graduando em Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba (UNIESP).

⁴ Mestra. Professora em Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba (UNIESP). E-mail: Marlene.cahu@hotmail.com.

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo tratar sobre a importância da implementação das políticas de novos métodos adequados de solução de conflitos interpessoais gerados na sociedade e que acabam por desaguar no âmbito judiciário.

Para tanto, é notório o saber que com o crescimento populacional há também um aumento nos conflitos sociais que acabam refletindo em uma elevação na busca do poder judiciário para a solução destes embates. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o tempo médio de duração de uma ação no primeiro grau é de 5 anos e 11 meses na fase de execução no 1º grau de jurisdição, considerando o aumento nas demandas e a notável morosidade do judiciário, muitas vezes em virtude da complexidade do caso, tornou-se imperioso que se criassem métodos para tornarem os processos mais céleres, ou ainda, conseguir resolver os conflitos sem a necessidade do ajuizamento de uma ação.

Ciente de tal necessidade, o ordenamento jurídico incorporou na reforma do Código Civil de 2002, através do artigo 334, a previsão para aplicação dos métodos adequados de solução de conflitos, no entanto, as técnicas foram regulamentadas em 2015 através da lei 13.140/2015 que efetivamente deu início a prática e do Novo Código de Processo Civil, contudo, mesmo antes desses marcos legais, o CNJ, editou a resolução 125/2010 que trata da Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. Portanto, desde 2010 e a partir dessa implementação normativa, o CNJ vem realizando campanhas com o intuito precípua de enfatizar as vantagens e benefícios acerca da solução pacificadora dos conflitos, bem como ressaltar a importância dos papéis do Conciliador e Mediador, diante da resolução dos conflitos ou controvérsias existentes entre as partes, sem que houvesse a possibilidade da ingerência da intervenção estatal através da figura imperativa do magistrado. Ao passo que, essas mesmas campanhas vieram para estimular o Judiciário utilizar e expandir as práticas conciliatórias, como também as mediatárias, promovendo a cultura pacificadora para a população local, através da preferência na construção de um acordo razoável ante a prolação de uma sentença, a qual apenas o magistrado terá o seu livre convencimento fundamentado no acervo probatório acostado aos autos.

Ademais, percebe-se que essa regulamentação deu início à efeitos positivos nas soluções das lides desde nas searas familiar, comunitárias, escolares, empresariais, trabalhistas, penais, ambientais até nas internacionais. Dessa forma, VASCONCELOS, 2008 corrobora com esse entendimento dizendo que:

[...] Uma nova advocacia que vem surgindo com tal mudança de cultura. Que alia esses novos conhecimento e práticas aos conhecimentos e práticas de um processo tradicional, que também se renova. [...] Assim, alarga-se o caminho para um diálogo interdisciplinar na solução de conflitos, sem qualquer risco para os operadores do direito. Eis aí uma possibilidade de otimização dos serviços profissionais. Esse é o desafio que exigirá de todos nós uma nova leitura do conflito, fora ou no âmbito do Poder Judiciário. (VASCONCELOS, 2008, p.16)

Verifica-se que os efeitos gerados através dessa implementação inovadora que ocorre no ordenamento jurídico, se perfaz na restauração da paz social, nos baixos custos, na curta duração das pendências processuais, na obtenção de soluções eficientes, entre outros.

Entretanto, diante desses efeitos, não quer dizer que haverá a exclusão dos métodos clássicos para solução das lides judiciais, pois ainda sim, em alguns casos é necessário que ainda haja uma maior discussão sobre o objeto *sub judice*, devido a sua complexidade e controvérsias oriundas de cada discussão jurídica.

Não obstante, o presente trabalho também preceitua analisar os impactos sobre a implementação dos novos métodos alternativos de solução das lides que vem insurgindo com novo CPC/2015 e principalmente pela Resolução nº 125/2010, pois verifica-se que à medida que há um crescimento populacional na sociedade, traz intrinsecamente um aumento no surgimento das lides interpessoais, que desta forma, implicará num abarrotamento processual dentro do Judiciário.

Ou seja, a problemática oriunda do excesso de processos ativos no Judiciário acarretará efeitos negativos nas searas econômicas, sociais e políticas, uma vez que o aumento de processos pendentes de solução traz consigo uma insatisfação social, um aumento nas despesas econômico-financeiras do Judiciário e uma demora imensurável na resolução das lides, e que no fim implicará no atraso da apreciação e julgamento dos processos.

Tal estudo analítico mister se faz, pois esse objetivará a importância da adoção de outros mecanismos alternativas para as soluções dos conflitos judiciais, como

forma de desobstruir o andamento processual, promovendo uma celeridade nas resoluções judiciais, uma vez que o primor do Direito é a solução definitiva, pacífica e equitativa das lides interpessoais. Além de abrir frente para a evolução da comunidade jurídica e judicial frente as novas posições político-sociais que vem surgindo no nosso ordenamento. Ademais, visa destacar a magnitude do papel desses novos métodos de resolução de conflitos, quais sejam judiciais ou extrajudiciais, sendo considerados mecanismos que são capazes de proporcionar mais celeridade e efetividade na constituição de meios alternativos para o devido acesso à justiça, fazendo com que cada cidadão se sinta mais confortável no âmbito judicial, como também tenha seus direitos e garantias fundamentais salvaguardados, incluindo o pleno acesso à justiça e a uma ordem jurídica justa.

Este trabalho tem por método de pesquisa utilizado o descritivo, onde serão usadas as técnicas de análise documental e revisão bibliográfica, com o fito de analisar os impactos e efeitos trazidos pela implementação da Resolução 125/2010 e com o advento do novo CPC/2015, além de propor uma análise quantitativa sobre os métodos alternativos instaurados, fazendo um recorte demonstrativo no âmbito judiciário paraibano.

Portanto, o debate, dessa temática contido nesse artigo científico, tem o intuito de trazer à baila os efeitos das implementações dos novos métodos com a reflexão dos impactos para que haja um novo entendimento hodierno das soluções das lides judiciais, como também enriquecer com os conhecimentos técnicos e específicos para a comunidade acadêmica. Bem como, através das hipóteses levantadas e analisadas enfatizar as significativas transformações em nossos hábitos culturais e do próprio Poder Judiciário.

2. COMPÊNDIO HISTÓRICO-PROCESSUAL DA RESOLUÇÃO JUDICIAL DE CONFLITOS.

É cediço que, historicamente, as instituições de direito são aprimoradas pela História do Direito, e por essa razão mister se faz destacar a linha evolutiva das formas de ingerência do Estado sobre os conflitos sociais existentes, uma vez que esse é o principal detentor do monopólio jurisdicional. Para isso, não basta apenas ratificar que o processo judicial é apenas uma relação jurídica que não abarca os pormenores da

relação jurídica constituída entre os indivíduos, mas sim faz-se precípua afirmar que essa relação jurídica será balizada pela Carta Magna e por conseguinte, e hierarquicamente, pelas demais normas processuais que devem respeitar a Constituição Federal.

Com isso, a contemporaneidade do Direito se concretiza com a constitucionalização do Direito Processual, onde sabe-se que há a incorporação das normas processuais aos textos constitucionais, como se destacam os direitos fundamentais, tratados internacionais de direitos humanos, entre outros temas. A partir dessa fusão e complementação de normas, origina-se a conexão entre o direito processual civil, o qual insere os métodos adequados de solução de conflitos, e o conhecimento dos princípios constitucionais, que juntos empenham-se constituir uma prestação jurisdicional de qualidade e que seja satisfativa para as partes litigantes, com fulcro na concretização e instauração da pacificação social.

Assim, com a interrelação dos indivíduos na sociedade instada, surgem os conflitos sociais oriundos do próprio comportamento humano, que serão ingeridos pelo Direito, através das normas de conduta para preverem tais hipóteses comportamentais. Para GRECO (2009), essa ingerência possui a finalidade da garantia da subsistência de valores necessários, úteis ou convenientes, que devem ser protegidos:

É por meio da sanção que se dá tutela ao conteúdo da norma jurídica caso esta seja descumprida. Essa norma coercitiva denominada sanção pode ser específica ou compensatória. Específica quando o direito está capacitado a fazer ou dar o bem que voluntariamente foi caracterizado pelo indivíduo que descumpriu a regra jurídica e compensatória quando, diante da impossibilidade material ou moral de substituir o bem não alcançado voluntariamente, estabelecem uma compensação em favor do prejudicado. (GRECO, 2009, p.13)

Tal cenário de resolução de conflitos abarca mecanismos que tutelam bens e valores para salvaguardar os interesses dos indivíduos através da regulamentação dos procedimentos para que se constitua uma convivência harmônica em uma sociedade. Por isso que o Direito está para resolver os conflitos, bem como evitar que esses conflitos se instaurem na sociedade.

Partindo dessa contextualização, sabe-se que o processo deve ser

compreendido como um conjunto de objetivos jurídicos, sociais e políticos, onde deverá ser utilizado pelo direito objetivo para aplicar ao caso concreto a lei destinada para aquele fim. Em outras palavras, o processo se conceitua como sendo, para Cintra, Grinover e Dinamarco (2005):

Processo é conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não-estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, processos das sociedades mercantis para aumento de capital etc.). (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005. p. 286).

E é através da instauração do processo judicial que as partes garantem seus direitos, dentre eles o direito de ação, também conhecido como direito a jurisdição ou mormente reconhecido como princípio do acesso à justiça, que em outras palavras pode ser traduzido do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, como o acesso ao poder judiciário para apresentar o caso concreto e decorrência a instituição de órgãos jurisdicionais com competência para julgar no país.

Nesse diapasão, verifica-se que o acesso à justiça, como procedimento, se perfaz na relação direta com a tutela específica de direito, onde as partes ao ingressarem com uma ação não possuem a nítida certeza de que o resultado será dado ao seu questionamento, sendo positivo ou negativo ou célere. E ainda, as mesmas partes não conseguem mensurar se o tempo processual terá um prazo razoável para sua conclusão, sem que haja delongas na obtenção do resultado. Em suma e modernamente, o acesso à justiça significa, em outras palavras o acesso a uma ordem jurídica justa.

Dito isso, Pinho e Paumgarten (2015) afirmam que:

“A sociedade contemporânea vive em crise e, juntamente com ela, as instituições estatais. O Estado abarcou uma serie de atribuições, mas não está conseguindo, com eficiência e como era de se esperar, desvencilha-se das mesmas, cumprindo seu dever legal. Não é a toa que muito se fala nas mudanças de paradigmas [...]” (RUIZ, 2005, p. 75).

Tendo em vista essa problemática, ora instada, compele, portanto, ter essa mesma análise quando a sociedade passa por transformações implacáveis e

ininterruptas, pois conclui-se que com a modernização social, a Justiça Brasileira se encontra em situação de urgência pelo fato de haver um crescente congestionamento de processos devido a alta demanda de ingresso no âmbito judicial.

3. MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO JUDICIAL.

Como fora dito anteriormente, diante do abrupto crescimento social, conjuntamente com o crescente número de reivindicações quanto ao acesso à justiça e realidade dos instrumentos jurisdicionais, os quais estão tendentes à ineficácia no atendimento satisfatório e célere das demandas, mister se faz enfatizar da necessidade de encontrar meios ou métodos alternativos que supram essa deficiência jurídica. Pois, sabe-se que o Judiciário possui uma extensa demanda de processos que contribuem para a demora e morosidade processual. Desta forma, será abordado a seguir a conceituação e contextualização de tais métodos, quais sejam a conciliação, mediação e a arbitragem, como mecanismos de solução de conflitos.

3.1 DA CONCILIAÇÃO.

Os métodos adequados de solução de conflitos são essenciais para dirimir tal congestionamento, porque eles são os meios de resolução de uma lide sem a imposição do poder judiciário, feitos através da autonomia da vontade das partes envolvidas com o auxílio de um terceiro, cuja imparcialidade não impõe decisões sobre as questões discutidas.

Dessa forma, a lei processual não limita os Métodos Adequados de Solução de Conflitos, no entanto o ordenamento jurídico priorizou apenas conciliação e mediação como autocompositivos em seu escopo, sem desprezar de forma genérica a possível aplicação de outros sistemas que possam vir a surgir.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução

consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Embora muito semelhantes, os métodos têm particularidades que os definem como únicos, por exemplo, a mediação tem como maior objetivo a restauração do vínculo social que havia entre as partes antes do conflito, já a conciliação, embora também tenha essa abordagem, foca principalmente na solução da lide. Conforme André Jannis na revista Politize, o conceito de conciliação é: “as partes litigantes buscam, por meio de uma terceira pessoa imparcial, chamada de conciliador, obter um acordo que seja benéfico aos dois lados;”.

Percebe-se que conceitualmente o foco da conciliação é a solução do objeto do conflito através de uma autocomposição, normalmente não é aplicado em casos que se necessite uma restauração do vínculo social entre as partes.

Dito isso, o art. 165, §2º do CPC/15 disciplina alguns requisitos a serem seguidos para então haver a atuação do conciliador nas sessões, quando diz:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Tais regramentos legais são fundamentais para que os princípios constitucionais, a exemplo da imparcialidade na questão, sejam resguardados para promover o pleno direito às partes, bem como a garantia ao acesso à justiça, como fora mencionado acima, que se constitui no acesso a ordem jurídica justa.

3.2 DA MEDIAÇÃO.

É cediço que, assim como a conciliação, a mediação está instituída para ser um mecanismo ou forma de uma negociação de conflitos facilitada, ou seja, as partes

por livre e espontânea vontade aceitam que um pacificador (mediador) auxilie na resolução da situação, tendo como baliza o princípio da imparcialidade na sua atuação.

Assim, na mediação o mesmo autor (Jannis, 2016) define como:

“Mediação: é muito semelhante à conciliação, porém o terceiro imparcial neste caso não interfere em uma possível saída, apenas ajuda as partes a restabelecerem a comunicação entre elas, as quais deverão encontrar sozinhas uma solução plausível. É aplicada para casos mais complexos, enquanto a conciliação em casos mais simples;”

Notadamente o foco da mediação é a restauração do vínculo social e, caso possível, o afetivo, ainda que de forma mínima, que havia entre as partes e foi prejudicado em virtude do conflito. Via de regra este método é utilizado na resolução em lides cujas partes são familiares, vizinhos ou que tenha algum tipo de convívio social.

Embora não tenha poder decisório, o mediador tem um papel fundamental no sucesso deste método, pois sua postura, aplicação de técnicas e desempenho na condução da audiência é que podem levar as partes a reestabelecerem seus laços afetivos, por tanto é de suma importância que o desenvolvedor deste papel tenha aptidão para executá-lo, sua análise durante a aplicação das técnicas deve estar sempre atento às reações das partes e estar sempre pensando a frente do que acontece, conforme Vasconcelos (2008, p. 30): “A mediação de conflitos e as práticas restaurativas devem ser aplicações do novo paradigma, a partir do pensamento sistêmico, é de grande importância na formação dos mediadores de conflitos.”

Assim, é de vital necessidade que as audiências sejam presididas por um terceiro alheio, como fora explicitado acima, a causa, imparcial e com capacidade de ouvir as partes a fim de promover a solução de cada lide apresentada em audiência, conforme preceitua o art. 165, §3º do CPC/15:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas

destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Dentro do ordenamento jurídico, existe algumas técnicas desenvolvidas pelos mediadores durante as audiências, e que podem ser utilizadas também nas sessões de conciliação, quais sejam: escuta ativa, parafraseamento, rapport, caucus e brainstorming. A técnica de escuta ativa consiste no método de comunicação que se destina a escutar atentamente o interlocutor e observar todas as suas expressões corporais, com o fito de compreender melhor o que realmente está sendo expresso no momento, para que após esse entendimento o mediador consiga ter uma perspectiva mais apurada na hora da sua atuação.

Já a técnica do parafraseamento refere-se a uma reformulação de frases ditas pelas partes sem haver nenhuma alteração no seu sentido original, onde o mediador utiliza sinônimos, faz resumos de ideias principais e reorganiza todo o conteúdo dito a fim de torná-lo mais claro para todos os participantes da sessão. Essa técnica, também tem o condão de reduzir as tensões durante as negociações, pois consegue neutralizar uma fala ao substituir termos com entonações mais agressivas por termos semânticos mais eufêmicos.

Outra técnica abordada é a *rapport* que tem a finalidade de tornar uma negociação mais difícil em mais simples, pois consegue criar um sentimento de empatia entre os participantes, dirimindo qualquer ponto de resistência na relação. A utilização dessa técnica faz com que o mediador consiga ganhar mais confiança das partes, facilitando o enriquecimento do diálogo aberto e rico em informações que serão capazes de auxiliar no processo de autocomposição. Outros pontos característicos do *rapport* são de facilitar a instrução do processo para as partes, bem como no aumento do compromisso em relação ao procedimento.

Por outro lado, tem-se a técnica *caucus*, que consiste numa estratégia em que o mediador prepara uma reunião separada com cada parte litigante para criar uma relação mais próxima e confiável, e por conseguinte compreender as necessidades e

pontos de vista de cada um, para que ele consiga manter o equilíbrio dos ânimos e reunir as informações mais relevantes para o início das negociações.

Por fim a última técnica utilizada nas sessões de mediação, é o brainstorming, que busca estimular as partes, na sua vez de fala, expor suas ideias e sugestões a respeito de um ponto relatado, buscando debater esse tema e conseguir construir um consenso entre as partes.

Diante do que foi discutido sobre a mediação e conciliação, os doutrinadores abaixo prelecionam que:

Mediação e conciliação são formas de solução de conflitos pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial, com função de auxiliar as partes a chegar à autocomposição. Ao terceiro não cabe resolver o problema, como acontece na arbitragem: o mediador/conciliador exerce um papel de catalisador da solução negocial do conflito. (DIDIER Jr.2015 p.275).

Não concordamos com a ideia de uma mediação ou conciliação obrigatória. É da essência desses procedimentos a voluntariedade. Essa característica não pode ser jamais comprometida, mesmo que sob argumento de que trata de uma forma de educar o povo e implantar uma nova forma de política pública. (Humberto Dalla, 2011, p.229)

Contudo, como foi dito anteriormente, o mediador não poderá oferecer sugestões para as partes durante as sessões, pois cabem as partes construírem um acordo face aos diálogos estabelecidos durante a audiência. Entretanto, sabe-se que sendo uma audiência de livre e espontânea vontade as partes não possuem obrigatoriedade de promover um acordo de imediato, pode a qualquer tempo suspender, ou desistir do litígio ou até mesmo de retomar as negociações, sem que haja prejuízo processual. Pois, a principal característica e objetivo desse tipo de audiência, é promover o restabelecimento do diálogo entre as partes, para que elas mesmas consigam resolver as questões controversas sem haver a ingerência direta do Poder Judiciário.

3.1 DA ARBITRAGEM.

Igualmente, a conceituação e definição do instituto da arbitragem como mecanismo extrajudicial de solução de conflitos, embora heterocompositivo, se perfaz no método mais utilizado entre partes de um contrato, onde eles elegem um árbitro

para ser o juiz de fato e de direito conferindo a este a jurisdição privada. Conforme podemos ver na definição de André Jannis na revista Politize, em 3 de agosto de 2016:

Arbitragem: as partes litigantes estabelecem que o conflito será decidido de forma impositiva por um terceiro, que será um árbitro. Isso torna a arbitragem muito semelhante a um processo judicial, mas ao invés da morosidade do Judiciário, as partes dependem de uma Câmara Arbitral, uma espécie de “tribunal privado”, no qual o julgador não necessariamente é um bacharel em direito, podendo ser também alguém com experiência na área relacionada ao conflito (por exemplo, engenharia civil, engenharia mecânica, contabilidade, medicina, administração etc.).

Assim, entende-se que na arbitragem as partes através de uma convenção privada, outorga poderes a terceiros, que poderá ser por colegiado ou árbitro único, para dirimir as questões controversas sem a ingerência Estatal, onde irá se constituir uma decisão fundamentada, munida de relatório, motivação e dispositivo, respeitando o art. 26 da Lei nº 9.307/96, a qual terá uma eficácia de sentença judicial.

Para elucidar o procedimento de arbitragem tem-se os seguintes artigos da Lei 9.307/96 que disciplinam e orientam como devem ser os procedimentos a serem seguidos, assim tem-se:

Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

§ 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

§ 2º A instituição da arbitragem interrompe a prescrição,

retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

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

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Como se verifica, a Lei de Arbitragem, assim conhecida popularmente, traz em seu escopo os requisitos e as dinâmicas estabelecidas que devem ser seguidas durante as audiências, como se vê abaixo, quando as partes pleitearem sobre a nulidade ou invalidade da convenção de arbitragem instada:

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

§ 1º Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Já a sentença arbitral será regida pelo artigo 26 da mesma lei que dispõe de requisitos obrigatórios para a sua confecção, tais como:

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Em contrapartida, a arbitragem tem sua aplicação mais voltada em contratos, focando exclusivamente na solução do conflito, sem análise de vínculos sociais. Para tanto tem-se o ensinamento do professor TIMM (2009) quando afirma que:

“A arbitragem é uma modalidade não estatal de exercício de jurisdição, isto é, de julgamento de conflitos emergidos das partes envolvidas em uma relação contratual de caráter econômico, ou patrimonial, como prefere o legislador, por um ente privado, chamado de árbitro, que, por sua vez substitui a figura do juiz estatal. E é justamente nesse sentido que a arbitragem se diferencia da mediação. [...] Com efeito, na arbitragem, um terceiro imparcial julga vinculativamente o litígio surgido como se magistrado fosse, por meio de um procedimento semelhante ao judicial, com direito a ser citado, produzir defesa, ouvir testemunha, requerer perícias, etc.” (TIMM, 2009, p.45)

Por fim, sabe-se que a arbitragem é caracterizada pela informalidade, por ser um método alternativo ao Poder Judiciário, mas que oferece decisões ágeis e técnicas precisas para dirimir as controvérsias, pois é através desse método que os árbitros emitem decisões com força de sentença judicial, promovendo assim um desafogamento processual no âmbito da justiça brasileira.

4. OS REFLEXOS DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO JUDICIÁRIO.

Diante da narrativa apresentada de que inúmeras são as dificuldades encontradas pelo Judiciário brasileiro pelo aumento do número e da complexidade dos conflitos, bem como a morosidade da prestação jurisdicional, além do excesso de formalismo que tende, precipuamente, prejudicar as partes, pois essas resoluções litigiosas podem se estender por anos, fazendo muitas vezes com que o direito da parte já não valha ou atenda à necessidade mormente exigida anteriormente. Em outras palavras, o direito caduca na sua essencialidade.

Assim, verifica-se, inicialmente, que os reflexos trazidos com a implementação desses novos institutos, são evidentemente positivos para a resolução dos conflitos gerados na sociedade, pois cada método alternativo traz consigo o escopo do princípio da celeridade e economia processual, uma vez que eles atuam de forma a dar rapidez no processo de cognição processual e seu devido exaurimento, gerando então uma economia nos gastos internos dentro do âmbito judiciário com a demora nos julgamentos de cada processo. Assim segue a tabela que ilustra o ano base de 2020 nas pesquisas realizadas pelo CNJ:

Figura 01- Classificação dos tribunais de justiça estadual segundo o porte.

Tabela 1 - Classificação dos tribunais da Justiça Estadual segundo o porte, ano-base 2020								
GRUPO		TRIBUNAL	ESCORE*	DESPA TOTAL	CASOS NOVOS	CASOS PENDENTES	MAGISTRADOS(AS)	SERVIDORES(AS)
1º Grupo: Grande Porte	1	TJ - São Paulo	4,318	12.088.192.307	4.456.839	19.432.935	2.620	65.179
	2	TJ - Minas Gerais	1,140	6.396.561.674	1.428.480	3.940.277	1.085	27.334
	3	TJ - Rio de Janeiro	1,086	4.629.690.694	1.461.530	7.897.304	877	24.629
	4	TJ - Paraná	0,599	2.723.588.046	1.281.624	3.754.090	929	18.592
	5	TJ - Rio Grande do Sul	0,508	3.813.727.897	1.095.931	3.035.797	759	16.603
2º Grupo: Médio Porte	1	TJ - Bahia	0,382	3.609.165.217	1.157.794	3.498.709	572	11.977
	2	TJ - Santa Catarina	0,153	2.403.147.285	824.227	2.373.108	532	13.253
	3	TJ - Goiás	-0,048	2.506.777.721	524.231	1.622.288	359	11.199
	4	TJ - Pernambuco	-0,053	1.738.934.001	513.078	1.721.578	546	9.958
	5	TJ - Distrito Federal e Territórios	-0,115	2.998.546.593	333.294	673.846	381	9.847
	6	TJ - Ceará	-0,224	1.353.992.697	360.972	1.108.983	447	7.849
	7	TJ - Mato Grosso	-0,270	1.716.265.770	374.117	886.821	276	7.955
	8	TJ - Maranhão	-0,305	1.359.736.792	319.473	1.074.710	353	5.815
	9	TJ - Pará	-0,329	1.207.973.771	242.059	1.097.064	325	6.798
	10	TJ - Espírito Santo	-0,339	1.501.183.499	200.004	902.469	317	6.134

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021 <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>

Imagem 2 – Classificação dos tribunais de justiça estadual segundo o porte.

3º Grupo: Pequeno Porte	1	TJ - Mato Grosso do Sul	-0,388	1.057.896.970	398.321	1.002.605	206	4.877
	2	TJ - Paraíba	-0,441	768.317.934	212.859	677.901	268	5.214
	3	TJ - Rio Grande do Norte	-0,457	901.181.131	256.756	461.428	250	4.061
	4	TJ - Amazonas	-0,486	729.858.613	265.291	757.394	200	3.231
	5	TJ - Piauí	-0,523	655.989.518	176.533	552.093	200	3.247
	6	TJ - Sergipe	-0,526	619.049.215	222.848	370.337	158	4.227
	7	TJ - Rondônia	-0,534	776.494.944	240.253	335.533	137	3.302
	8	TJ - Alagoas	-0,536	570.893.257	249.230	506.287	150	3.201
	9	TJ - Tocantins	-0,560	657.852.734	176.405	414.087	133	3.028
	10	TJ - Amapá	-0,671	339.842.211	58.409	95.406	84	1.647
	11	TJ - Acre	-0,681	294.371.209	49.299	95.521	62	1.980
	12	TJ - Roraima	-0,699	265.609.191	42.723	58.941	56	1.317

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>

Para corroborar, também, com tal preceito, tem-se a tese da pesquisadora SILVA (2005) que afirma:

Com a transformação da sociedade houve também a mudança paradigmática do acesso à justiça, havendo necessidade de tornar efetiva a acessibilidade dos direitos proclamados a todos, o que ocorreu com a valorização do caráter coletivo em detrimento do caráter individualista antes sistematizado. [...] Quando se fala em acesso à justiça, o objetivo direto é tornar efetivo um dos principais e fundamentais direitos do cidadão: o de garantir seus direitos e não apenas garantir sua propositura.' (SILVA, 2005, p.96).

Para tanto, no ano de 2018, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o poder judiciário homologou cerca de 4,4 milhões de acordos entre as partes envolvidas em processos, ou seja, 11,5% de todas as ações que tramitaram na Justiça no mesmo ano. Considerando a morosidade do judiciário uma ação que leva em média 2 anos e 4 meses em varas estaduais, ter mais de 700 mil ações resolvidas na fase pré processual mostra que os métodos alternativos têm um impacto bastante relevante para quem busca seus direitos, sobretudo na justiça do trabalho, onde 24% das ações propostas em 2018 foram resolvidas mais rapidamente através de acordos homologados. Já no ano de 2021, sendo 2020 o ano base para a pesquisa analítica,

o mesmo Relatório afirmou que:

O tempo médio do processo baixado no Poder Judiciário é de 1 ano e 6 meses na fase de conhecimento em primeiro grau de 6 anos e 1 mês na fase de execução no primeiro grau de jurisdição e de 10 meses no segundo grau. Mais uma vez é demonstrado que a fase de execução é a mais demorada, acarretando um grande número de processos pendentes e de acervo processual. O tempo médio de duração do acervo na fase de conhecimento do Poder Judiciário era de 3 anos e 2 meses ao final de 2020. Ao desconsiderar os tempos de suspensão por Repercussão Geral ou Recursos Repetitivos, ou seja, computado o tempo médio entre a data da suspensão/sobrestamento e o último dia do ano de 2020, o tempo médio reduz para 3 anos e 1 mês.

Já no ano de 2019, de acordo com o Relatório Justiça em números de 2019, foram 3,9 milhões de sentenças homologatórias de acordos foram proferidas pela Justiça brasileira, o que representa que 12,5% de processos judiciais foram solucionados via conciliação, política permanente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desde 2006.

Fazendo uma análise comparativa, percebe-se que a cada ano, há um aumento significativo na cultura dos métodos adequados de solução de conflitos, proporcionando uma celeridade processual, e por conseguinte a manutenção das garantias dos direitos adquiridos das partes.

Estima-se que este aumento na aplicação deste método se deve com o surgimento dos centros de conciliação implantados a partir do ano de 2011, fazendo com que tais métodos ganhassem mais visibilidade perante os profissionais do Direito e, aos poucos, desassociando um preconceito existente contra estes métodos, onde muitos pensavam que as soluções alternativas poderiam transmitir a função jurisdicional para as partes, podendo causar perda nos direitos.

Entretanto, no ano de 2020, devido a pandemia instada mundialmente pelo vírus do COVID-19, percebe-se que mais de 2,42 milhões de sentenças homologatórias de acordos foram proferidas pela Justiça brasileira em 2020, apesar das dificuldades com a pandemia da Covid-19. Esse montante representa 9,9% do total de sentenças. Apesar do bom índice, o resultado foi 37,1% menor do que o registrado em 2019. Os dados constam no relatório Justiça em Números 2021 (ano-base 2020) divulgados em 28/09/2020 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

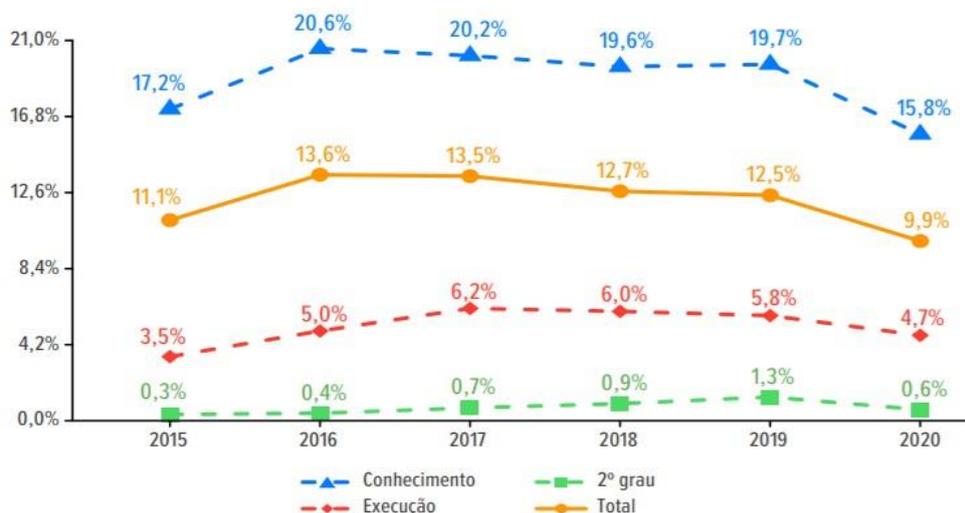
Tais informações são corroboradas quando no Relatório do CNJ extrai-se o seguinte trecho:

Há de se destacar que mesmo com o novo Código de Processo Civil (CPC), que entrou em vigor em março de 2016, tornando obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, em quatro anos o número de sentenças homologatórias de acordo diminuiu 18,8%, passando de 2.987.623 sentenças homologatórias de acordo no ano de 2015 para 2.426.027 em 2020. Em relação ao ano anterior, houve diminuição de 1.431.065 sentenças homologatórias de acordo (-37,1%), provavelmente em decorrência da pandemia da covid-19, que pode ter dificultado a realização de procedimento de conciliação e mediação presenciais ou das técnicas usuais de construção de confiança e espírito de cooperação entre as partes processuais empregadas em audiências presenciais.

Assim segue a figura ilustrativa retirada da análise do Relatório Justiça em Números de 2021 com ano-base de 2020:

Imagem3: Série histórica do índice de conciliação

Figura 133 - Série histórica do Índice de Conciliação



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>

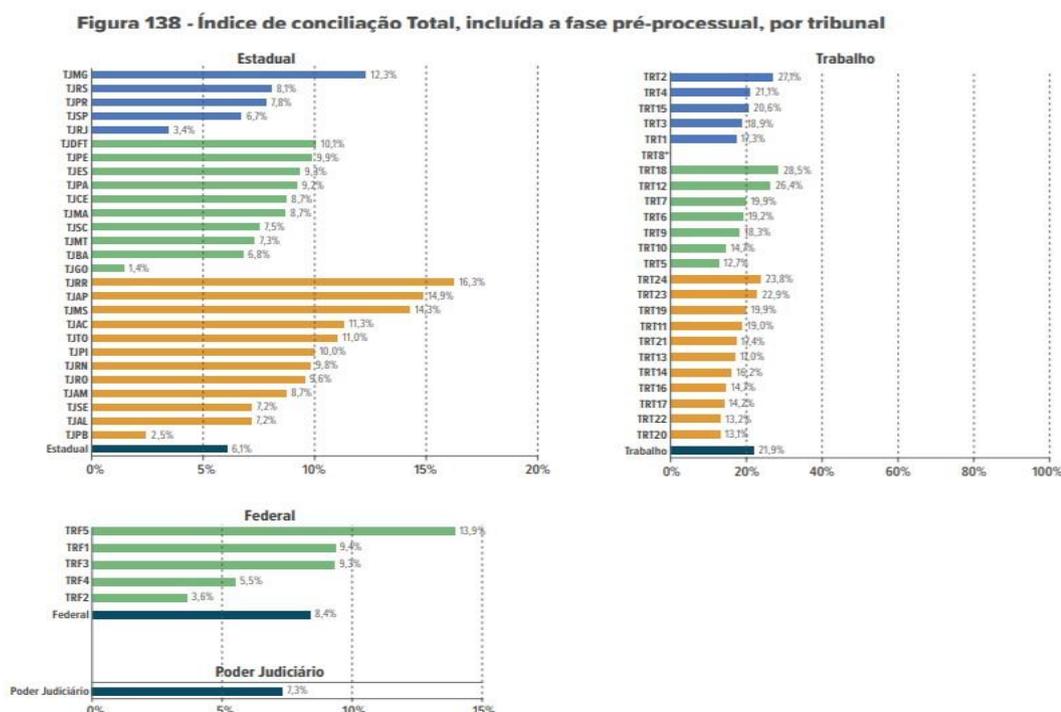
Entretanto, sabe-se que, mesmo com os crescentes incentivos proporcionados pelo Estado, ainda há um certo preconceito em assimilar confiança na utilização

desses métodos pelos cidadãos. E é por essa razão que se faz de fundamental importância que os operadores do direito certifiquem e se habilitem, inicialmente, pela opção utilizar tais mecanismos para resolver as lides instadas para garantir a pacificação social, conforme também ilustrado pela professora Figueiredo (2015):

Advogados e defensores públicos tem o importante papel ético de auxiliar as partes na compreensão adequada dos limites e possibilidades de suas pretensões, cumprindo a fundamental exigência deontológica da prevenção à formulação de demandas temerárias ou abusivas, dissociadas do postulado ético-jurídico da boa-fé e seus consectários lógico necessários, (FIGUEIREDO, 2015, p.07).

Outrossim, verifica-se que ao longo da aplicação da mediação, conciliação e arbitragem, se mostrou uma alternativa justa, célere e menos onerosa para as partes que buscam a justiça, fazendo com que se popularizassem ainda mais ao longo dos anos, a partir de sua criação, como se vê no quadro ilustrativo abaixo, que delinea perfeitamente a crescente transformação da cultura da autocomposição nas lides judiciais.

Imagem 4: Índice de conciliação total, incluída a fase pré-processual, por tribunal



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021. <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>

Contudo, diante da vigência do Novo Código de Processo Civil de 2015, o legislador inseriu os métodos alternativos de resolução de conflitos, onde objetivou o incentivo de tais meios para estimular aos cidadãos um procedimento mais célere e justo para salvaguardar ou garantir o direito ora postulado. Tal premissa se tornará mais vigorante quando os participantes do âmbito judicial transmitirem toda confiança possível aos indivíduos da sociedade que tais métodos são as opções mais eficazes para quem busca a resolução da questão judicial mais célere e pacífica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, verifica-se que é importante ressaltar a necessidade de propagação dos métodos adequados da autocomposição, quais sejam a conciliação, a mediação e a arbitragem, pois são com esses institutos que as garantias constitucionais são aplicadas verdadeiramente, principalmente quando se fala da garantia ao acesso à justiça.

Considerando a evolução da sociedade, o número de conflitos sociais cresce paralelamente, advindas das relações interpessoais. E dentro desse contexto a existência e a implementação de técnicas autocompositivas se faz imperativa para que haja a resolução das disparidades de interesses subjetivos.

Por conseguinte, verifica-se que cada vez mais o âmbito judiciário encontra-se abarrotado de processos infundáveis e que se perduram por anos, trazendo consigo consequências extremamente negativas em relação a morosidade processual, ao aumento nos gastos econômicos e principalmente e ao que mais se destaca, uma crescente desvalorização da máquina do Judiciário, pois a sociedade diante da demora na resolução de conflitos, vê com descrença na atuação da Justiça, aumentando assim o nível de insatisfação social.

E é nesse diapasão, que mister se faz destacar que os meios de autocomposição, além de promoverem o acesso à justiça e a uma ordem jurídica justa para toda a sociedade, garantem também que todas as lides ou questões judiciais tenham como resultado a pacificação social, pois dentro da dinâmica instada, objetiva-se precipuamente o reestabelecimento da comunicação entre as partes. E conseguir, por fim, dirimir as insatisfações sociais e reconquistar a credibilidade da justiça

brasileira, como sendo eficaz, célere e que promove a pacificação social.

Dessa forma, a publicização da cultura de utilização dos métodos adequados de solução de conflito, servirá de marco inicial para que a cultura do litígio se transforme, com o passar dos tempos, dando lugar a resolução dos conflitos de maneira pacífica, promovendo assim, o restabelecimento da paz social e conseqüentemente o desafogamento processual no âmbito judicial e uma maior efetividade. Com isso, o judiciário ficará responsável para dirimir as questões processuais mais complexas dando margem para que a sociedade atue mais nas resoluções mais pacificadas.

REFERÊNCIAS

1. BUZZI , Marco Aurelio Gastaldi; DE AZEVEDO, Andre Gomma; Cabral, Tricia Navarro Xavier; OLIVEIRA, Artur Coimbra de; De ALMEIDA, Fabio Portela Lopes;
2. AMORIM, Jose Roberto Neves; MARQUES, Hidelbrando da Costa; PEREIRA JR, Ricarco; **Guia de Conciliação e Mediação**, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, edição digital. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf> Acesso em 15 de outubro de 2021.
3. CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C.R. **Teoria Geral do Processo**. 21. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
4. FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. **Considerações Prático-Teóricas da Atuação dos Assessores Jurídicos da Mediação**. Forense, RJ, 2015.
5. FILHO, Vicente Greco. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Volume 1. 17ª Edição. 2009. Editora Saraiva.
6. FREDIE Didier Jr, **Curso de Direito Processual civil .Mediação e conciliação** Salvador- Bahia:Editora jus podivm,2015
7. JANNIS, André. **O que são meios alternativos de resolução de conflitos**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/meios-alternativos-resolucao-de-conflitos-o-que-sao/> acessado em: 01 de junho de 2021.
8. MELO, Jeferson. “Agência de notícias do CNJ”. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/judiciario-homologou-44-milhoes-de-acordos-em-2018/> Acessado em: 01 de junho de 2021.
9. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **O Novo CPC e a mediação**. Brasília ano 48 n-190 ab/im.2011. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242895> Acesso em 25 setembro 2021.

10. ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe. **Arbitragem e mediação, A reforma na legislação brasileira**. São Paulo, Editora Atlas. 2017.
11. RUIZ, Ivan Aparecido. **A Mediação e o Direito de Família**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, RT, v.06, Ed 2005.
12. SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário**. Barueri SP: Manole, 2005.
13. VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos**. São Paulo, Editora Método, 2008.
14. TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Editora Método, 2018.

A PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5543: por que a Portaria nº158/2016 e a Resolução RDC 34/2014 são inconstitucionais?

Maria Beatriz Franca Diniz⁵
Ana Virgínia Cartaxo Alves⁶

RESUMO

A doação de sangue *per se* é uma temática sensível principalmente no que tange a participação da comunidade LGBTQIAPN+. Devido ao estereótipo de que AIDS está atrelada principalmente a homens que mantêm relações com outros homens, essa discriminação foi inserida dentro das normas referentes a doação de sangue. Ao impedir homens gays e bissexuais de doar sangue estabelece um preconceito enraizado em sua orientação sexual, quando a restrição deve se dar pela conduta de risco. Assim, o seguinte trabalho incorpora-se metodologicamente como uma revisão bibliográfica, para analisar o recorte temporal entre 2014 até 2020, de abordagem qualitativa. Já em relação aos meios empregados para construção do trabalho, sendo desenvolvida por meio de livros, dissertações, revistas, relatórios e artigos que analisam a problemática. A relevância dessa problemática se dá por salientar como a legislação do país foi falha e homofóbica ao impedir a doação de sangue baseada na discriminação de um grupo.

Palavras-Chave: Doação de Sangue. Homossexual. ADI 5543. Inconstitucionalidade

ABSTRACT

Blood donation itself is a sensitive topic, especially when it comes to the participation of the LGBTQIAPN+ community. Due to the stereotype that AIDS is mainly linked to men who have relationships with other men, this discrimination was included within the rules regarding blood donation. By preventing gay and bisexual men from donating blood, it establishes a prejudice rooted in their sexual orientation, when the restriction must be due to risky conduct. Thus, the following work is methodologically incorporated as a bibliographical review, to analyze the time frame between 2014 and 2020, using a qualitative approach. Concerning the means used to construct the work, it is developed through books, dissertations, magazines, reports, and articles that analyze the problem. The relevance of this issue is due to highlighting how the country's legislation was flawed and homophobic in preventing blood donations based on discrimination against a group.

Keywords: Blood Donation. Homosexual. ADI 5543. Unconstitutionality.

⁵ Pós-graduada em Direito Internacional e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNIESP; graduada em Relações Internacionais pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB).

⁶ Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFBP); Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem, como principal objetivo, apontar e explicar a inconstitucionalidade dos documentos publicados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e pelo Ministério da Saúde que regulam os procedimentos hemoterápicos, tendo como guia a pergunta-problema: por que a Portaria nº158/2016 e a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 34/2014 são inconstitucionais?

Na tentativa de responder à questão acima, o trabalho busca explicar o porquê da Portaria nº 158/2016 e a Resolução RDC 34/2014 serem inconstitucionais, tomando como base uma análise dos dois documentos e como isso reverberou na criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de número 5543.

Nesse interim, como objetivos específicos, vislumbra-se contextualizar historicamente como o surto de AIDS e HIV no Brasil, no período entre 1980 e 1990, problematizou o tema da doação de sangue homoafetiva; elencar o avanço do sistema de coletas das bolsas de sangue; analisar a má utilização do termo “grupo de risco” para classificar homens gays e bissexuais previsto na Portaria nº 158/2016 e na Resolução RDC 34/2014; e discutir o caminho que a ADI 5543 percorreu, desde 2016 até 2020.

Esse estudo tem um caráter bibliográfico e exploratório e, através do uso da metodologia qualitativa, tem o intuito de analisar os documentos supracitados e reforçar, por meio de dados, como o perigo de contágio está igual ou equiparado entre homens heterossexuais e homossexuais.

A princípio será feita uma análise histórica, iniciando da criação do estereótipo entre homens homossexuais e as doenças sexualmente transmissíveis (DSTs), principalmente a Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS)⁷, e como essa discriminação afetou na criação de documentos inconstitucionais. Será analisada a ADI até o período do seu julgamento, abarcando desde o lançamento da RDC de nº 34 pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária até a liberação para doação de sangue pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em maio de 2020.

Assim, o artigo analisa como os resquícios históricos a partir da década de 1980 no Brasil e mundo afora, estabeleceram que a AIDS e o Vírus de

⁷ Traduzido do inglês “*Acquired Immunodeficiency Syndrome*”.

Imunodeficiência Humana (VIH/HIV)⁸ seriam sinônimo de homossexualidade, propagando uma intolerância dentro de políticas públicas e serviços de saúde. Por conseguinte, homens gays se tornaram inaptos à doação de sangue e são determinados como grupos de risco.

No Brasil, essas políticas se consolidaram por meio do estabelecimento tanto da Portaria nº158 como da Resolução da Diretoria Colegiada nº 34. Levantando o segundo ponto a ser desenvolvido, como o ordenamento jurídico era respaldado em uma ciência imatura, visto que todo o processo para a doação de sangue hoje não se constitui unicamente na boa fé do indivíduo e sim em um processo de coleta e exames para que haja a doação de forma apropriada.

Ademais, por meio de uma análise constitucional e, conseqüentemente, baseada nos direitos humanos, todos são iguais perante à lei, direito esse defendido pelo Ministério da Saúde, mostrando uma clara contradição e discriminação. Por meio disto, há o levantamento acerca da classificação de homens gays e bissexuais como “grupo de risco”, citado nos documentos supracitados.

A determinação de grupo de risco é inconstitucional devido ao avanço da ciência sobre os testes de doação de sangue e a homofobia enraizada que marginaliza uma população por uma doença que é possível de ser transmitida por pessoas de qualquer gênero, cor, etnia ou orientação sexual. Como visto, a pretensa descrição da conduta de ser homem e manter relações sexuais com outro homem, descreve não um efetivo “comportamento de risco”, mas sim um sujeito específico que seria mais propenso a contrair o vírus HIV.

A publicação da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543 em 2020 é uma demonstração da desconstrução de paradigmas e tabus não só no Brasil como também no mundo, sendo o último ponto analisado pelo presente artigo. A derrubada de medidas inconstitucionais caracteriza uma amplitude nas políticas de saúde e uma conquista para a comunidade LGBTQIAPN+⁹, visto ser mais um passo para a igualdade em mais uma ramificação da sociedade.

Logo, o trabalho é dividido em três capítulos, em que no primeiro irá analisar historicamente o surgimento da AIDS no Brasil e suas reverberações no âmbito da

⁸ Traduzido do inglês “*Human Immunodeficiency Virus*”.

⁹ LGBTQIAPN+ é a sigla para Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Queers, Intersexuais, Assexuais/Agênero, Pansexuais/Polissexuais, Não-Binários e o sinal de mais é para as diversas identidades de gênero e sexualidade existentes.

saúde e da política. Em seguida, o capítulo segundo irá tratar dos instrumentos normativos responsáveis pela vedação da doação de sangue por homens homossexuais ou bissexuais, ratificando a mudança de “grupos de risco” para “condutas de risco” e como isso engloba diversas relações sexuais independente da sexualidade. Por fim, no terceiro e último capítulo, será debatido os resultados da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ressaltando quais foram os princípios feridos e os resultados das votações dos Ministros.

2. AIDS NO BRASIL E A DÉCADA DE 1990

O presente capítulo busca debater acerca da criação do estereótipo criado sobre os homossexuais e a AIDS, doença que surgiu em meados da década de 1980 e se tornou uma epidemia na década seguinte no Brasil, sendo uma questão levantada principalmente entre pessoas da comunidade LGBTQIAPN+. Entretanto, antes de debater a respeito das consequências que a doença trouxe para a sociedade, vale explicar o que é a doença e como ocorre a sua contaminação.

O Vírus da Imunodeficiência Humana (VIH/HIV) é transmitido por meio de fluídos corporais, afetando células do sistema imunológico e, ao destruí-las, o organismo do indivíduo contaminado se torna incapaz de combater infecções e doenças, desenvolvendo a Síndrome da Imunodeficiência Humana¹⁰. Portanto, a doença até o presente momento não tem cura, mas já existe um avanço significativo no tratamento da doença

Além disso, é importante ressaltar que existem quatro maneiras de transmitir o vírus, sendo elas: por meio do sexo desprotegido, com penetração, com uma pessoa diagnosticada; através do compartilhamento de seringas e equipamentos de injeção não esterilizados e previamente utilizados por uma pessoa infectada; injeção ou transfusão de sangue ou de outros produtos correlacionados com sangue de uma pessoa que é soro positivo; e através da mãe que contém o vírus e passa durante a gestação ou pela amamentação (GIDDENS, 2012).

¹⁰ Segundo o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS (UNAIDS), ao detectar a soropositividade para o vírus, este inicia a destruir as células CD4, ou conhecidas como células T, enfraquecendo o sistema imunológico do paciente infectado. Desta forma, para que o vírus se torne uma síndrome propriamente este vai passar por fases, sendo caracterizado como AIDS quando o sistema imunológico está seriamente danificado e expõe o indivíduo as doenças oportunistas, como infecções. Disponível em: <<https://unids.org.br/informacoes-basicas/>>.

Contudo, o tratamento do vírus se dá por meio de fármacos antirretrovirais, tendo efeitos como postergação da AIDS, ou até mesmo a diminuição e impedimento das chances de transmissão da doença. Ademais, hoje os conhecimentos a respeito da doença aumentaram sensivelmente, garantindo a muitas pessoas soropositivas uma vida produtiva.

Entretanto, no período em que surgiu a doença nos Estados Unidos da América, foram construídos estereótipos através dos meios de comunicação ao retratar negativamente certos estilos de vida, principalmente entre homens gays, sendo esse estigma levado para o setor médico. Com isso, o conceito de risco é atrelado a sexualidade que, conseqüentemente, vincula o vírus com a homossexualidade devido a imagem preconceituosa de que o sexo nas relações homoafetivas não era seguro e sim libertino.

Essa discriminação se enraizou em vários setores da sociedade e é a partir desse contexto que a preocupação em conter a contaminação dessas doenças interfere na doação de sangue, pois essa doença era utilizada como sinônimo para homens gays. No início, a doença foi nomeada como “GRID”, que significa *Gay-Related Immune Deficiency*¹¹, vindo a receber o nome AIDS anos depois (MORRISON, 2015).

Inclusive, diversos autores como Veriano Terto Jr. e outros, afirmam que a AIDS nos meios de comunicação era chamada de “câncer gay, peste gay ou peste rosa” (2002, p. 148). Isso se deu graças a abordagem da mídia, principalmente advinda dos Estados Unidos, em que projetou a doença para o público de forma pejorativa e com discursos moralistas. Ademais, o surgimento da doença abriu espaço para rebater discursos conservadores e comentar a respeito de diferentes tipos de sexo, sendo um fator para o aumento do sensacionalismo midiático e da desinformação a respeito da contaminação (CARDINALI, 2016).

Ademais, de acordo com Tassilia Sangy (2019), no início da epidemia os centros médicos observaram que a maioria dos casos diagnosticados com AIDS/HIV estavam relacionados com um grupo específico, apelidando a doença de “5 H”, referindo-se aos Homossexuais, Hemofílicos, Haitianos, usuários de Heroína e Profissionais do Sexo. Devido a isso, esse grupo foi automaticamente proibido de doar sangue no país, em que esse modelo se espalhou para várias outras regiões afora.

¹¹ Tradução da autora: “Imunodeficiência relacionada à Homossexualidade” (MORRISON, 2015, p. 2.366).

Assim, ao surgir os primeiros casos de infecção do vírus por meio da doação de sangue nos EUA, fez com que o governo adotasse como principal medida de contenção a proibição da doação de sangue por homens que mantinham relações sexuais com outros homens (AVILA, 2016). No Brasil, essa medida foi igualmente aplicada, visto o país ter desenvolvido um quadro epidêmico e as movimentações sociais exigirem uma articulação do governo¹².

Destarte, a conjuntura em que se passou a epidemia causada pela AIDS no Brasil é de redemocratização, colocando em pauta discussões de grupos minoritários, como por exemplo o movimento da comunidade LGBTQIAPN+. Então, ao juntar o momento político com a epidemia causada pelo vírus HIV, busca-se reformular a identidade homossexual como também compreender que o Estado deve se responsabilizar sobre isso, visto ser assunto de saúde pública.

Porém, vale ressaltar que o processo de coleta também sofreu mudanças significativas, visto que o processo de triagem hoje é muito mais detalhado. Portanto, deve-se focar em prevenção e não em discriminação, pois o contágio por meio de relações sexuais pode ocorrer em relações heterossexuais. Como bem afirma Daniel Cardinali:

A política de restrições à doação de sangue por HSHs¹³ foi adotada mundialmente como uma resposta à crise da AIDS, que atingiu especialmente a comunidade homossexual masculina. Embora pudesse ter parecido razoável em outro contexto histórico, a mesma vem sofrendo muitos questionamentos por parte da comunidade científica, que alega que a mesma não mais se sustenta diante do desenvolvimento científico, e de juristas e ativistas, que destacam os efeitos deletérios que a mesma gera para os direitos e a identidade de homens homossexuais (2016, p. 132).

Em consonância com esse pensamento, a discussão sobre o risco de contrair a doença aumentava sobre os homens homossexuais ao saírem estudos afirmando que o sexo anal, por ter uma mucosa frágil, não protege de traumatismos micro ou

¹² A título de informação, Daniel Cardinali afirma que existem três tipos de políticas no mundo a respeito da privação da doação de sangue, sendo a primeira a exclusão definitiva em que o homem que se auto afirma gay e tem relações sexuais com outros homens não pode doar sangue; a segunda seria a exclusão por um período de tempo determinado, o que ocorria no Brasil que a privação da doação era de um ano após ter relações sexuais com outros homens; e, por fim, a não exclusão específica, política essa baseada no “comportamento de risco” e não classifica um grupo como de risco.

¹³ Essa sigla significa “homens que fazem sexo com outros homens”, traduzido da sigla em inglês MSM – “*mens who have sex with other mens*”, utilizada em debates estadunidenses.

macro vasculares, reforçando o estigma existente (COSTA, 2019). Entretanto, esse tipo de conduta não se restringe a relacionamentos homoafetivos como também a discussão a respeito de mecanismos de proteção foram tomando uma posição relevante em discussões futuras, visto que inicialmente os preservativos tinham o único intuito de evitar uma gravidez indesejada, excluindo a discussão acerca da proteção de doenças sexualmente transmissíveis.

Portanto, as medidas tomadas na década de 80 perduraram por quase três décadas, mostrando que a desinformação a respeito da doença continuava a afetar o meio jurídico, em que a iniciativa política e legislativa para debater a respeito só foi levantada em 2016 com o início da ADI 5543. Posto isto, a falta de reconhecimento por meio de políticas sociais continuou a marginalizar a comunidade, pois a classificação era que homens gays e bissexuais são um grupo de risco unicamente por se autoafirmarem em sua sexualidade.

Logo, o que deveria ser vinculado era o sexo como uma ação de risco, em que o não uso de preservativos colocaria em perigo uma série de pessoas, não unicamente um grupo. A falta de políticas de reconhecimento¹⁴ estabeleceu que uma camada da sociedade fosse impedida de exercer a sua cidadania, como também infringia claramente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como também o Princípio da Igualdade.

3. A PORTARIA N°158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E A RESOLUÇÃO RDC 34/2014 DA ANVISA

O cenário discriminatório no ambiente jurídico referente a esse tema está vigente desde o *boom* de contaminações por AIDS no Brasil durante a década de 90. Assim, as soluções adotadas na época se prolongaram atingindo a elaboração de documentos pelo Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária décadas depois. Com o intuito de assegurar a qualidade do sangue doado e proteger o receptor de doenças ocasionadas por procedimentos hemoterápicos, os órgãos de saúde do país adotaram medidas retrógradas sem embasamento científico, ignorando

¹⁴ O autor Daniel Cardinali faz uma análise a respeito de teorias feministas, utilizando-se da autora americana Nancy Fraser para definir como padrões culturais são institucionalizados e como estes impedem o reconhecimento de outros grupos. Dessa forma, a autora afirma necessidade de se construir políticas de reconhecimento, sendo mecanismos para construir a tolerância e o respeito as diferenças ao editarem e criarem novas políticas para novas realidades.

a importância do processo de triagem ao focar na sexualidade do indivíduo como o problema.

Dessa forma, se faz necessário um estudo profundo da Constituição Federal (CF) e como a mesma foi atingida pela criação tanto da Portaria como da Resolução ao determinar o candidato como inapto. O artigo 25, XXX, alínea “d” da Resolução da Diretoria Sanitária, elaborada pela ANVISA, estabelece que:

Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos:

XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se:

d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes (ANVISA, 2014).

O inciso relata de forma ampla aqueles que praticam sexo e adotam comportamentos de risco, todavia, a alínea “d” deixa claro a homossexualidade ou bissexualidade como fator risco, sem mesmo considerar as condutas desses indivíduos. Sob o pretexto para proteger os receptores, o Ministério da Saúde, dois anos depois, reforça o mesmo pensamento em seu art. 64, IV pela Portaria N°158/2016:

Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:

IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016).

Dessa forma, os documentos publicados entre 2014 e 2016, como bem elucidada Júlia Santos e Danielle Bartelli, “é um exemplo de normativa baseada em fundamentos sem razoabilidade e que fere os direitos de participação ativa dos homossexuais, além de ofender seus direitos e garantias” (2018, p. 31). Ademais, tais regulamentos não

prezam pelo bem-estar coletivo, incitando a discriminação contra um grupo cuja orientação sexual acaba sendo mais relevante do que seus próprios direitos.

Assim, o que foi uma justificativa devido à falta de avanços científicos no processo de triagem, passou a ser um tratamento desrespeitoso e desigual com os indivíduos pertencentes a este grupo. A partir do momento que o Estado determina proibições legais, o mesmo está afirmando que doadores de sangue homossexuais e bissexuais são declaradamente um risco a sociedade civil graças a naturalização de uma heteronormatividade compulsória¹⁵, ou seja, a padronização de condutas que classificam esse grupo como possíveis contaminadores e receptores de doenças sexualmente transmissíveis (COSTA, 2019).

A Carta Magna brasileira é clara ao prever em seu artigo 3º, inciso IV, a promoção do bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988). Inclusive, o próprio Ministério da Saúde se contradiz ao afirmar em seu parágrafo terceiro do segundo artigo:

§3º Os serviços de hemoterapia promoverão a melhoria da atenção e acolhimento aos candidatos à doação, realizando a triagem clínica com vistas à segurança do receptor, porém com isenção de manifestações de juízo de valor, preconceito e discriminação por orientação sexual, identidade de gênero, hábitos de vida, atividade profissional, condição socioeconômica, cor ou etnia, dentre outras, sem prejuízo à segurança do receptor (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016).

Com isso a portaria garante o acolhimento isento de discriminação, entretanto, simultaneamente exclui deliberadamente homens gays e bissexuais de ter uma vida sexualmente ativa, sem antes verificar a quantidade parceiros, a utilização de preservativos e até mesmo a exclusão da saúde física do possível doador (CARDINALI, 2016).

¹⁵ O termo “heterossexualidade compulsória”, ou “heteronormatividade compulsória”, foi utilizado pela primeira vez por Adrienne Rich em seu ensaio intitulado “*Compulsory Heterosexuality and Lesbian Existence*” (1980). A autora levanta a heterossexualidade como uma instituição política ao questionar como esta orientação sexual é imposta socialmente, marginalizando outros grupos, no caso do ensaio marginalizando as mulheres que se encontram hierarquicamente abaixo dos homens e o grupo de mulheres lésbicas. Todavia, o autor Fabrício Costa utiliza-se do termo para ressaltar padrões binários preestabelecidos na sociedade, ou seja, divide a sociedade em homens e mulheres heterossexuais, excluindo outros grupos. Logo, essa heteronormatividade que o autor traz é um mecanismo que reforça o discurso de que homens gays e bissexuais são um grupo de risco para doação de sangue, visto estes irem além dos padrões binários impostos na sociedade.

Ratifica-se que a triagem clínica consiste na verificação física, hematológica e uma avaliação histórica do candidato, coletando uma amostra junto da bolsa de sangue doada sendo encaminhado para testes imunohematológicos e uma triagem sorológica para verificar se aquela bolsa está apta ou não para ser utilizada (PINHO *et al.*, 2001).

Então, a coleta hoje passa por várias etapas em prol da proteção do receptor tendo início com a conscientização do doador em verificar se está fisicamente apto para tal ação. Destarte, vale elucidar alguns detalhes que são seguidos ao coletar o material, pois esse ciclo é uma medida tomada para assegurar a proteção do processo como um todo.

Segundo Eugênia Ubiali (2015), após a doação o material coletado passa por um fracionamento, ou seja, uma parte do sangue da bolsa vai para o laboratório onde passará por testes de alta sensibilidade, utilizando de métodos sorológicos com a finalidade de pesquisar agentes infecciosos que podem ser transmitidos pelas. Esses exames para a triagem de agentes transmissíveis são de caráter obrigatório, podendo ser listados abaixo:

Quadro 1: Teste para agentes infecciosos obrigatório no Brasil

Infecção	Teste obrigatório no Brasil
Hepatite B	Detecção do antígeno de superfície do vírus HBV (HBsAg) Detecção de anticorpo contra o capsídeo do HBV (anti-HBc) Detecção do ácido nucleico do HBV
Hepatite C	Detecção de anticorpo contra o HCV Detecção do ácido nucleico do HCV
SIDA	Detecção de anticorpo contra o HIV (incluindo subtipos 1, 2 e O) ou detecção combinada de anticorpo contra o HIV e detecção do antígeno p24 do HIV Detecção do ácido nucleico do HIV
Doença de Chagas	Detecção de anticorpo anti-Tripanosomacruzi
Sífilis	Detecção de anticorpo treponêmico ou não-treponêmico
HTLVI/II	Detecção de anticorpo contra o HTLVI/II

Fonte: UBIALI, Eugênia (2015, p. 32).

Deste modo, caso os exames estiverem isentos de qualquer anormalidade, essa bolsa de sangue fica armazenada esperando ser solicitada para fazer a transfusão. Entretanto, sendo solicitada a bolsa, mais amostras são enviadas aos laboratórios para efetuar testes pré-transfusionais para depois ser encaminhada,

contendo os registros do receptor como também o tipo sanguíneo e outras informações relevantes para a doação (UBIALI, 2015).

O sistema de coleta não dá espaço para justificativas vazias e sem embasamento científico, tendo como principal objetivo evitar a utilização de doações de sangue possivelmente contaminadas. Desde a coleta, o sangue doado, em síntese, passa por exames sorológicos, exames imunohematológicos e teste de compatibilidade sanguínea para que a transfusão seja segura para o receptor.

Posto isso, uma bolsa de sangue não tem filtro de escolhas, sendo uma fonte para salvar vidas. Ademais, tanto a Portaria como a Resolução vão de encontro com os princípios constitucionais pois coloca os homens homossexuais e bissexuais em posição de indignidade ao não poder exercer seus direitos civis e fundamentais básicos, em pleno Estado Democrático de Direito. A doação de sangue é um ato espontâneo, em que graças aos avanços da medicina, esse ato proporciona uma neutralidade e anonimato pelo doador, porque no final o que importa é saber se o sangue está apto ou não para doação.

3.1 DE “GRUPO DE RISCO” PARA “COMPORTAMENTO DE RISCO”

Até o presente momento a ciência não foi capaz de encontrar ou produzir um material que possa substituir o sangue, o que torna a doação deste material o único meio de obtê-lo, dependendo da decisão voluntária e altruísta de cada cidadão. Contudo, para que o indivíduo possa estar apto para doar, deve seguir alguns pré-requisitos, dentre eles não estar classificado dentro dos grupos de risco.

Dessa forma, o termo “grupo de risco” é utilizado no meio médico para classificar um grupo de pessoas mais propensas a ter ou adquirir uma doença, tendo como base determinados fatores da vida pessoal ou características físicas. Portanto, as pessoas que fazem parte desse grupo têm uma probabilidade maior de um certo evento ocorrer comparado a outrem (CARVALHEIRO, 1998).

No caso da doação de sangue homoafetiva, o risco está associado a adoção de práticas e condutas promíscuas, independente da conduta que esses possíveis doadores tomaram ao praticar atividades sexuais (SALOMÃO, 2020). Isto é, os documentos que regulam a doação de sangue no Brasil, até 2020, determinavam homens gays e bissexuais como grupo de risco ao julgar que estes têm mais aptidão de contrair e transmitir uma DST, institucionalizando a homofobia.

A questão é que doenças sexualmente transmissíveis não escolhem orientação sexual, necessitando ratificar o uso de preservativos para todos aqueles que mantêm uma vida sexualmente ativa. Vale ressaltar que ao classificar homens gays e bissexuais como grupo de risco, restringe todo um grupo de possíveis doadores marcados por uma possibilidade de falso negativo (RODRIGUES, 2016).

Nos documentos publicados não é citada a expressão “grupo de risco”, mas estabelece um conjunto de pessoas que possam adotar comportamentos de risco, os classificando previamente como inaptos. Por outro lado, o texto constitucional privilegia a igualdade de gênero e repudia qualquer tipo de preconceito, visto que todos são iguais para exercer seus direitos e deveres como também ter a liberdade de construir a sua subjetividade (COSTA, 2020).

Nesse sentido a violação dos princípios constitucionais e bioéticos desconsidera o comportamento de risco como fator de análise no momento da triagem, como bem elucida Maria Valentina de Moraes e Eliziane Vargas:

O debate sobre a constitucionalidade dessas normas centrou-se na classificação de um grupo específico como grupo de risco por sua própria orientação sexual, o que ofenderia o direito à igualdade, visto que as demais inaptidões se relacionam com condutas de risco, como ter tido relação sexual com pessoa portadora de infecção pelo HIV, com desconhecidos ou pessoas que sofreram violência sexual, por exemplo (2021, p. 177).

Assim, o comportamento sexual negligente pode ser efetuado por todos os gêneros e orientações sexuais e isso pode ser visto quando um homem heterossexual mantém múltiplas relações sexuais sem utilização de preservativos, por exemplo. A ideia do que seja comportamento de risco varia largamente de um país para outro, mas ressalta questionamentos no momento da doação, levando em consideração o uso de preservativos, número de parceiros sexuais e o tempo de relacionamento com o mesmo companheiro (MORRISON, 2015). Posto isso, o sexo desprotegido é o principal fator de transmissão, podendo homens heterossexuais serem fatores de risco, como pode-se observar na tabela a seguir:

Tabela 1: Número e percentual de casos de AIDS notificados no Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN) em indivíduos com 13 anos de idade ou mais, contraído por meio de relações sexuais, de acordo com o gênero, identidade sexual e ano do diagnóstico. Brasil, 2010-2020.

Ano	Homens Heterossexuais		Homens Bissexuais		Homens Homossexuais		Mulheres Heterossexuais	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
2010	8.194	42,8	1.485	7,8	4.617	24,1	9.391	87,9
2011	8.442	41,9	1.597	7,9	5.153	25,6	9.669	87,8
2012	8.551	41,8	1.566	7,7	5.691	27,8	9.442	87,6
2013	8.697	41,2	1.603	7,6	6.020	28,5	9.195	87,8
2014	7.908	39,8	1.463	7,4	5.866	29,5	8.044	86,4
2015	7.268	39,3	1.335	7,2	5.673	30,7	6.849	87,0
2016	6.578	38,3	1.205	7,1	5.371	31,8	6.082	86,3
2017	6.469	39,3	1.275	7,7	5.449	33,1	5.597	87,3
2018	5.795	38,4	1.126	7,5	5.018	33,2	5.002	87,0
2019	5.145	39,5	966	7,4	4.225	32,4	4.270	87,3
2020	1.463	38,5	316	8,3	1.219	32,1	1.230	86,6

Fonte: Elaboração própria, com base no Boletim Epidemiológico do Ministério da Saúde (2020, p. 51)

Como pode ser observado o nível de casos confirmados entre homens heterossexuais é maior em consideração a homens assumidamente gays. Dessa forma, o julgamento a ser feito sobre a negligência que um possível doador adotou não deve se restringir a um grupo e sim a todos aqueles que passam pelo sistema de triagem, porque o comportamento de risco está atrelado ao caráter do ser humano e não a sua orientação sexual.

Destarte, o sistema de coleta avançou consideravelmente, tendo como principal objetivo evitar doações de bolsas de sangue possivelmente contaminadas. O número de homens homossexuais e bissexuais infectados é diferente dos casos confirmados, visto que o nível de exposição a doença para os homossexuais ainda é maior do que para homens heteros, tendo uma diferença de 0,03%. Isto é, de acordo com o Ministério da Saúde (2020), a exposição à doença entre homens homo/bissexuais é de 39,8%, enquanto que para homens heterossexuais é de 39,5%.

Portanto, a adoção do termo “comportamento de risco” se dá para julgar os candidatos que executam condutas que podem coloca-los em situação de risco, sendo analisado o uso ou não de preservativos, quantidade e tempo de relacionamento com seus parceiros, dentre outras situações que possa englobar a todos os possíveis candidatos. Neste sentido, “o que há, sob uma tentativa mal disfarçada de definição

de conduta, é a fixação de um grupo de pessoas com sexualidade historicamente desviante e vítima de preconceito” (AVILA, 2016, p. 45).

Dessa forma, um país que enfrenta carências em hemocentros e dispõe da dimensão populacional que o Brasil tem, deve ser levantado o aspecto moral da doação, da participação do cidadão de forma ativa na sociedade, não deve esse engajamento ser negligenciado devido a sua orientação sexual. Segundo Mateus Salomão, “a universalização da doença aponta para a necessidade de se diminuir o tabu em torno da AIDS, para que se fale mais sobre a doença, de maneira que a sociedade esteja amplamente informada sobre o assunto” (2020, p. 161).

Por conseguinte, tanto a RDC 34/2014 e a Portaria nº 158/2016 escanteiam os avanços médicos não só na coleta de bolsas de sangue, mas também os avanços no conhecimento da própria doença. Ademais, ressalta-se o atraso na conscientização da população com os cuidados acerca da transmissão do vírus, uma vez que o risco recaiu sobre homens gays e bissexuais.

Por fim, todas essas discussões levaram o Supremo Tribunal Federal a julgar procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5543 no meio de uma pandemia do COVID-19, visto a queda brusca das bolsas de sangue em hemocentros, finalmente revertendo os documentos publicados pela ANVISA e pelo Ministério da saúde. Em seguida será exposto as defesas utilizadas para a adoção da ADI.

3.2 DA ADI 5543 E DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A supremacia do documento Constitucional garante a proteção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Através de mecanismos de controle, a verificação da compatibilidade das normas com a Carta Magna auxilia na segurança das relações jurídicas, visto a superioridade normativa da Constituição Federal. Assim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é um mecanismo de controle constitucional legitimado no artigo 102 da CF e na Lei de nº 9.868 de 1999, sendo de competência do Supremo Tribunal Federal seu julgamento.

Segundo Alexandre Moraes, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) tem, como objetivo, “declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, no exercício de competência equivalente à dos Estados-membros, editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal e que

ainda estejam em vigor” (2020, p. 1.387-1.388). Ou seja, essa ação de controle tem como finalidade obter a invalidação de uma lei ou ato normativo, pois o ordenamento jurídico não deve se basear em normas inconstitucionais, cujo seus efeitos são vinculantes e *erga omnes*.

Dessa forma, o Partido Socialista Brasileiro (PSB), em 07 de junho de 2016, decidiu protocolar junto ao Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 5543/DF, cujo objetivo era debater acerca do art. 25, XXX, “d”, da Resolução da Diretoria Sanitária de N. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e do art. 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde. Ambas as normas vedavam temporariamente a doação de sangue por homens homo e bissexuais no período de 12 meses após a última relação sexual, os considerando inaptos e inseridos dentro do grupo de risco.

A ADI 5543 é clara no início do seu texto ao expor que a responsabilidade com o outro está correlacionada com a desconstrução do Direito, com uma nova interpretação da lei, devendo dispor de tratamento igual aqueles que desejam doar sangue. As normas desenvolvidas e citadas anteriormente carecem de explicações jurídicas e científicas, fundamentando-se em preconceitos e preocupações que não deveriam atingir a um grupo e sim a sociedade como um todo, como bem ratifica Fabrício Costa:

Manter as respectivas legislações vigentes e em vigor no ordenamento jurídico brasileiro constitui um meio de utilizar a ciência do direito como instrumento de segregação, exclusão, marginalidade, discriminação e preconceito contra homens gays, reproduzindo o padrão histórico-social sistematizado pela modernidade (2019, p. 51).

Por conseguinte, tendo o princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos do Poder Público ferido, a Ação Direta de Inconstitucionalidade descontrói o direito para que esse se torne possível. Consequentemente, a ADI supracitada visa proteger os direitos da pessoa humana referente à doação de sangue, direito esse escanteado até a propositura de sua mudança.

3.2.1 Do andamento do caso e dos princípios atingidos

O julgamento a respeito da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5543 teve seu início em outubro de 2017, retornando as discussões somente em maio de

2020, tendo como presidente a Ministra Cármen Lúcia, em sessão plenária virtual devido a pandemia do COVID-19. Durante as discussões, várias questões foram levantadas a respeito do tema, principalmente as responsabilidades do Estado no que tange a proteção das atividades hemoterápicas, como bem afirma o § 4º do art. 199 da CF, regulado pela Lei de nº 10.205, e o princípio da dignidade da pessoa humana.

De antemão, cabe ratificar o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal. Segundo o Ministro Alexandre de Moraes, o STF tem como finalidade “realizar o controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro” (2020, p. 1.052), com o intuito de garantir a prevalência dos direitos constitucionais no ordenamento jurídico. Ademais, além das competências ilustradas na seção II da Carta Magna, deve-se ressaltar o papel contra majoritário do Supremo ao processar e julgar casos voltados aos direitos fundamentais, ou seja, direitos de grupos minoritários que estão sob ameaça ou concreta violação, buscando compreender o papel do outro no Direito brasileiro.

A proteção aos princípios, como bem afirma Lenio Streck, “representam a tentativa de resgate de um mundo prático abandonado pelo positivismo (no âmbito da aplicação do direito)” (2018, p. 283), sendo competência do STF a proteção destes a grupos marginalizados. No caso analisado, dois órgãos de saúde violam diversos direitos fundamentais do grupo de homens que fazem sexo com outros homens.

Segundo a Constituição, em seu art. 196, a saúde é uma das responsabilidades do Estado como também é um direito de todos, devendo o país garantir acesso universal e igualitário. Ainda no mesmo rol de direitos, o art. 199, parágrafo 4, determina que:

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Graças a esse artigo, foi criado o instrumento normativo que rege sobre o processo da doação de sangue, a Lei 10.205 de 2001, buscando proteger o doador e o receptor durante todos os passos até o momento da transfusão de sangue. O Estado é encarregado por todo o processo de doação, tendo os Órgãos Públicos total

responsabilidade pela coleta, supervisão, orientação assistência médica, efetuação de exames laboratoriais tanto do doador como do receptor, entre outros.

Posto isso, os Ministros do STF levantaram essa preocupação no momento de seus votos. O Ministro Alexandre Moraes ressaltou os artigos 3º, incisos I e II; o art. 14, incisos VI e VII; e o 16, IV; todos da lei supracitada, com o intuito de defender os atos normativos levantados como inconstitucionais pois, em sua percepção, tanto a Portaria 158 como a RDC nº 64 são baseadas em ensinamentos técnicos e científicos, ratificando que a proibição temporária se dá para outros grupos de pessoas.

Destarte, outro tema citado nos debates ao longo da ADI foi a janela imunológica e como esta afeta a percepção do vírus no corpo. Preliminarmente, é necessário explicar o que é a janela imunológica, sendo este o período para se detectar o vírus do HIV no corpo, ou seja, os testes realizados dentro desse período podem dar como resultado a negatificação do vírus no corpo (RACHID; SCHECHTER, 2017).

Segundo a ADI referida, o período dessa janela é entre 10 a 12 dias, levantando como preocupação a possibilidade de um falso negativo ser detectado em uma bolsa doada. Desse modo, a preocupação exposta pelos Ministros é que não cabe ao tribunal estabelecer qualquer tipo de intervalo para a recusa ou não da doação, visto que necessita de conhecimento técnico sobre o assunto.

Contudo, deve ser reforçado que o processo de triagem tem o intuito de detectar comportamentos de risco no momento da entrevista visto que avalia o estado atual de saúde e os hábitos dos possíveis candidatos. Além disso, o processo de doação passa por uma bateria de exames em que se inicia com a análise clínica e epidemiológica no momento da entrevista e, quando há a doação efetiva, são feitos testes sorológicos para se verificar anticorpos irregulares e verificação de riscos para infecção de doenças, diminuindo os riscos de contaminação (PINHO et al., 2001).

Em contrapartida, os Ministros que julgaram o pedido procedente levantaram a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito fundamental à igualdade, a promoção do bem de todos os indivíduos sem preconceitos ou qualquer forma de discriminação, como também o princípio constitucional da proporcionalidade.

É importante citar a passagem do voto emitido pelo Ministro Relator, Edson Fachin, ao destacar que a orientação sexual “não contamina ninguém, condutas riscosas sim” (2020, p. 22), levantando argumentos a respeito do comportamento risco

e como esse pode ser feito por qualquer pessoa que tenha uma vida sexual ativa independente da sua sexualidade.

A defesa dos normativos constitucionais serve como resgate de valores em que, conforme Luiz Nunes, os princípios são “o ponto mais importante de todo o sistema normativo, já que estes são os alicerces sobre os quais se constrói o ordenamento jurídico. São os princípios constitucionais que dão estrutura e coesão ao edifício jurídico” (NUNES, 2002, p. 37, *apud* PASCHOALINI; CARLUCCI, 2019, p. 4).

Por conseguinte, os Ministros debateram os direitos fundamentais feridos pelos instrumentos normativos em que o redator, Ministro Edson Fachin, resumiu o descumprimento de quatro princípios constitucionais: da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III; dos direitos de personalidade; o direito à igualdade, exposto no art. 5º, caput; e o direito da não discriminação situado no art. 3º, IV, estando todos previstos na Constituição Federal.

Inicialmente, o debate acerca do descumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana se deu pela falta de autonomia e de reconhecimento do grupo supracitado. De acordo com Roberto Alexy (2015), o conceito de dignidade humana expressa que a compreensão do indivíduo deve ser baseada na compreensão do mesmo como um ser moral e capaz de determinar, como também desenvolver, sua liberdade. Isto é, resguarda a proteção integral do indivíduo, assegurando o mínimo de direito e integridade.

Com isso, a defesa levantada com relação a violação desse princípio é devido ao desrespeito com sua sexualidade, reforçando o estigma social, visto manter a exclusão e discriminação dos homens gays e bissexuais em um grupo de risco unicamente por sua orientação sexual. O Ministro Relator Edson Fachin, em seu voto, ressalta que a vedação da doação homoafetiva “viola a forma de ser e existir desse grupo de pessoas” (2020, p. 27), pois falta com o reconhecimento desse grupo de pessoas e da sua autonomia.

Homens bissexuais e homossexuais tem igual direito a tratamento moral, jurídico, normativo e social em comparação a homens heterossexuais, visto que um direito independente do seu gênero ou sexualidade. O direito fundamental à igualdade, salvaguardado na Carta Magna, estipula que todos os cidadãos têm o direito a tratamento igualitário, inclusive na elaboração e aplicação de leis e atos

normativos sem qualquer discriminação (MORAES, 2020). Portanto, as condutas de risco podem ser igualmente efetuadas por homens heterossexuais e qualquer indivíduo sem distinção de qualquer natureza.

O princípio da igualdade deve ser protegido também por políticas públicas de doação de sangue, estabelecendo comportamentos de risco para todos aqueles que adotarem práticas, condutas, ou qualquer ação de risco para o processo de doação. Segundo o voto do Ministro Relator supramencionado, a fundamentação da restrição dos atos normativos pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA é direcionado ao grupo de risco por sua orientação sexual, ou seja

“...agir com segurança e precaução em relação a doação de sangue, em relação aos doadores e aos receptores, e estabelecer políticas públicas que levem em conta as condutas, os comportamentos, as práticas e as ações das pessoas candidatas a doadoras, e não gênero com o qual a pessoa doadora se relacionou ou a sua orientação sexual (2020, p. 42).”

Em consonância, o texto constitucional é claro ao proibir o preconceito em razão da sexualidade do indivíduo, visto que todos são iguais independente da sua natureza, devendo existir um tratamento isonômico entre os gêneros e sexos. A restrição imposta promove uma limitação desproporcional a esse grupo, atingindo sua personalidade, sua liberdade, sua privacidade, seu direito de ser quem deseja ser. Ademais, a inviabilidade da doação torna o processo da doação de sangue influenciável por fobias e juízos de valores, quando deveria ser um processo estritamente técnico e científico (PASCHOALINI; CARLUCCI, 2019).

Logo, o art. 64, inciso IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, inciso XXX, alínea d, da Resolução da Diretoria Colegiada n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, estabelecem atos normativos discriminatórios e injustificáveis, seja no âmbito da ciência como também pelo aspecto jurídico. A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5543 julgou como procedente, por meio da defesa de diversos direitos fundamentais e da proteção de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que zelam pela proteção internacional dos Direitos Humanos.

3.2.2 Das conclusões e das defesas levantadas no julgado

No dia 08 de maio de 2020, por maioria, o STF julgou procedente a ADI 5543, declarando, como inconstitucionais, o art. 64, IV da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e a RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, normas essas que dispõem a respeito da inaptidão de homens homossexuais e bissexuais, que tiveram relações sexuais no período de 12 meses, não poderem doar sangue.

Durante o julgamento, os Ministros trouxeram argumentos relevantes para o entendimento das políticas relacionadas à doação de sangue no país. Observa-se que aqueles que votaram o pedido como improcedente levantaram justificativas com relação a responsabilidade do Estado com relação ao processo de doação e transfusão de sangue, em que as medidas regidas são baseadas em um trinômio que busca a proteção à saúde do doador, do receptor e o devido cumprimento de requisitos essenciais para a responsabilização da equipe médica, defesa essa exposta pelo Ministro Alexandre Moraes.

Por outro lado, os Ministros que votaram o pedido procedente também ratificaram a necessidade de assegurar a proteção do indivíduo por meio de princípios constitucionais. Como bem-dito pelo Relator Ministro Edson Fachin, os normativos ferem os direitos fundamentais dos homens gays e bissexuais de exercerem a sua liberdade sexual, praticar ações em prol da cidadania e até mesmo o seu reconhecimento como pessoas pertencentes ao grupo LGBTQIAPN+.

O julgamento teve seu início com a defesa e o voto do Ministro Relator Edson Fachin, em que este levantou a inconstitucionalidade dos instrumentos normativos por afrontar direitos fundamentais, sendo sua defesa acompanhada pela maioria dos Ministros presentes. Contudo, dos dez presentes, o resultado final foi de seis votos procedentes, três improcedentes e um parcialmente procedente. Para fins de sistematização, é importante ressaltar os argumentos e defesas feitos pelos Ministros sobre o tema.

Quadro 2: Resultado dos votos de cada Ministro sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543 e suas posições argumentativas.

Ministro	Voto	Argumentos
Ministro Dias Toffoli	Presidente – Ausente	-
Ministra Cármen Lúcia	Presidente	-
Ministro Alexandre de Moraes	Parcialmente Procedente	<p>Expõe a necessidade de separar fatos de preconceitos e afirma a necessidade de uma análise técnica e estatística perante o caso, afirmando a necessidade de analisar as condutas de risco e como estas estão presente nas relações de diferentes orientações sexuais. Posto isto, defende a Política Nacional de Coleta e Transfusão de sangue por efetuar o trinômio que rege as normativas relacionadas, buscando a proteção do doador, proteção do receptor e a responsabilização das autoridades médicas.</p> <p>“Em que pese entender que as previsões (...) não são discriminatórias, pois baseadas em estudos técnico-científicos, inclusive de direito comparado, com a finalidade de PROTEÇÃO AO TRINÔMIO DA POLÍTICA DE COLETA E TRANSFUSÃO DE SANGUE NO BRASIL (...), pois busca garantir o direito do DOADOR HSHs (homens que fazem sexo com homens) em doar sangue – apesar da restrição de abstinência sexual por 12 meses –, do RECEPTOR, em receber o sangue de melhor qualidade possível para a proteção de sua saúde e do RESPONSÁVEL PELA ÁREA DE SAÚDE, com a obrigação de minimizar o risco de transmissão de doenças infecciosas pela transfusão sanguínea e, conseqüentemente, afastar eventual responsabilização profissional e judicial, entendo possível uma melhor e mais razoável interpretação desses direitos”</p> <p>Argui a respeito da “janela imunológica” e como pode ser um fator preocupante para aqueles que adotam comportamentos de risco, visto ser de responsabilidade da área da saúde prover ao receptor o acesso à melhor qualidade de sangue sem perigo de contaminação.</p> <p>Propôs, pensando no período da “janela imunológica”, excluir que “os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco”, para</p>

		estabelecer que o material será submetido a testes sorológicos após o período da janela imunológica.
Ministro Celso de Melo	Improcedente	-
Ministro Edson Fachin	Relator – Procedente	<p>“O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades, como a AIDS.”</p> <p>“Exigir que somente possam doar sangue após lapso temporal de 12 (doze) meses e impor que praticamente se abstenham de exercer sua liberdade sexual. A precaução e segurança com a doação de sangue podem e devem ser asseguradas de outra forma, de tal maneira que não comprometa a autonomia para ser e existir dessas pessoas.”</p> <p>“Há, assim, uma restrição à autonomia privada dessas pessoas, pois se impede que elas exerçam plenamente suas escolhas de vida, com quem se relacionar, com que frequência, ainda que de maneira sexualmente segura e saudável. Da mesma forma, há também, em certa medida, um refreamento de sua autonomia pública, pois esse grupo de pessoas tem sua possibilidade de participação extremamente diminuída na execução de uma política pública de saúde relevante de sua comunidade – o auxílio àqueles que necessitam, por qualquer razão, de transfusão de sangue.”</p> <p>“As normas impugnadas nesta Ação Direta também ofendem o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) porque afrontam outro elemento que lhe constitui: o <i>reconhecimento</i> desse grupo de pessoas como sujeitos que devem ser respeitados e valorizados da maneira como são, e não pelo gênero ou orientação sexual das pessoas com as quais se relacionam.”</p> <p>“Se a restrição deve se dar em razão das condutas de risco, o gênero da pessoa com quem se pratica tal conduta, ou seja, homens que fazem sexo com outros homens, não deve importar mais do que a conduta em si. A conduta é que deve definir a inaptidão para a doação de sangue, e não a</p>

		<p>orientação sexual ou o gênero da pessoa com a qual se pratica tal conduta.”</p> <p>Em síntese:</p> <p>“a) ofendem a dignidade da pessoa humana (autonomia e reconhecimento);</p> <p>b) vituperam os direitos da personalidade;</p> <p>c) aviltam, ainda que de forma desintencional, o direito fundamental à igualdade ao impedir as pessoas destinatárias da norma de serem tratadas como iguais em relação aos demais cidadãos;</p> <p>d) induzem o Estado a empatar o que deveria promover – o bem de todos sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação;</p> <p>e) afrontam a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos, a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância”.</p>
Ministro Gilmar Mendes	Procedente	<p>Contesta como o tratamento normativo é distinto para homens gays e héteros, mesmo que o comportamento de risco deste último seja maior.</p> <p>Aduz que é “dever estatal de promoção de políticas públicas de igualdade e não discriminação impõe a adoção de um amplo conjunto de medidas, inclusive educativas, orientativas e preventivas, como a discussão e conscientização sobre as diferentes concepções de gênero e sexualidade”.</p> <p>Alega que “os homens heterossexuais têm uma presunção de aptidão para doar, bastando que tenham feito sexo com parceira fixa nos 12 meses anteriores à doação, ainda que sem uso de preservativos”.</p>
Ministro Luiz Fux	Procedente	<p>Levanta a estigmatização dos homens homossexuais e bissexuais devido a regra que impede a doação de sangue, que pressupõe um comportamento de risco sobre esse grupo.</p> <p>“A inconstitucionalidade da restrição decorre da equiparação feita entre <i>fatores</i> de risco a <i>grupos</i> de risco.”</p> <p>Ademais, afirma que o risco de contaminação é o mesmo, pois depende do comportamento de risco, não da sexualidade do doador. Cita a questão da “janela imunológica” e expõe que os testes hoje aplicados no Brasil passam por uma série de exames, tendo a triagem, o teste molecular com o teste complementar, fazendo parte da quarta geração de testes.</p> <p>“Assim, exige-se a atuação positiva do Estado-Administração, bem como do legislador, para tutelar o direito à saúde, incumbindo-lhe implementar preventivamente as políticas públicas tendentes à</p>

		concretização do acesso a esse direito fundamental.”
Ministro Marco Aurélio	Improcedente	Argui que a limitação temporária é justificada por um conjunto de cautelas adotadas pelo Estado na busca da proteção e resguarda da saúde pública e da integridade do receptor. Além disso, determina que a inaptidão não é exclusiva para o grupo de homens que fazem sexo com outros homens e sim para um rol de cidadãos que tenham praticado determinadas atividades, como piercings, tatuagens e até mesmo a aqueles que exercem a prostituição. “Não há, nesse campo – da saúde –, como potencializar a óptica da promoção de ações tendentes à isonomia.”
Ministro Ricardo Lewandowski	Improcedente	Argumenta que, a rigor, não há uma proibição da doação de sangue sendo na verdade uma quarentena temporária. “Inaptidão temporária, ninguém está proibindo ninguém. Se alguém entrou nesse grupo de risco, ficará impedido por um certo tempo de doar sangue”. Afirmou que há motivos diversos que impedem as pessoas de doar sangue, mas a corte tem uma obrigação constitucional para com a saúde, justificando seu voto.
Ministro Luís Roberto Barroso	Procedente	Alega a eficácia dos exames laboratoriais, por meio de testes sorológicos, que são necessários para a detecção de doenças e também opina a respeito da “janela imunológica”, visto ser o período de intervalo entre a infecção pela doença e a sua detecção por testes. Contudo, afirma que no Brasil a janela imunológica diminuiu para dez a doze dias e levanta que a restrição afeta um direito fundamental, devendo se observar o critério da proporcionalidade entre a lei e o direito fundamental.
Ministra Rosa Weber	Procedente	Menciona a justificativa da ANVISA com relação a proibição visto que “relação sexual entre homens implicaria e constituiria uma conduta de risco”. Aduz que deve ser examinado pela corte “a forma do regramento e os seus resultados implicaram ou não afronta aos princípios e preceitos constitucionais”. “Porque, a rigor, desconsideram, por exemplo, o uso de preservativo ou não, o fato de o doador ter ou não um parceiro fixo, que, a meu juízo, faria toda a diferença para efeito de definição de uma conduta de risco, nos moldes em que foi posta.”

Fonte: Elaboração própria, com base na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº5543 (2020).

Dessa forma, o direito à saúde, seja pela proteção com relação ao risco de contaminação de doenças intravenosas, como também a carência de bolsas sangue em hemocentros do país, principalmente em um período de quarentena ocasionado pela COVID-19, ponderaram as discussões.

Com base na interpretação constitucional, o caso da doação de sangue por homens homossexuais busca erradicar condutas discriminativas e segregacionistas que impedem o pleno exercício de seus direitos fundamentais. Entretanto, o diálogo construído entre os poderes do Estado brasileiro não impediu que repercussões contrárias a discussão, visto que a ANVISA lançou uma nota, no dia 14 de maio de 2020, determinando que as normas da RDC devem permanecer em vigor até o julgamento final da ADI, abaixo transcrita:

A Anvisa esclarece que, até o encerramento definitivo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5543, as regras previstas na Portaria de Consolidação 5/2017 – Anexo IV do Ministério da Saúde (MS) e na Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 34/2014 da Agência sobre doação de sangue devem ser seguidas normalmente pelos serviços de hemoterapia públicos e privados em todo o país (ANVISA, 2020).

Por fim, mesmo com essas contradições entre os sistemas de saúde e as deliberações jurídicas, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, julgar procedente o pedido formulado pela Ação Direta de nº 5543 para declarar a inconstitucionalidade do art. 64, inciso IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e do art. 25, inciso XXX, alínea “d”, da Resolução da Diretoria Colegiada de nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e, parcialmente, o Ministro Alexandre de Moraes.

4. Do COVID-19 E AS REVERBERAÇÕES SOBRE A DOAÇÃO DE SANGUE POR PESSOAS HOMOSSEXUAIS E BISSEXUAIS

A Organização Mundial da Saúde (OMS) recomenda aos países que tenha como margem de doadores entre 1% a 3% de sua população. Devido a pandemia oriunda do vírus SARS-CoV-2, o Ministério da Saúde estima que houve uma redução

de 15% a 20% de doações, de um país que em 2020 tinha como média 1,6% da sua população doando sangue¹⁶. Esses acontecimentos trouxeram a discussão da proibição da doação de sangue por homens homossexuais e bissexuais em 2020, levando a sua mudança no mesmo ano.

Uma bolsa de sangue pode chegar a salvar até 4 vidas, sem contar que a bolsa não só é utilizada em transfusões sanguíneas, mas também em atendimentos de urgência, cirurgias mais graves e tratamentos de doenças crônicas, como câncer. Entretanto, a emergência do reaparecimento do tema dar-se em consequência da pandemia e ao déficit expressivo nos estoques dos bancos de sangue, levantando o questionamento de caso não houvesse a pandemia do COVID-19 quando efetivamente essa questão seria tratada e solucionada com base na proteção dos princípios supracitados.

Doenças como a AIDS expõem debates a respeito da discriminação de determinados grupos sociais, porque estes têm o poder de atingir dimensões públicas e pessoais. A inserção de uma discussão sociológica traz a possibilidade de impulsionar a desconstrução de comportamentos e verdades que hoje podem ser consideradas retrógradas, além de violar diretamente os direitos humanos.

Ademais, a Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS) moldou o conceito de risco em que, segundo Anthony Giddens, “se tornou central nos debates das ciências sociais sobre estilos de vida, saúde e medicina desde o final do século XX, e a emergência da AIDS certamente foi instrumental na criação de uma população mais ‘consciente do risco’” (2012, p. 290).

Como bem ratifica o referido sociólogo “o estigma é uma relação de desvalorização, na qual o indivíduo é desqualificado da aceitação social plena” (2012, p. 289). Essa desigualdade, tratada como discriminação no meio jurídico, possibilitou a inviabilização da aplicação de direitos fundamentais desses indivíduos, tal como ressalta o Ministro Relator, em seu relatório, a respeito da ADI 5543:

percebe-se claramente que o sistema jurídico pode ser, antes de tudo, um sistema de exclusão. Essa exclusão se opera em relação a pessoas ou situações as quais as portas de entrada na moldura das titularidades de direitos e deveres é negada. Tal negativa, emergente da força preconceituosa e estigmatizante dos valores culturais

¹⁶ AGÊNCIA Brasil. Diminuição da ordem de 15% a 20% no total de doações de sangue em comparação a 2019. Agência Brasil. 06 jan. 2021. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-01/queda-na-doacao-de-sangue-devido-pandemia-preocupa-hemocentros>>. Acesso em: 22 ago. 2021.

dominantes em cada época, alicerça-se num juízo de valor depreciativo, historicamente atrasado e equivocado (2020, p. 17).

Seguindo o mesmo pensamento, há uma exclusão médica no estabelecimento de fundamentos concretos a respeito da doença pois a proteção da saúde foi um tema abordado nas discussões entre os Ministros, como demonstrado no tópico anterior. Todavia, cabe um questionamento, porque o debate que perdurou por anos a respeito da doação de sangue por pessoas homossexuais era uma preocupação em cuidar da saúde de quem e para quem, visto o reforçamento hierárquico de dinâmicas hegemônicas de gênero e sexualidade reverberados dentro de discriminações por anos (RIOS, 2020).

Nesse sentido, o direito brasileiro não foi isonômico até o estabelecimento da ADI 5543, como também ainda não tem sido com grupos da comunidade LGBTQIAPN+, pois o tratamento injusto vai para além da ideia de preconceito, visto que as percepções individuais com relação a um grupo de pessoas materializaram a violação de direitos para os homens gays e bissexuais no que tange ao seu direito de doar sangue.

Ademais, tomando como base a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, o autor supracitado, Roger Rios, resumiu o conceito de discriminação para:

“...qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou qualquer campo da vida pública”. “Distinção”, “exclusão”, “restrição” ou “preferência” são termos que almejam alcançar todas as formas de prejudicar indivíduos ou grupos por meio de distinções ilegítimas no gozo e exercício de direitos (RIOS, 2008, p. 20-21).”

Portanto, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade se refere a uma discriminação indireta¹⁷ devido a limitação desproporcional do grupo de homens gays

¹⁷ O jurista Roger Rios diferencia a discriminação de forma direta e indireta. A primeira está relacionada com a intencionalidade da discriminação ao buscar causar prejuízos a pessoas ou grupos podendo, inclusive, estar expressa em lei. Em contrapartida, a discriminação indireta se dá por uma “uma motivação inconsciente – a denominada discriminação indireta inconsciente – até alastrar-se pelas estruturas organizacionais formais e informais, como acontece na discriminação institucional, na reprodução de privilégios invisibilizados ou

e bissexuais, mesmo de forma não intencional, mas que efetua um impacto prejudicial. Com a quarentena e a retomada da discussão sobre o tema, o debate foi tomado quase como uma medida emergencial, não como a necessidade de se repensar o direito para que este possa ser mais inclusivo. Ademais, o prejuízo em se restringir a doação de sangue é uma questão de repercussão nacional, principalmente em um cenário incerto como foi a pandemia advinda pelo SARS-CoV-2.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou enxergar a homofobia enraizada na sociedade brasileira e como esta impossibilitava os homens homossexuais e bissexuais de exercerem a sua cidadania por completo. As políticas adotadas pelo Ministério da Saúde e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária até 2020 eram claramente segregacionistas ao excluir e intitular um grupo como de risco sem qualquer embasamento científico.

Levando-se em consideração os aspectos históricos, responsáveis por moldar padrões sociais, a adoção da privação da doação de sangue por esse grupo ocorreu na época com o intuito de controlar a proliferação da AIDS/HIV. Todavia, os órgãos de saúde terminaram por institucionalizar a homofobia ao não analisar que o risco adivinha do ato sexual, seja praticado por heterossexuais, homossexuais, bissexuais, lésbicas ou qualquer outra orientação sexual.

Reforçando a ideia de comportamentos de risco, estes podem ser efetuados por pessoas de qualquer gênero e orientação, não devendo um grupo ser penalizado por isso. Ademais, a adoção de condutas de proibição é paradoxal, visto que as resoluções adotadas pelo governo para maior controle da coleta vão de encontro aos princípios constitucionais.

A proteção do receptor deve ser primordial sim, mas a ciência não deve ser excluída. O sistema de coleta de sangue ainda se encontra retrógrado, expondo o candidato a uma entrevista que vai para além do julgamento da sua boa-fé e invade a sua privacidade, ao questionar aspectos da sua vida sexual e privada, em que podem

naturalizados, abrangendo as situações de discriminação estrutural e sistêmica” (RIOS, 2020, p. 1338). Dessa forma, o autor julgou que a doação de sangue homoafetiva é um tipo de discriminação indireta devido a sua origem histórica, na tentativa de conter a disseminação da AIDS/HIV.

ser confirmados por meio dos testes efetuados após a coleta do material. Isso faz com que os brasileiros, que buscam fazer um ato de solidariedade, não tenha sua cidadania plenamente respeitada.

Desde a promulgação da Constituição em 1988, o Direito brasileiro passou por mudanças graças às reivindicações sociais, culturais e movimentos políticos, responsáveis por expandir o entendimento dos direitos de grupos que outrora foram marginalizados. Posto isto, é indispensável o tratamento das normas jurídicas como instrumentos capazes de desconstruir-se, pois a sociedade e os pensamentos mudam, devendo o ordenamento jurídico se atualizar em conformidade com os princípios fundamentais.

A inclusão jurídica se dá pela interpretação do princípio constitucional da isonomia, que, neste caso, a sua defesa está relacionada com o tratamento igualitário entre homens heterossexuais, homossexuais e bissexuais de doarem sangue. Apesar de não haver uma proibição efetiva tanto na portaria como na resolução, atribuir o período de 12 meses sem qualquer atividade sexual exclusivamente para homens homo e bissexuais já se apresenta como barreira praticamente intransponível para o exercício do ato doativo, sendo essa a uma determinação normativa que viola diretamente a liberdade do indivíduo e a sua própria dignidade humana.

Diante da carência dos bancos de sangue, principalmente com a pandemia de 2020 causada pelo COVID-19, o Supremo Tribunal Federal se viu na necessidade de adotar uma política mais inclusiva, exercendo seu papel contra majoritário na proteção dos grupos vulneráveis, proporcionando um olhar integral sobre o sujeito, permitindo um melhor diálogo entre profissionais, gestores e doares.

Conclui-se que o direito é um instrumento de constante desconstrução, necessário para repensar medidas, normas e leis retrógradas para a sociedade contemporânea. Portanto, determinar que homens gays e bissexuais comporiam um grupo de risco, além de diminuir possíveis doadores de sangue, impede que estes possam efetivamente exercer a sua cidadania. Ademais, é dever do Estado salvaguardar as garantias individuais e o equilíbrio coletivo da sociedade, como também fornecer o direito e garantir meios para que este possa ser concretizado.

REFERÊNCIAS

1. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Malheiros editores Ltda: São Paulo, 2015.
2. ANVISA. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Resolução da diretoria colegiada - RDC N° 34 de 11 de junho de 2014**. Brasília. Disponível em: <<https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20170553/04145350-rdc-anvisa-34-2014.pdf>>. Acessado em: 14 de janeiro de 2022.
3. ANVISA. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Doação de sangue: normas da RDC permanecem em vigor**. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/doacao-de-sangue-normas-da-rdc-34-permanecem-em-vigor>>. Acessado em: 15 de maio de 2022.
4. AVILA, Juliana Carreiro. **Vedação de doações de sangue de homens homossexuais: uma análise à luz da Constituição de 1988**. 2016. Monografia (Trabalho de conclusão de curso) - Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.
5. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5543**. Relator: FACHIN, Edson. Publicado no DJE de 11/05/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>>. Acessado em: 05 de março de 2022.
6. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
7. BRASIL. **Lei nº 10.205, de 21 de março de 2001**. Regulamenta o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 2001.

8. BRASIL. **Ministério da Saúde, Portaria 158/2016**. Disponível em <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2016/prt0158_04_02_2016.html>. Acessado em: 21 de fevereiro de 2022.
9. BRASIL. Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico Especial. **Semana Epidemiológica**, v. 43, n. 18/10, 2020.
10. CARDINALI, Daniel Carvalho. A proibição de doação de sangue por homens homossexuais: uma análise sob as teorias do reconhecimento de Fraser e Honneth. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 2, 2016, p. 110-136.
11. CARVALHEIRO, José da Rocha. Epidemiologia da aids: garimpando novos paradigmas. *In*: VERAS, Renato Peixoto et al. (Orgs.). **Epidemiologia: contextos e pluralidade**. Editora Fiocruz, 1998, p. 19-27.
12. COSTA, Fabrício Veiga. Institucionalização da homofobia no Brasil: proibição de gays doarem de sangue, a (in) constitucionalidade do artigo 64, inciso IV da portaria 158/2016 e resolução 34 da Anvisa. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**, v. 5, n. 2, 2019, p. 33-54.
13. GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6 ed. Porto Alegre: Penso, 2012.
14. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
15. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36 ed. Atlas: São Paulo, 2020.
16. MORAES, Maria Valentina; VARGAS, Eliziane Fadrin de. Doação sanguínea por homossexuais masculinos no Brasil - o embate STF x ANVISA e a (in)existência de diálogo entre poderes. **IUS ET VERITAS**, n. 62, 2021, p. 171-181.
17. MORRISON, Mathew L. Bad Blood: an examination of the constitutional deficiencies of the FDA's 'gay blood ban'. **Minnesota Law Review**, v. 99, 2015, p. 2363.

18. PASCHOALINI, Vitória Faria. CARLUCCI, Nina Valéria. A (In)contitucionalidadeda restrição da doação de sangue por homossexuais do sexo masculino. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, v. 7, n. 2, 2019, p. 2-29.
19. PINHO, A. M. et al. Triagem Clínica de Doadores de Sangue–Brasília: Ministério da Saúde. **Coordenação Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis e AIDS**, 2001.
20. RACHID, Marcia; SCHECHTER, Mauro. **Manual de HIV/aids**. Thieme Revinter Publicações LTDA, 2017.
21. RICH, Adrienne. Compulsory heterosexuality and lesbian existence. **Signs: Journal of women in culture and society**, v. 5, n. 4, 1980, p. 631-660.
22. RIOS, Roger Raupp. Tramas e interconexões no Supremo Tribunal Federal: Antidiscriminação, gênero e sexualidade. **Revista Direito e Práxis**, v. 11, 2020, p. 1332-1357.
23. RODRIGUES, Michelle Fernanda Góes. Doação de sangue por homossexuais: uma análise constitucional. *In*: ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 2016, São Paulo. **Anais [...]** São Paulo: 2016, p. 1-10.
24. SALOMÃO, Mateus Cunha. Homossexuais como “grupo de risco” na política de doação de sangue: prevenção ou preconceito? *In*: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **Direito nas veias: a doação de sangue na perspectiva dos direitos fundamentais**. Vitória: FDV Publicações, 2020, p. 157-171.
25. SANGY, Tassila Patrícia Salomon. **Fatores sócio comportamentais de doadores de sangue associados a resultados sorológicos de HIV em quatro hemocentros brasileiros**. 2019. Tese (Doutorado em Doenças Tropicais e Saúde Internacional) - Instituto de Medicina Tropical de São Paulo. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
26. SANTOS, Júlia Caroline Xavier; BARTELLI, Danielle Regina. A inconstitucionalidade e homofobia na portaria que regulamenta a doação de sangue

no Brasil. *In*: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO, 2018, Paraná. **Anais** [...] Paraná: 2018, p. 20-40.

27. TERTO JR, Veriano. Homossexualidade e saúde: desafios para a terceira década de epidemia de HIV/AIDS. **Horizontes antropológicos**, v. 8, 2002, p. 147-158.

28. UBIALI, Eugênia Maria Amorim. O processo hemoterápico e as etapas do ciclo do sangue. *In*: Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde. **Manual de orientações para promoção da doação voluntária de sangue**. 1. ed. Brasília, 2015.

O AUMENTO DOS CRIMES CIBERNÉTICOS NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO: o acompanhamento da legislação acerca do combate ao cibercrime

Eduardo Valentini Fernandes Maia ¹⁸

Eduardo de Araújo Cavalcanti ¹⁹

RESUMO

O processo de globalização desencadeou uma série de grandes mudanças no campo econômico, social e tecnológico. Estas alterações observadas promoveram o desenvolvimento da Internet e das tecnológicas de comunicação, mas também desencadearam conflitos entre a liberdade de expressão e os direitos à honra e à privacidade. Este estudo centra-se na evolução da criminalidade no ambiente digital, reconhecendo a fragilidade de respostas jurídicas adequadas para enfrentar as distorções emergentes nesta área. Nesse sentido, destaca-se que a legislação brasileira não acompanhou adequadamente os avanços tecnológicos, especialmente no que diz respeito aos crimes cibernéticos. Esta pesquisa pretende explorar estas questões de forma mais completa e aprofundada, procurando contribuir para uma compreensão dos desafios jurídicos que a sociedade enfrenta no mundo digital contemporâneo. O resultado sugere uma lacuna entre o avanço de cibercrime a regulamentação necessária para o combate.

Palavras Chaves. Cibercrimes. Crimes Virtuais. Internet. Legislação Brasileira.

ABSTRACT

The globalization process has triggered a series of major changes in the economic, social, and technological fields. These observed changes have promoted the development of the Internet and communication technologies, but have also triggered conflicts between freedom of expression and rights to honor and privacy. This study focuses on the evolution of crime in the digital environment, recognizing the fragility of adequate legal responses to face the emerging distortions in this area. In this sense, it is highlighted that Brazilian legislation has not adequately followed technological advances, especially with regard to cybercrimes. This research aims to explore these issues more fully and deeply, seeking to contribute to an understanding of the legal challenges that society faces in the contemporary digital world. The result suggests a gap between the advance of cybercrime and the necessary regulation for combat.

KeyWords: Cybercrimes. Virtual Crimes. Internet. Brazilian Legislation

¹⁸ Orientando

¹⁹ Professor orientador

1. INTRODUÇÃO

O avanço da tecnologia trouxe consigo uma alta circulação de informações e de dados. Advindo desse avanço tecnológico, surgiu também, a internet, que conseguiu conectar pessoas e informações de todo o mundo por meio digitais. Assim, surgiram novos meios de interação social, facilitando a coleta e compartilhamento de dados pessoais, além da comunicação facilitada com qualquer pessoa em qualquer lugar (ZANIOLO, 2022).

A internet é uma das tecnologias mais importantes e revolucionárias do século XXI. Desde a sua criação a rede tem se mostrado um recurso valioso e versátil, utilizado para diversas finalidades, tais como; comunicação, comércio, educação, entretenimento, entre outros. A rede mundial de computadores (World Wide Web) tem impactado profundamente a sociedade, possibilitando a conectividade global e a democratização do acesso à informação.

No Brasil, o fenômeno é sentido em todos os aspectos, seja pelo rápido acesso às informações, seja pelo grande aumento do número de crimes cibernéticos. Desde o início, a norma e a regulamentação procuram atuar no sentido de localizar e normalizar as lacunas deixadas pelas práticas escusas.

A lei de nº 12.737/12 trouxe consigo a denominação do crime cibernético, mesmo não podendo ser vista como predominante, haja vista, que a doutrina não deixa claro um conceito, podendo ser chamados de crime de informática, crime virtual e outros. Diante do que se pode estabelecer, existe explicação de Castro: “[...] São denominados de crimes de informática as condutas descritas informática ou os dados e as informações neles utilizados (armazenados ou processados) (CASTRO), 2003, p.1)”

Assim, ao lado dos benefícios gerados pela internet, muitas mazelas também são observadas, basta ver o volume de fake news e crimes gerados pela própria rede. Com isso, diante de toda a facilidade que a internet trouxe consigo e com a “segurança” de estar por trás de uma tela, as pessoas começaram a utilizar desse meio para praticar condutas ilícitas, também denominadas de crimes cibernéticos.

Esses crimes cibernéticos constituem uma realidade na sociedade moderna, tornando um meio indispensável para a comunicação, informação e comércio. Com o uso crescente da tecnologia a cibercriminalidade passou a ser uma ameaça global,

afetando indivíduos empresas e governos em todo o mundo. Esses delitos podem envolver diversas condutas ilícitas, tais como: invasão de sistemas, fraude eletrônica, roubo de informações, assédio virtual, entre outros.

Os crimes cibernéticos, com o passar do tempo, vem apresentando uma alta relevância na nossa sociedade, dada a crescente utilização de tecnologias e da internet nas nossas vidas. O uso cada vez mais comum de dispositivos móveis, redes sociais e serviços online, têm expostos as pessoas e empresas a riscos crescentes de ataques cibernéticos, bem como à exposição de informações pessoais e corporativas.

Nesse sentido, o estudo dos crimes cibernéticos é essencial para entender as principais ameaças e vulnerabilidades, bem como para desenvolver estratégias de prevenção e combate desses crimes. Além disso, a legislação e a jurisprudência relacionadas aos crimes cibernéticos ainda são relativamente novas e em rápida evolução, o que torna esse tema desafiador e dinâmico para pesquisas na área do direito.

Por outro lado, o tema de crimes cibernéticos também se justifica pelos seus impactos econômico e social. O aumento dos cibercrimes tem gerado prejuízos financeiros e danos reputacionais para empresas, como por exemplo, o ataque hacker que ocorreu contra o Banco do Brasil em 2020, onde os hackers utilizaram de malware para acessar as contas de clientes do banco e realizar transferências fraudulentas de dinheiro para contas em outros bancos. Além disso, os crimes cibernéticos também podem ter impactos na privacidade e segurança das pessoas, na segurança nacional e até mesmo na democratização da informação.

Por fim, o estudo dos crimes cibernéticos na área do direito é relevante não apenas para entender as questões jurídicas envolvidas, mas também para contribuir com soluções e estratégias efetivas para prevenir e combater esses crimes, garantindo a segurança e proteção dos indivíduos e da sociedade como um todo.

O objetivo desse trabalho de conclusão de curso é identificar a evolução da caracterização dos crimes cibernéticos, do volume destes crimes e os caminhos que a regulamentação tem adotado no combate às práticas criminosas.

2. CONCEITO DE CRIMES CIBERNÉTICOS

A nomenclatura de crimes cibernéticos foi surgindo à medida que os padrões tecnológicos sofreram constantes modificações, no final dos anos 1990 pesquisadores criminologistas, como David S. Wall, utilizaram a nomenclatura *crimes cibernéticos* para designar os delitos on-line.

Os crimes cibernéticos referem-se a uma variedade de atividades criminosas que são executadas por meio de uso indevido da tecnologia da informação. Essas condutas incluem, mas não se limitam, a invasões de sistemas, roubo de dados, fraude eletrônica, disseminação de malware, acesso não autorizada a informações pessoais, phishing, entre outras.

A sua peculiaridade reside no fato de que são cometidos em um ambiente virtual, apresentando desafios adicionais de identificação, investigação e responsabilização dos perpetradores.

Segundo Zaniolo (2022), os cibercrimes não se estendem apenas na área do Direito Penal e Direito Processual Penal, mas também, nas áreas do Direito Econômico, Direito do Consumidor, Direito do Comércio Eletrônico, Direito do Ciberespaço, Direito da Comunicação, Direito da Tecnologia, Direito Intelectual e Direito Industrial.

Essa tipificação de crimes abrange um amplo aspecto de comportamentos delituosos que são cometidos por meio do uso indevido da tecnologia. Ele pode envolver crimes tradicionais já pautados no nosso Código Penal, como calúnia, difamação, estelionato e furto, que podem ser cometidos utilizando-se de meios eletrônicos. Além disso, há crimes específicos que são característicos do ambiente digital, como a pornografia infantil, violação de direitos autorais e ataques cibernéticos direcionados a sistemas governamentais, instituições financeiras ou empresas.

Vale ressaltar que a internet pode-se ser dividida em duas, a “*surface web*” e “*deep web*”, onde na *surface web* seria onde a maioria de nós utilizamos, com mecanismos de buscas tradicionais (Google e Bing), que prontamente informam os endereços eletrônicos (URL) de sítios correlatos às buscas desejadas. A *deep web* deve ser entendida como os bastidores da internet, onde se encontram os dados primordiais para a manutenção da grande rede e que não podem ser acessados por pessoas comuns, apenas possuidores de endereços e credenciais de acesso.

Entretanto, quem navega na *deep web* não necessariamente deseja cometer algum tipo de delito, mas certamente estará em busca de mais privacidade, sem risco de rastreamento.

Dentro da *deep web* temos também a *dark web*, onde normalmente é onde acontece os maiores crimes cibernéticos. Para acessar a *dark web* é necessário ferramentas de proteção de dados e de criptografia, pois certamente, ao entrar nela, será atacado, podendo ter seus dados roubados. Na *dark web*, podemos encontrar diversos conteúdos extremistas e terroristas, incluindo fóruns, blogs, redes sociais, vídeos sob demanda, o famoso “mercado negro”, com venda de drogas, órgãos, armas, pornografia infantil e até mesmo pessoas.

No Brasil, o principal instrumento legal que trata dos crimes cibernéticos é a Lei nº 12.737/2012, conhecida como Lei Carolina Dieckmann. Essa lei dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, acrescentando os artigos 154-A e 154-B do Código Penal.

Portanto, é importante ressaltar que as leis relacionadas a crimes cibernéticos estão evoluindo de forma ainda lenta, no sentido de acompanhar o desenvolvimento tecnológico e as novas formas de crimes digitais. A leitura de crimes cibernéticos tem sido cautelosa, mas envolvendo os diversos aspectos presentes, de forma ainda precária.

3. CRIMES VIRTUAIS

3.1 CRIMES CONTRA A HONRA

Ao se falar em crimes virtuais, uma grande vertente são os crimes contra a honra, sendo eles os crimes de ameaça, difamação, calúnia, constrangimento ilegal, apologia ao crime ou criminoso, entre outros. A apologia ao crime ou criminoso está preceituado no art. 287, CP:

“Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.”

O ato de elogiar o criminoso ou a conduta criminosa, pode ser considerado um ato gravíssimo, pois enaltece a fama que o sujeito consegue ao aparecer na mídia, gerando assim, o chamado “efeito-cópia”.

Entende-se por *efeito-cópia* o comportamento que se verifica quando da ocorrência de eventos que despertam a atenção da mídia: de um momento para outro, surgem outros semelhantes, replicando aquela merecedora dos “momentos de glória”. Possivelmente, a cópia é responsável por uma parcela da criminalidade (ZANIOLO, 2022).

Em relação ao crime de calúnia e difamação, ambos estão preceituados nos artigos 138 e 139, do Código Penal:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

§ 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo:

I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível;

II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141;

III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

A atribuição de alegações difamatórias a alguém através de um site de notícias, será pautado pela Lei de Imprensa caso o serviço tenha a finalidade de compartilhar conteúdo jornalístico, informações, notícias, análises, críticas, publicidade, entre outros. Portanto, pode ser equiparado a um *serviço noticioso*, como estabelece o artigo 12, da Lei nº 5.250/1967 (Lei de Imprensa) e, conseqüentemente, ser classificado como meio de informação e disseminação. “Art. 12. Aquêles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação ficarão sujeitos às penas desta Lei e responderão pelos prejuízos que causarem.”

O artigo 141, §2º, CP, prevê o triplo da pena de calúnia, difamação e injúria se o crime for cometido ou divulgado em quaisquer modalidades das redes sociais da rede mundial de computadores.

3.2. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL ENVOLVENDO MENORES

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) contempla várias ações criminosas que são frequentemente perpetradas no cenário digital, sendo as mais significativas aquelas relacionadas aos delitos contra a liberdade sexual de criança e adolescentes.

Ao contrário das condutas anteriormente descritas, estas acontecem em extremo sigilo na maioria das vezes. Alguns aplicativos de celular facilitam a troca de mensagens, instantaneamente o que faz com que vários usuários compartilhem a informação sem saber que estão incorrendo, necessariamente, em crime (CUNHA, 2014). “Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008). Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.”

Conforme Oliveira (2022), com a crescente exposição de crianças e adolescentes às redes sociais, muitos acabam sendo convencidos a exibir o próprio corpo por meio de fotos e vídeos publicados na internet, sem o conhecimento de seus responsáveis.

3.2.1 Cyberbullying

Bullying é a prática de atos violentos, intencionais e repetidos, contra uma pessoa indefesa, que podem causar danos físicos e psicológicos à vítima. Com o advento da Internet e da popularização dos equipamentos para conectá-la, a prática do *bullying* rapidamente estendeu-se à rede mundial de computadores, mais especificadamente, nas redes sociais. O *cyberbullying* pode ser conceituado como “dano intencional e repetido infligido por meio do uso de computadores, telefones celulares e outros dispositivos eletrônicos” (ZANILOLO, 2022).

A prática de *cyberbullying* é amplamente facilitada pelas novas tecnologias de informação, especialmente pelas redes sociais. Essas plataformas permitem a disseminação de comportamentos hostis e repetitivos com grande facilidade. O *cyberbullying* envolve a realização de ações com o objetivo de difamar, caluniar ou prejudicar o bem-estar social e psicológico de uma pessoa específica. Este tipo de

violência, amparado pelo anonimato que as redes sociais oferecem, está cada vez mais presente na vida de muitas crianças e adolescentes em todo o mundo.

Portanto, embora as agressões do *cyberbullying* não sejam de natureza física, suas repercussões podem ser tão graves ou até mais severas do que as agressões no *bullying* tradicional. Isso ocorre porque os abusos têm um impacto psicológico, que pode perdurar por muitos anos.

No Brasil, o *cyberbullying* não é classificado como um delito específico, mas pode ser aproveitado em outros crimes previstos no código penal, tais como difamação, injúria, ameaça, calúnia, entre outros.

3.2.2 Crimes virtuais contra o patrimônio

Os crimes contra o patrimônio são o maior problema enfrentado pela Legislação Penal Brasileira e não seria diferente nos crimes virtuais, dando um maior destaque para o crime de estelionato preconizado no art. 171 do Código Penal. “Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. (Vide Lei nº 7.209, de 1984)”

Greco (2022) informa que para se caracterizar o crime de estelionato é necessário induzir ou manter a vítima em erro mantendo a vítima em uma concepção equivocada da realidade, ou seja, um conhecimento falso do que ocorre no mundo real. Assim, a vítima é movida acreditando numa coisa, enquanto a realidade é outra.

No âmbito virtual, a forma mais comum de praticar estelionato é utilizando de *phishing*, que é um termo proveniente da analogia criada pelos fraudadores, onde as *iscas* (mensagens de e-mail) são utilizadas para “pescar” senhas e dados financeiros de usuários da internet (ZANIOLO, 2022).

Portanto, na internet, é frequente que um estelionatário envie ao usuário um e-mail contendo informações falsas, induzindo o destinatário em erro a clicar em um link, induzindo-o a acreditar que ao fazê-lo será direcionado para um site confiável, supostamente para atualizar suas informações cadastrais. Isso permite que o criminoso obtenha informações pessoais e confidenciais do usuário.

4 AVANÇO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA FRENTE AOS CRIMES CIBERNÉTICOS

4.1 LEI CAROLINA DIECKMANN

A Lei Carolina Dieckmann é o nome popular dado à Lei nº 12.737 aprovada no Brasil em 30 de novembro de 2012. Essa lei foi criada com o intuito de tipificar e criminalizar condutas relacionadas a crimes cibernéticos, especificadamente aqueles envolvendo invasão de dispositivos informáticos e a obtenção, divulgação ou comercialização não autorizada de dados pessoais.

A origem do nome “Lei Carolina Dieckmann” remete a um caso específico de violação de privacidade ocorrido em 2012, envolvendo a atriz brasileira Carolina Dieckmann. Na ocasião, fotos íntimas da atriz foram roubadas de seu computador pessoal e publicado na internet após ela resistir às chantagens, no valor de dez mil reais, para que as imagens fossem apagadas. Esse incidente impulsionou o debate sobre a necessidade de uma legislação específica para combater os crimes cibernéticos.

A lei 12.737/2012 representa um avanço importante no enfrentamento dessas condutas ilegais. Ela estabelece apenas para os crimes de invasão de dispositivos informáticos, como computadores, smartphone e tablets, bem como para a obtenção, divulgação ou comercialização não autorizada de dados pessoais, como senhas, fotos, vídeos, documentos e informações confidenciais.

Com isso, a lei dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, acrescentando os artigos 154-A e 154-B, e alterando os artigos 266, §§1º e 2º do Código Penal:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da

União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

Art. 266 - Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento.

§ 2º Aplicam-se as penas em dobro se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.”

Além disso, a lei prevê a agravante quando esses crimes são cometidos contra autoridades públicas, como políticos, juízes, promotores e policiais, ou quando causam prejuízos econômicos ou financeiros significativos. Também são estabelecidos mecanismos para a investigação e a punição desses delitos, incluindo a cooperação entre órgão de segurança e a possibilidade de autoridades solicitarem medidas cautelares para preservar a integridade das provas.

Portanto, a Lei Carolina Dieckmann teve um papel importante na conscientização sobre a importância da proteção dos dados pessoais e da privacidade no ambiente digital, além de reforçar a responsabilidade penal para aqueles que cometem crimes cibernéticos.

4.2 MARCO CIVIL DA INTERNET

A Lei nº 12.965/2014, mais conhecida como Marco Civil da Internet, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, e determina as diretrizes para atuação da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria (BRASIL, 2014).

O Marco Civil da Internet dispõe sobre a guarda e fornecimento de dados de conexão e de acesso à aplicação em observância aos direitos de intimidade e privacidade. No artigo 7º, é assegurado os direitos dos usuários, entre eles, o da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, o do sigilo do fluxo de suas comunicações pela Internet, bem como o de suas comunicações privadas armazenadas (ZANIOLO, 2022).

O Supremo Tribunal de Justiça fixou por alguns entendimentos acerca da Lei nº 12.965/2014, sendo eles: (STJ, 3ª Turma, REsp1.641.133, Rel. Min. Nancy Andrighi, publ. 01.08.2017.)

- a) Os provedores não respondem objetivamente pela inserção no sítio, por terceiros, de informações ilegais;
- b) Os provedores não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo das informações postadas no sítio por seus usuários;
- c) Os provedores devem, assim que tiverem conhecimento inequívoco da existência de dados ilegais no sítio, removê-los imediatamente, sob pena de responderem pelos danos respectivos; e
- d) Os provedores devem manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários, cuja efetividade será avaliada caso a caso.

Nesse contexto, é evidente que o Marco Civil da Internet tem como principal objetivo a proteção da privacidade de todos os usuários. Isso representa um avanço notável na promoção da neutralidade da rede, introduzindo uma inovação significativa, sendo ela, a necessidade de uma ordem judicial para permitir a publicação de dados de qualquer usuário em sites ou redes sociais. Essa mesma premissa se estende à remoção de conteúdo do ambiente virtual, com exceção das vítimas de violações de sua intimidade, que possuem o direito de solicitar a exclusão de conteúdo impróprio.

4.3 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS - LGPD

A Lei nº 13.709 de 2018, mais conhecida como LGPD, regula o tratamento, tanto de pessoa física como jurídica, de dados pessoais e sensíveis, inclusive nos meios digitais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, sendo aplicável ainda, aos entes públicos (ZANIOLO, 2022).

4.4 LEI DE *STALKING*

A lei de *Stalking* é uma legislação específica que visa combater e punir a prática do *stalking*, também conhecido como perseguição obsessiva. No Brasil, essa lei é denominada Lei nº. 14.132, aprovada em 31 de março de 2021, e entrou em vigor em 5 de abril de 2021.

O *stalking* é caracterizado por um comportamento repetitivo e invasivo, no qual uma pessoa persegue, assedia ou ameaça repetidamente outra pessoa, causando-lhe medo, angústia ou constrangimento. Esse tipo de conduta ocorria principalmente no ambiente offline, se manifestando atualmente no ambiente online, por meio das redes sociais, mensagens eletrônicas, ligações telefônicas e outras formas de comunicação digital.

Essa lei estabelece como crime a conduta de perseguir alguém de forma reiterada, direta ou indireta, causando-lhe a intimidação e medo. Além disso, a lei considera como agravante o fato de o autor do *stalking* ser ex-parceiro(a) íntimo(a) da vítima, o que pode ocorrer em casos de término de relacionamentos abusivos.

A lei de *Stalking* acrescentou no Código Penal o artigo 147-A e os §§1º ao 3º:

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio,ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – contra criança, adolescente ou idoso;

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.§ 3º Somente se procede mediante representação.

A lei 14.132/2021, tem como objetivo principal proteger as vítimas e coibir a prática de perseguição obsessiva, garantindo a segurança e a integridade física e psicológica das pessoas. Ela reforça a importância do respeito à privacidade e à autonomia individual, buscando prevenir danos emocionais e físicos causados pelo *stalking*.

5 USO DE CRIPTOMOEDAS E CRIMES CIBERNÉTICOS

Conforme a Binance.com (2023), conceitualmente, as criptomoedas são consideradas ativos virtuais, bens incorpóreos, ou seja, inexistem no mundo material. São virtualmente representadas por uma sequência alfanumérica criptografada de até 34 (trinta e quatro) dígitos, cuja transações são validadas no mundo pelo sistema de *blockchain*, absolutamente dissociadas de qualquer controle ou ingerência do Poder Público, nacional ou estrangeiro

Uma das principais características das criptomoedas, é a possibilidade de transações *peer-to-peer* (entre pares), sem a necessidade de intermediários, como banco ou instituições financeiras. Isso permite transações rápidas e com menores taxas em comparação com as transações tradicionais.

Com efeito, o acesso a elas demanda uma chave privada, de conhecimento único e exclusivo do proprietário da carteira eletrônica (local onde ficam atrelado as criptomoedas), igualmente representadas por uma sequência numérica criptografada.

Ademais, as criptomoedas são ativos virtuais supranacionais descentralizados, ou seja, não estão ao alcance de nenhuma autoridade pública, de nenhum país. Assim, são essencialmente imunes a arrestos ou penhoras, sendo a única exceção em relação as ativos que transitoriamente estejam nas corretoras das criptomoedas (*Exchanges*).

Conforme a Instrução Normativa RFB 1888, de 03/05/2019, o criptoativo pode ser conceituado da seguinte forma:

Art. 5º Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se:
I - criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal;

O pesquisador tcheco Jan Lanky estabeleceu seis condições para que determinado sistema sejam considerados criptomoedas (ZANILOLO, 2022):

- (a) Não requer autoridade central, seu estado mantém-se por intermédio de consenso distribuído;
- (b) Mantém o controle das unidades de criptomoedas e seus respectivos proprietários;
- (c) Define as novas unidades criptomoedas que poderão ser criadas, bem como acerca da propriedade dessas novas unidades;
- (d) A propriedade de unidades de criptomoeda poderá ser comprovada, exclusivamente, por meio da criptografia;
- (e) Permite a realização de transações, nas quais a propriedade das unidades criptográficas seja alterada. Uma declaração de transação somente poderá ser emitida por uma entidade que comprove a propriedade dessas novas unidades;
- e,
- (f) Caso duas instruções diferentes forem simultaneamente inseridas, para alterar a propriedade das mesmas unidades criptográficas, o sistema executará no máximo uma delas.

A primeira e mais conhecida criptomoeda é o Bitcoin, criado em 2009 por uma pessoa ou grupo utilizando o pseudônimo Satoshi Nakamoto. A proposta inicial do Bitcoin foi resolver um problema econômico inerente ao comércio eletrônico, os atritos e os altos custos de transação da negociação pela internet, particularmente relevantes para transações de pequeno valor.

Embora as criptomoedas tenham ganhado popularidade nos últimos anos, é importante destacar que seu uso ainda enfrenta desafios e questões regulatórias em muitos países. A segurança e a proteção dos ativos digitais, bem como a prevenção de atividades ilegais, como lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, são questões que estão sendo abordadas por governos e órgãos reguladores ao redor do mundo.

Um dos crimes mais frequentemente associados aos criptoativos é a lavagem de dinheiro. A natureza pseudônima das transações com criptomoedas torna mais difícil rastrear a origem e o destino dos recursos financeiros. Os criminosos podem converter fundos ilícitos em criptomoedas e realizar uma série de transações complexas para obscurecer a trilha do dinheiro. Posteriormente, podem converter as criptomoedas novamente em moedas tradicionais, com o Dólar ou o Real, deixando

ainda mais difícil a identificação da origem dos fundos. Essa facilidade de lavagem de dinheiro oferecida pelos criptoativos representa um grande desafio para as autoridades e órgãos de segurança, que precisam desenvolver estratégias eficientes de investigação e prevenção desse crime.

Além disso, os criptoativos têm sido utilizados em fraudes, golpes e esquemas de pirâmide. Com a popularidade crescente das criptomoedas, surgiram projetos fraudulentos de *Initial Coin Offerings* (ICOs) e esquemas de investimento falso, que visam enganar os investidores desavisados. Por meio desses golpes, os criminosos prometem retornos exorbitantes e persuadem as pessoas a investirem em projetos falsos ou inexistentes. Essas atividades fraudulentas minam a confiança do mercado de criptoativos e causam prejuízos significativos para os investidores.

O Código Penal brasileiro possui dispositivos que podem ser aplicados a crimes relacionados a criptoativos. Por exemplo, a lavagem de dinheiro, citada anteriormente, é tipificada como crime no artigo 1º da Lei nº 9.613/1998, que estabelece penas para quem oculta ou dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens proveniente de crimes.

Além disso, eles têm sido explorados também em crimes como *phishing* (termo proveniente da analogia criada pelos fraudadores, onde se utiliza de *iscas* para *pescar* senhas e dados financeiros de usuários da Internet) e *hacking* de carteiras digitais. Os criminosos utilizam técnicas de *phishing* para enganar as pessoas e obter acesso às suas informações confidenciais, como senhas de carteiras de criptomoedas. Por meio dessas práticas, eles podem assumir o controle das carteiras e transferir os fundos para suas próprias contas.

Em suma, os criptoativos têm sido utilizados como ferramentas por criminosos para a prática de diversos crimes. A lavagem de dinheiro, fraudes, golpes, ransomware (*software* malicioso que infecta computadores, onde os criminosos exigem uma taxa para o sistema voltar a funcionar), e crimes cibernéticos são exemplos desses delitos relacionados aos criptoativos. A natureza descentralizada das transações com criptomoedas apresenta desafios significativos para as autoridades e órgão de segurança na investigação e repressão desses crimes.

É importante uma regulamentação mais específica e abrangente dos criptoativos no âmbito do Direito Penal. A falta de normas claras e atualizadas podem gerar lacunas e dificultar a aplicação adequada da lei. É fundamental que o legislador

considere as peculiaridades dos criptoativos, sua natureza descentralizada, as tecnologias subjacentes, bem como os riscos e desafios associados a eles.

Além disso, a cooperação internacional deve desempenhar um papel crucial na investigação e repressão dos crimes. As criptomoedas não têm fronteiras físicas, o que torna a colaboração entre os países essencial para combater crimes transnacionais. A troca de informação, a harmonização de legislações e a criação de acordos de cooperação são medidas necessárias para enfrentar os desafios transnacionais relacionados aos criptoativos.

Portanto, as perspectivas e recomendações para lidar com os desafios dos criptoativos no Direito Penal brasileiro incluem a regulamentação específica, a cooperação internacional, o investimento em capacitação e tecnologia, a conscientização da sociedade e a participação ativa de todos os envolvidos. Essas medidas são fundamentais para garantir a segurança jurídica, proteger os direitos dos cidadãos e promover um ambiente seguro e confiável para o uso dos criptoativos no contexto brasileiro.

6 AUMENTO DOS CRIMES ADVINDOS DAS REDES SOCIAIS

Redes sociais são plataformas online que permitem que indivíduos, grupos e organizações se conectem e interajam virtualmente, oferecendo uma variedade de recursos que facilitam a criação de perfis, compartilhamento de informações, comunicação, formação de comunidades e interações sociais. As redes sociais são usadas para manter contato com amigos, familiares, colegas, bem como para se envolver em discussões, compartilhar conteúdo multimídia e acompanhar notícias e eventos. Constata-se que o grande aumento de números de redes sociais, assim como, o aumento dos números de usuários, fez crescer o aumento de crimes cibernéticos. Somente no Brasil, no ano de 2022, conforme o relatório feito pela SaferNet em parceria com o Ministério Público Federal, o número de crimes virtuais de ódio cresceu em 654% em relação ao ano anterior (SAFERNET, 2022).

O aumento dos crimes cibernéticos e sua relação com as redes sociais estão intrinsecamente ligados, sobretudo, a partir da percepção dos criminosos de importância de tais redes no foco de atividades ilícitas.

6.2 NOTÍCIAS FALSAS (*FAKE NEWS*)

As conveniências de comunicação proporcionadas pela Internet possibilitam que pessoas, frequentemente impulsionadas por sentimentos intensos ou o anseio por atrair atenção, com finalidade de gerar surpresa, revolta ou difamar a imagem de terceiros, acabam divulgando informações parcialmente compreendidas (ZANILOLO, 2022).

O fenômeno de *Fake News* ou notícias falsas não se restringe apenas à Internet, porém são impulsionadas pela mesma, pois a Internet deu visibilidade a esse tipo conteúdo.

Segundo Zaniolo (2022), não se pode confundir simples boatos com *fake News*, pois as notícias falsas podem ser criadas para gerar lucro e referem-se a “conteúdo deliberadamente falso que mimetiza notícia e é distribuído em rede social com o intuito de gerar benefício, podendo ser econômico, político etc., enquanto boato é algo predominantemente humorístico, nada oficial.

Conforme o Min. Dias Toffoli, Presidente do Supremo Tribunal à época: “A divulgação massiva de notícias fraudulentas (*fake news*) gera campanhas de desinformação com o objetivo de criar caos, mediante a agitação contínua da opinião pública e o estímulo à divisão e ao conflito institucional e social.”

O nosso ordenamento jurídico brasileiro possui iniciativas suficientes para coibir a proliferação de informações falsas, como os crimes contra a honra (arts. 138, 139 e 140, CP), denúncia caluniosa (art. 339, CP), invasão de dispositivo informático (art. 154-A, CP) e o previsto na legislação eleitoral (art. 326-A, Lei 4.737/1965) são exemplos de repercussão de notícias falsas na esfera penal.

O Marco Civil da Internet (Lei nº. 12.965/2014) estabelece que, para que uma ordem judicial de remoção de conteúdo considerada infratora seja válida, é necessário apresentar uma “identificação clara e específica do conteúdo” (art. 19, §1º, Lei nº 12.965/2014), sob o risco de torná-la nula.

6.3 ABUSO E EXPLORAÇÃO SEXUAL INFANTIL

As crianças e adolescentes estão acessando a Internet cada vez mais cedo e por mais dispositivos. Conforme a pesquisa realizada pela SaferNet, no ano de 2023,

houve um aumento de 13% no número de crianças de até 6 anos de idade acessando a internet, em relação a 2015, sendo 97% usando a internet por celulares.

Com o grande aumento dos acessos de crianças na Internet, muitas são induzidas a situações de superexposição, de modo que muitas vezes aliciadas, acabam sendo convencidas a exibir o próprio corpo por meio de fotos e vídeos publicados na internet (OLIVEIRA, 2022). Conforme os dados de operações da Polícia Federal, houve um aumento de 69,9% nas operações que possuíam crianças e adolescentes como vítimas.

O art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) busca abolir, de modo específico, a pornografia infantil na internet. Segundo Zaniolo (2022), a rede mundial tem sido um ambiente extremamente favorável à proliferação da pornografia, servindo como campo fértil para a disseminação da pedofilia.

O Estado, por sua vez, tem se movimentado sistematicamente de forma interina na repressão desse comportamento, seja ele a prática direta de abuso sexual contra menores, seja quando implica na perpetuação ou no estímulo a esse tipo de crime.

No dia 18 de maio de 2023, conforme documentos apresentados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, a Polícia Federal na Operação Caminhos Seguros prendeu 1.008 adultos e recolheu 6.185 materiais pornográficos digitais infanto-juvenis, possuindo um crescimento de 70% em relação ao mesmo período do ano de 2022 (MJSP, 2023).

Em 2008, o artigo 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por definição criminalizou a pornografia infantil, que se caracteriza por condutas ou situações que envolvam crianças e adolescentes praticando atividade sexual explícita, real ou mesmo simulada, e com fins exclusivamente sexuais. “Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão cena de sexo explícito ou pornográfica compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.”

A definição legal de *pornografia infantil*, apresentada pelo artigo supracitado, não é completa e deve ser interpretada com vistas à proteção da criança e do adolescente em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, tratando-se de

norma penal explicativa que contribui para a interpretação dos tipos penais abertos (ZANIOLO, 2022).

6.4 EXTORSÃO

O crime de extorsão consuma-se quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, constrange a vítima com o intuito de obter vantagem econômica indevida, conforme a Súmula 96 do Supremo Tribunal de Justiça (ZANIOLO,2022).

O crime de extorsão é previsto no art. 158 do Código Penal:

Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - Se o crime é cometido por duas ou mais pessoas, ou com emprego de arma, aumenta-se a pena de um terço até metade.

§ 2º - Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior.

§ 3º Se o crime é cometido mediante a restrição da liberdade da vítima, e essa condição é necessária para a obtenção da vantagem econômica, a pena é de reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, além da multa; se resulta lesão corporal grave ou morte, aplicam-se as penas previstas no art. 159, §§ 2º e 3º, respectivamente.

No âmbito digital, a prática do crime de extorsão ocorria quando os criminosos invadiam em massa algum sítio da Internet em uma hora e data específica. Com milhares de acessos ao mesmo tempo, o sítio entrava em pane, paralisando seu funcionamento. A quadrilha entrava em contato com os responsáveis pelo sítio, exigindo altas quantias para reverter à situação normal.

O crime de extorsão foi responsável pela criação da mais importante Lei contra os crimes cibernéticos, sendo ela a Lei Carolina Dieckmann, onde os criminosos invadiram o computador da atriz, copiando suas fotos íntimas. O conteúdo acabou sendo exposto na Internet após ela resistir às chantagens, no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cibercriminalidade é um fenômeno crescente no mundo contemporâneo, representando um desafio significativo para a segurança digital e a privacidade das pessoas. A rápida expansão da tecnologia e da internet proporcionou uma plataforma ampla para atividades criminosas que variam desde ataques cibernéticos até o roubo de informações pessoais e financeiras.

O presente trabalho analisou a evolução das atividades jurídicas em relação aos crimes cibernéticos, particularmente em sua conexão com as redes sociais. O aumento dos crimes virtuais tem se tornado uma realidade inegável e desafiadora em um mundo cada vez mais digital e interconectado. As redes sociais, que desempenham um papel significativo na vida moderna, emergem como uma plataforma propícia para uma variedade de atividades criminosas, desde a disseminação de informações falsas até o *cyberbullying* e o roubo de informações pessoais.

Neste cenário, uma questão crucial abordada neste estudo é a carência de legislação adequada para enfrentar os desafios dos crimes cibernéticos. Enquanto as tecnologias avançam a uma velocidade impressionante, as leis muitas vezes lutam para acompanhar essas mudanças. A lacuna entre a inovação tecnológica e a regulação legal é evidente, e essa deficiência coloca em risco a proteção dos direitos e a segurança dos cidadãos online.

Além disso, a colaboração entre diferentes atores, incluindo governos, empresas de tecnologia, forças policiais e sociedade civil, é essencial para enfrentar os crimes cibernéticos de maneira eficaz. A partilha de informações, a coordenação de esforços e a implementação de políticas de segurança cibernética robustas são cruciais para combater os crimes virtuais.

Em considerações finais, a cibercriminalidade, em especial sua relação com as redes sociais, representa um desafio significativo no mundo contemporâneo. O crescente aumento dos crimes virtuais, a falta de legislação adequada e a necessidade de conscientização e colaboração destacam a importância de se abordar essa questão com celeridade e eficácia. A proteção dos direitos e a segurança dos usuários digitais devem ser prioridades significativas, e é fundamental continuar

pesquisando e implementando soluções para enfrentar esse desafio, que ora está evoluindo de forma intensa e preocupante.

REFERÊNCIAS

1. BINANCE, 2022, **O que são criptomoedas?** 2022. Disponível em: <
<https://academy.binance.com/pt/articles/what-is-a-cryptocurrency>>. Acesso em
27 de julho de 2023.
2. BRASIL. **Código Penal Brasileiro**, Brasília, Brasil. 1940.
3. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília:
Congresso Nacional, 1988.
4. BRASIL. **Lei Federal nº. 12.737**, de 30 de novembro de 2012.
5. BRASIL. **Lei Federal nº. 12.965**, de 23 de abril de 2014.
6. BRASIL. **Lei Federal nº. 13.709**, de 14 de agosto de 2018.
7. BRASIL. **Lei Federal nº. 8.069**, de 13 de julho de 1990.
8. Crimes modernos: o impacto da tecnologia no direito / Pedro Augusto Zaniolo –
5.ed.rev., ampl. E atual. – São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.
9. GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: volume 2: parte especial: artigos 121
a 212 do código penal /**. – 19. Ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2022. Disponível em:
[https://rm.coe.int/cm-convention-108-portuguese-version-2756-1476-7367-
1/1680aa72a2](https://rm.coe.int/cm-convention-108-portuguese-version-2756-1476-7367-1/1680aa72a2).
10. SOUZA, Bernado de Azevedo e, coordenador. **Metaverso e Direito: Desafios e
Oportunidades**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
11. MJSP, **Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2023**. Disponível em: <
[https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/mjsp-divulga-numeros-de-combate-
a-exploracao-de-criancas-e-adolescentes](https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/mjsp-divulga-numeros-de-combate-a-exploracao-de-criancas-e-adolescentes)>. Acesso em 23 de setembro de
2023.

12. OLIVEIRA, Geovana Xavier de. **Crimes Cibernéticos: direito digital e os novos paradigmas da investigação criminal.** 2022

A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA NA LUTA CONTRA VIOLENCIA DOMÉSTICA Á MULHER

Ítala Maria de Souza Alves ²⁰
Maria Adelize da Silva Luz ²¹

RESUMO

Apresenta uma análise sobre a efetividade da Lei Maria da Penha, mostrando toda trajetória de luta que as mulheres tiveram até os dias atuais, abordando o intuito de criação da Lei que é a proteção da vítima e a punição do agressor. A Lei nº 11.340/06 ficou conhecida de Lei Maria da Penha pois trouxe a história de uma mulher que como muitas outras lutou para ter seus direitos reconhecidos, assim trazendo na Lei formas de assegurar as mulheres vítimas de violência doméstica a proteção, como o papel da Lei tem sido benéfica para a sociedade apesar de nem sempre ter a eficácia necessária já que para isso acontecer precisaria de uma maior colaboração das vítimas além de um trabalho árduo dos agentes públicos em apresentar o possível para que seja feito um trabalho com êxito, mas tem sido a melhor forma de combater a violência doméstica a mulher, além de demonstrar a verdadeira situação das vítimas que buscam uma proteção e assistência necessária do estado, falando ainda um pouco sobre o feminicídio e o número de vítimas que cresce a cada dia.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Direitos reconhecidos. Efetividade. Combater. Violência Doméstica a Mulher. Proteção. Feminicídio.

ABSTRACT

It presents an analysis of the effectiveness of the Maria da Penha Law, showing the entire struggle that women have had up to the present day, addressing the purpose of creating the Law, which is the protection of the victim and the punishment of the aggressor. Law No. 11,340/06 became known as the Maria da Penha Law because it brought the story of a woman who, like many others, fought to have her rights recognized, thus bringing in the Law ways of ensuring protection for women victims of domestic violence, such as the role of the Law has been beneficial to society despite not always being as effective as necessary, as for this to happen it would require greater collaboration from victims in addition to hard work by public agents in presenting everything possible so that the work can be done successfully, but has been the best way to combat domestic violence against women, in addition to demonstrating the true situation of victims who seek necessary protection and assistance from the state, also talking a little about femicide and the number of victims that grows every day.

Keywords: Law Maria from the Penha. Rights recognized. Effectiveness. Combat. Violence Domestic the Woman. Protection. Femicide.

²⁰ Bacharelado em Direito no Uniesp.

²¹ Profa. Orientadora

1 INTRODUÇÃO

A violência a mulher existe a muito tempo com a forma de que as mulheres eram submissas aos homens, criando papel de desigualdade, inferioridade e dependência que seguem no tempo atual. Traz ainda o sentido que o dever da mulher estar em atender as vontade do marido e assim surge no ambiente familiar o fato de violência doméstica.

Foi infiltrado à mulher que ela necessitava da figura masculina para sua proteção e com ela retratada o dever de que a mulher deveria se dedicar ao lar e aos filhos, tirando delas o direito de fazer o que realmente queriam por ter que se atarem as atividades domesticas e assim dando ao homem o dever do trabalho para o sustento da família (Oliveira, 2015).

O Tema de violência doméstica é um problema universal, sendo assim concebido ao Estado combater, trazendo formas de erradicação. A Lei nº 11.340/06 conhecida como Lei Maria da Penha foi inserida no ordenamento jurídico, visando apresentar medidas protetivas e a efetividade da igualdade que a constituição federal brasileira de 1988 determinava, assim assegurando as mulheres vítimas de violência doméstica a proteção (Campos,2008).

A presente monografia que versa sobre a Lei nº 11.340/06, apontada pela a Organização das Nações Unidas (ONU) como a terceira melhor do mundo no combate a violência doméstica a mulher, amparando a mulher de violência doméstica que é todo ato ou conduta fundada no gênero que traga morte, dano, sofrimento físico, sexual, psicológico, material ou moral a mulher. Violência está que ocorre todos os dias em diferentes lugares e famílias, mas que a forma quase sempre é a mesma começando com pequenos atos e depois trazendo grandes resultados a mulher, e traumatizando os filhos que muitas vezes não entende nem a situação, ela não escolhe idade ou classe social (Santos,2020).

A lei nº 11.340/06 tem uma grande efetividade, só que muitas vezes acaba não tendo eficácia necessária na luta do combate à violência doméstica a mulher, apesar de a lei adotar medidas protetivas de urgência, nem sempre os agentes públicos conseguem adotá-las por falta de colaboração das vítimas, que necessitam de conscientização, ajudando o poder público fazer seu trabalho que é impedir que as mesmas são sofram ainda mais riscos, trazendo assim a realidade abordada que é

efetiva mas nem sempre a forma é eficaz por se tratar da falta de firmeza ou continuidade, precisando então de uma maior importância, pois a norma tem o objetivo de combater e proteger toda e qualquer mulher que venha sofrer violência no ambiente doméstico.

O estudo traz um conceito sobre a história da violência doméstica, como tudo começou e toda a luta das mulheres por igualdade de gênero. Mostrando ainda a necessidade que o Brasil teve em criar uma legislação adequada para violência doméstica a mulher, já que tal violência não tinha um amparo condizente a problemática vivenciada, além de evidenciar o que a Lei Maria da Penha diz e o que ela traz para o combate de violência doméstica, falando sobre suas medidas adotadas que dispõe de uma melhor forma de acabar com o problema social que exige políticas públicas. Pontuando a atuação da efetividade da lei e o serviço do ministério público, diante do papel relevante para conter a violência e explana sobre o feminicídio que decorre da violência doméstica e como cresce o número de casos no País.

A preferência do tema se deu em discutir a efetividade da lei, mostrar a luta para impedir a violência a mulher, trazendo a importância da Lei Maria da Penha e como tudo começou, portanto, mostrar seus avanços, bem como o que ainda há a se melhorar.

Dando o direito da mulher de deixar de ser vítimas do homem no seu próprio lar, trazendo a elas a igualdade que a Constituição Federal Brasileira permite, acabando assim o ponto de vista antigo que a sociedade impôs de submissão da mulher ao homem.

A forma aplicada a medidas urgências é um dos maiores problemas, mesmo se tratando de algo eficaz atualmente, sua forma nem sempre é correta, sendo assim feito os seguintes questionamentos: a lei é efetiva? e as vítimas são totalmente asseguradas pelas medidas protetivas? Porque esta pesquisa tem o intuito de demonstrar a verdadeira situação das vítimas, buscando a conscientização e proteção de mulheres e famílias dando lhes toda assistência necessária, e punindo o agressor pelo fator (Santos,2020).

O Problema nem sempre está na eficácia da Lei, mas sim na sua aplicação, pois a forma de combater o problema foi criada, falta a pratica correta do poder público como também a vítima procurar a ajuda. O que se requer é uma melhor interpretação na aplicação de Lei, devendo aprimorar técnicas na legislação, evitando as falhas e

melhorando a atuação no principal instrumento de enfrentamento à violência doméstica a mulher.

O presente trabalho aborda a efetividade da lei criada com o intuito de proteger as vítimas de violência doméstica, mostrando ainda que a sua eficácia muitas vezes depende da colaboração das vítimas no trabalho árduo dos agentes públicos, e o desenvolvimento da trajetória de luta da mulher ao combate à violência doméstica e ainda traz comentários sobre: movimentos feministas que ocorria na década de 70. O porquê o nome Lei Maria da Penha, expondo então o caso que trouxe tamanha repercussão ao ponto que fosse criada uma legislação adequada para este tipo de violência, e ainda falar sobre o Femicídio e como vem crescendo o números de vítimas no Brasil (Magalhaes,2019).

A pesquisa foi feita de forma dissertativa, abordando qualitativamente, com o intuito de analisar o problema vivenciado e como a lei criada para sua erradicação atua, expressando informações e discorrendo de diferentes teses e opiniões, buscando contribuir ainda para melhorar a eficácia do tema abordado que vem tomando cada vez mais relevância nos últimos tempos.

2 A LUTA CONTRA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E POR IGUALDADE DE GÊNERO

Durante muito tempo a violência doméstica não era caracterizada como um crime, já que o gênero masculino era identificado como “sexo forte” e o feminino como “frágil”, deixando assim as mulheres submissas ao comando do homem, dando assim a desigualdade no gênero.

O pensamento mais frequente se dá no sentido de que o termo gênero seria mais utilizado para evidenciar as assimetrias entre os sexos, de modo que decorreria de uma construção cultural que tem o papel de diferenciar os sexos.³ Assim, as qualidades associadas aos homens – virilidade, força, dureza; e às mulheres – pureza, doçura, obediência – seriam resultado de uma construção social, e não algo intrínseco à própria natureza dos sexos. (SANTOS, 2020, p.14)

O Gênero implica nas situações, fazendo com que ocorra diferenças e é como podemos observar que:

Em se tratando da associação entre gênero e relações de poder, Saffioti faz uma diferenciação entre o conceito de dominação apresentado por Weber e o conceito de poder. O primeiro implicaria a anuência daqueles que são dominados, enquanto o poder se impõe mesmo contra a vontade de quem está em uma posição de subordinação. Assim, as mulheres estariam nessa posição de desigualdade de poder, não cabendo a elas o direito de escolha. (SANTOS, 2020, p.15).

No século XX, o poder ainda se encontrava dominado pelos homens onde as mulheres eram oprimidas, tendo que aceitar ser controladas por eles e com a perspectiva de serem como um objeto de satisfação sexual do homem, como também responsáveis pela reprodução da vida desde que na maneira e no controle deles, ainda sobre o contexto (op.cit.) fala que:

Sobretudo nas sociedades ocidentais, as mulheres desempenharam um papel de submissão aos homens, tendo sido a discriminação do gênero feminino o pilar para as configurações sociais que se estabeleceram. Essa dominação do corpo da mulher pelo homem foi se inserindo para além do ambiente privado da família, encontrando respaldo na cultura, nas leis, na religião e na política. A título de exemplo, a doutrina cristã vai influenciar por séculos as relações sociais que colocam as mulheres em uma posição subalterna, representando-as através de duas figuras centrais, Eva e Maria. A primeira, criada da costela de Adão, responsável pela tragédia e pelo pecado, detentora de uma curiosidade que precisa ser controlada. Por outro lado, Maria, mãe de Jesus, é representada como uma mulher passiva, casta, pura e obediente, considerada um exemplo de comportamento feminino. Importante observar que dentro dessa dinâmica, a figura feminina aparece sempre de forma relacional, ou seja, existe em razão do homem.

A mulher sem muito valor social, tratada na maior das vezes como propriedade do homem, baseada na imposição deles de ir e vir para qualquer lugar, fazendo com que ocorresse a violência contra a mulher e até sendo considerada algo cultural em alguns lugares.

Para Santos (2020) a ocorrência da violência doméstica é algo que afeta todas as mulheres, não importa qual seja o ambiente em que se viva:

Trata-se, portanto, de um fenômeno complexo que tem suas origens enraizadas em uma sociedade patriarcal que sempre colocou as

mulheres em uma posição de inferioridade, impondo-lhes papéis que as afastam dos espaços de poder e de decisão públicos e as restringem ao espaço privado e doméstico. (SANTOS, 2020, p.13).

Santos (op.cit.) foi atribuído a mulher pela sociedade a subordinação ao homem e a reprimindo a forma de aceitar o que o ele impõe, sendo deixado a ela o trabalho dos cuidados com o lar e os filhos. Tal aspecto de curvatura fez com que lutassem por mudança, trazendo vários movimentos sociais e feministas para reduzir a desigualdade, que é ainda implantada na sociedade, que apesar de moderna continua presa com uma postura errada.

De acordo com (CAMPOS, 2021, p.8) as mulheres sofreram e sofrem até hoje:

Através dos movimentos históricos feministas, várias mulheres morreram e lutaram, para assegurarem o acesso aos direitos das mulheres, mesmo diante de tantas evoluções históricas, a mulher tem sofrido na sociedade, por terem tratamentos desiguais aos homens, sejam no mercado financeiro, onde as mesmas ganham menos, sejam na criação de seus filhos, onde as mesmas são criticadas por optarem pelo aborto e quando não o fazem também são criticadas por criarem filhos sozinhas.

O caminho para as lutas a igualdade, que se era pouco conquistado passou a ocorrer e focavam nas principais carências das mulheres, passando assim a se espalhar o feminismo, que ganhava espaço em todas as relações sobre a mulher.

O movimento feminista surge como ação organizadora de caráter coletivo, com o objetivo de combater a situação de subordinação das mulheres, em meio das mudanças que marcaram a história da Europa ocidental a partir do século XVIII, vinculando-se ao desenvolvimento da democracia e das revoluções burguesas. (CUNHA, 2017, p.5).

Nessa linha de pensamento, Cunha (2017, p.5), comenta ainda que nessa fase:

O Movimento Feminista reafirmou os ideais de igualdade proclamados pela Revolução Francesa, mas diante da permanência da assimetria sexual, o Movimento passa a reivindicar por igualdade política e jurídica para as mulheres. Este movimento, tais quais outros movimentos por emancipação do século XIX, surgiram também como respostas aos problemas gerados pela Revolução Industrial e pelo

Capitalismo. A partir desses ideários, as mulheres fizeram da luta pelo sufrágio feminino sua maior preocupação. No Brasil, a primeira onda do movimento feminista surge nas primeiras décadas do século XX. Era um movimento representado em duas principais correntes: o feminismo liberal e o feminismo de classes.

De acordo com Cunha (op.cit.) “A primeira grande conquista do movimento feminista brasileiro foi a garantia do direito ao voto, em 1932, no então governo de Getúlio Vargas”, assim dando a elas o Direito de serem ouvidas e de manifestar suas vontades.

É considerado como marco inicial dessa segunda onda, com o Ano Internacional da Mulher, promovido pela Organização das Nações Unidas – ONU, e com a criação da Década da Mulher (1976 – 1985). Nesse período, mulheres em várias partes do mundo se uniram para formular propostas, sobre questões específicas das mulheres, a órgãos e entidades responsáveis por assuntos relacionados aos Direitos Humanos. Em meados dessa década, o movimento feminista vai atuar também no enfrentamento de violência contra a mulher. Surgem vozes que denunciam essa violência, principalmente após uma série de assassinatos de mulheres por seus parceiros, e exigem do Poder Judiciário, a criminalização desses homens que tinham como justificativa por crimes desse tipo “a legítima defesa da honra”. (CUNHA, 2017, p.7).

A violência cometida pelos homens contra as mulheres que se tem na herança patriarcal onde eles as dominavam para poder controlar suas ações e assim naturaliza a desigualdade, passa a ser impactadas e cada vez repelidas pelas mulheres, mostrando que já não se calariam.

Os crimes cometidos contra as mulheres que tiveram repercussão nacional em nome da “honra” tiveram um importante papel na temática da violência doméstica contra a mulher, visto que o movimento feminista ganhou visibilidade e rompeu com o estigma de que a violência é um fenômeno social que acontece somente com mulheres pobres, negras, e com baixa escolaridade que residem na periferia dos centros urbanos. Desse modo, o movimento feminista se empenhou em denunciar casos em que o agressor havia sido absolvido, conclamando as mulheres brasileiras à resistência e ao protesto através de material de publicidade e outros meios. (FONSECA, 2021, p.8).

No ano 1980 foram iniciados estudos, que de alguma maneira repercutiram e trouxe melhorias sociais ao país e até políticas, também o trabalho realizado em movimentos das mulheres como passeatas e denúncias, passando assim os seus direitos a serem reconhecidos, assim de acordo com Fonseca (op.cit):

Com o impacto da atuação feminista e dos movimentos sociais no Brasil, a década de 1980 foi o marco para formulação das primeiras políticas relacionadas ao gênero com a criação do SOS-Mulher de São Paulo, que foi o primeiro do país e que logo se espalhou pelo Brasil. Medeiros (2018) destaca que a criação do SOS- Mulher representou um marco no atendimento às mulheres vítima de violência, pois foi a primeira experiência de contato direto com as mulheres vítimas de violências e isso deu visibilidade a situações e, conseqüentemente, a desafios até então invisíveis para o conjunto do movimento feminista e para a sociedade em geral.

Já no ano de 1985 foi feita a primeira delegacia da mulher no Brasil e no mundo, está no Estado de São Paulo e dando força a criação do movimento feminista. Atribuindo o papel a delegacia de resguardar a mulher contra violência, estupro e lesões causadas a ela, que assim influenciou na formulação legal e institucional.

Um dos exemplos de resultado da luta do movimento feminista ocorreu em 1991, quando o Supremo Tribunal de Justiça declarou que "(...) o homicídio não pode ser encarado como o meio normal e legítimo de reação contra o adultério, pois nesse tipo de crime o que se defende não é a honra, mas a auto-valia, a jactância, o orgulho do Senhor que vê a mulher como propriedade sua...." (FONSECA, 2021, p.10).

A constituição de 1988 garantiu assim os direitos das mulheres, foi onde no ano de 1999, a Organização das Nações Unidas informou que o dia 25 de novembro seria reconhecido como o Dia Internacional pela eliminação da violência contra as mulheres, historiando assim a que luta passou a ser sancionada (Pacheco, 2010).

Após décadas de luta, as mulheres conseguiram ampliar sua cidadania por meio da Constituição da República de 1988, que garantiu a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres (artigo 5º, inciso I), a proteção do mercado de trabalho da mulher (artigo 5º, inciso XX), a igualdade no exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (artigo 226, § 5º) e a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito familiar (artigo 226, §

8°). Mas o ponto de partida da luta contra a violência de gênero, tem que ser, sem dúvida, a mudança cultural na educação daqueles que serão as mulheres e os homens do amanhã. A proteção legal desacompanhada de mudança cultural não atingirá sua finalidade precípua, que é dar efetividade ao princípio da igualdade entre homens e mulheres. (TELES, 2012, p.2)

3 A NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DE UMA LEGISLAÇÃO PARA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Apesar dos avanços que a Constituição de 1988 trouxe para combater a violência doméstica, ainda se via a necessidade de uma legislação específica, para que cada ato tivesse sua punição.

A necessidade da criação da Lei Maria da Penha adveio de anos de violência perpetradas contra mulheres sem que um mecanismo de socorro efetivo as tutelasse. Como denunciar e depois voltar para a casa onde está o agressor? Seria necessário a coragem e o desprendimento de um mártir para buscar a autoridade policial ou o judiciário. Mais, seria necessário, ainda, estar a vítima imbuída do intuito de abandonar a prole, já que a “vingança” do agressor poderia lhe custar a vida. A violência contra a mulher não atinge só sua dignidade, mas a de toda família, violando ainda, o direito ao ambiente familiar saudável que deve ser garantido à criança e ao adolescente. Nem se diga que a intervenção do Estado pode causar maior prejuízo à vítima, que não terá seu lar restaurado. As estatísticas mostram que após a retratação da representação, há, rotineiramente, a reincidência do agressor. Não há, pois, nenhuma restauração de lar, mas sim a perpetuidade da agressão e da violação da dignidade da mulher. (TELES, 2012, p.12).

Tendo em vista toda a situação que se tinha quando se tratava de violência a mulher, de como atuar nos casos, como capacitar a atuação em cada caso, para então os agentes públicos melhor atender em se tratando de segurança pública, se viu em:

A promulgação da Lei nº 11. 340/2006 – Lei Maria da Penha foi de encontro à Convenção Interamericana para prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que havia sido adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 09 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995. Na referida lei, a violência passou a ser tipificada e trouxe inovações com relação

ao enfrentamento à violência contra a mulher. Além disso, reforçou a necessidade da criação de serviços especializados no atendimento dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher e alertou sobre a responsabilidade dos governos na implantação de políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres. (FONSECA, 2021, p.14).

Analisando o contexto, Nascimento e Lima (2022, p. 11), realizaram uma pesquisa, onde as mesmas menciona que:

Sancionada em 7 de agosto de 2006, a Lei nº 11.340, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, objetiva proteger a mulher da violência doméstica e familiar. A lei recebeu esse nome em homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes que por vinte anos lutou para ver seu agressor preso. A Lei Maria da Penha é um marco no reconhecimento dos direitos das mulheres como Direitos Humanos no Brasil, possuindo uma ampla concepção de direitos a partir das perspectivas de gênero.

Considerada como uma das leis mais importantes no combate à violência doméstica a mulher:

A Lei Maria da Penha repercutiu positivamente com retirada dos Juizados Especiais Criminais a competência para processar e julgar os delitos de violência doméstica, vindo de encontro aos anseios populares, bem como faz cumprir os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em diversas convenções e pactos de direitos humanos com vistas a facilitar o atendimento às mulheres vítimas. (NASCIMENTO e LIMA, 2022, p.11).

Como em muitos casos nem sempre a vítima, tem a coragem de enfrentar o agressor ainda mais quando antes não se via algo específico que pudesse determinar o que era o crime:

É hábito das vítimas de violência doméstica não denunciar seus agressores às autoridades competentes. Foi por uma questão de direito e injustiça que Maria da Penha Fernandes lutou e, de certa forma, revolucionou o 12 ordenamento jurídico brasileiro em busca de proteção. Com isso, após cansar-se das contínuas agressões do ex-companheiro, o colombiano Marco Antônio Heredia Viveiros, a farmacêutica decidiu denunciá-lo à polícia. (ARAUJO, 2022, p.11).

A Lei foi criada após muitos casos não terem uma boa resolução, até quando um deles simplesmente chocou toda a sociedade por não ter a efetividade da justiça, onde a legislação brasileira já não era mais satisfatória para todos os casos que ocorria e as vítimas necessitavam de um reparo, como também houvesse um impedimento para que não se continuasse a ter mais atos de covardia praticados por homens as mulheres:

Proveniente da violência sofrida por Maria da Penha Maia Fernandes quando casada com Marco Antônio Herédia Viveiros, que após numerosas tentativas de homicídio sofridas, Maria da Penha o denunciou, sendo o mesmo encarcerado por poucos meses. Decorrente de um 12 ato covarde, ficou paraplégica em consequência de um tiro nas costas, enquanto dormia, sendo o autor do disparo o seu próprio companheiro. Como se não bastasse, as agressões continuaram e duas semanas depois ele tentou matá-la novamente, Maria da Penha Fernandes lutou bravamente para que houvesse justiça, foi quando fez uma denúncia pública. Com o processo ainda correndo na Justiça, no ano de 1994, Maria da Penha lançou o livro “Sobrevivi...posso contar”, onde relata as agressões sofridas por ela e por suas três filhas. (NASCIMENTO e LIMA, 2022, p.12).

Apesar da coragem de Maria da Penha em denunciar seu agressor, a justiça foi falha em seu caso deixando que o seu companheiro não tivesse a punição devida onde foi:

A impunidade de seu malfeitor fez com que a vítima procurasse justiça em outros órgãos de competência legítima e, em setembro de 1997, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) recebeu a petição sobre o caso. 13 Em agosto de 1999, o Centro para a Justiça e o Direito Internacional e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher pedem à OEA - Organização dos Estados Americanos, que aceite as denúncias contra o Brasil e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. Segundo o autor, a Comissão da OEA aprovou o relatório do caso no mês de outubro de 2000, e não houve protesto do governo brasileiro. A OEA enviou o relatório ao Brasil em março do ano seguinte, com prazo final de 30 dias para publicação. Com isso, as denúncias são aceitas e o relatório torna-se público, exigindo providências do governo brasileiro. Uma nova audiência sobre o caso é realizada na OEA, e o governo finalmente apresenta suas considerações. (ARAUJO, 2022, p.13).

A História da Maria da Penha fez com que fosse impulsionado a criação da Lei específica para proteger essas vítimas.

Foi a denúncia de Maria da Penha Maia Fernandes à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA), que resultou na condenação do Brasil por negligência e omissão em relação à violência doméstica, que levou à revisão das políticas públicas atinentes à violência contra a mulher e, por consequência, ao surgimento da Lei 11.340/2006. (TELES, 2012, p.1)

Como a Maria da Penha Maia Fernandes, muitas outras mulheres também sofreram violência doméstica, e no Brasil não se tinha lei específica para julgar os casos, alguns até eram levados e processados em Juizados Especiais Criminais, mas a maior parte era aplicadas penas monetárias ao agressor, como multas ou cestas básicas. Mostrando assim a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima ter um reparo conforme a violência sofrida (CAMPOS, 2008).

Diante da omissão do Estado Brasileiro no caso de Maria da Penha, o estado-parte foi designado para empenhar-se em:

“...a. abster-se de qualquer ação ou prática de violência contra a mulher e velar para que as autoridades, seus funcionários, pessoal e agentes e instituições públicas se comportem conforme esta obrigação; b. atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; c. incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e adotar as medidas administrativas apropriadas que venham ao caso; d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor abster-se de fustigar, perseguir, intimidar, ameaçar, machucar ou pôr em perigo a vida da mulher de qualquer forma que atente contra sua integridade ou prejudique sua propriedade; e. tomar todas as medidas apropriadas, incluindo medidas de tipo legislativo, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes, ou para modificar práticas jurídicas e consuetudinárias que respaldam a persistência ou tolerância da violência contra a mulher; f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher que tenha sido submetida à violência, que incluam, entre outros, medidas de proteção, um julgamento oportuno e o acesso efetivo a tais procedimentos; g. estabelecer os mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar

que a mulher objeto de violência tenha acesso efetivo a ressarcimento, reparação do dano ou outros meios de compensação justos e eficazes; h. adotar as disposições legislativas ou de outra índole que sejam necessárias para efetivar esta Convenção.” (SANTOS, 2020, p.18).

Após a inúmera batalha da farmacêutica, de acordo com Araujo (2022, p.15) “a Lei Maria da Penha foi instituída em 2006 pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, como uma oportunidade de homenagear Maria da Penha Maia Fernandes”. Já que era justa depois de todo seu sofrimento para que seus Direitos fossem reconhecidos. Maria foi ameaçada, intimidada, degradada e humilhada pelo seu companheiro, e o que ela precisava era que a justiça não fosse falha e que os direitos humanos não fossem violados, O fato de Maria da Penha fez com que o Brasil aprovasse uma Lei específica para atender essas vítimas de violência doméstica o mais rápido possível, a sociedade já não poderia continuar sem respostas, foi onde entrou as Organizações não governamentais e a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres na criação do texto do projeto de lei.

A Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha, amplia de forma significativa a consciência, tão disseminada pelo movimento feminista, de que a violência doméstica é um problema de saúde pública e é dever do Estado combatê-la. Uma mulher que sofre violências sistemáticas, que se encontra sob o total controle do marido, que naturaliza as opressões diárias que vive, que reprime sua sexualidade, encontrará muito mais dificuldades para se enxergar como sujeito ativo capaz de modificar a realidade social, de lutar para sua libertação e empoderamento. (CUNHA, 2014, p.10).

Em 1993 a Conferencia dos Direitos Humanos, mostrou a nível internacional que a violência contra a mulher era uma violação dos direitos humanos, fazendo assim a Organização das Nações Unidas defender a extinção da Violência Contra as Mulheres. Trazendo documento onde objetivava fortalecer a atividade de remoção de violência contra a mulher, que era resultado histórico antecedente das ligações entre homens e mulheres, procurando melhor forma de concerta, cautelar ou uma penalidade que o Estado deveria se ter em relação extinção da violência, apesar de os costumes, tradições ou fundamentos religiosos que tragam a forma desigualdade do gênero (BRUNO, 2016).

“Importante ressaltar que a ideia de se criar políticas públicas deve partir da vontade política, não apenas como forma de remediar o que já ocorreu, mas principalmente como forma de prevenir, evitar o que pode acontecer, apoiando-se na educação que, certamente, é a base. E essas políticas públicas devem centrar-se basicamente na ideia da dignidade humana³⁹. Ocorre que não se está acostumado a “fazer política pública”. Não temos uma cultura voltada a essa iniciativa. Nossa sociedade é ligada ao interesse e não à preocupação com o próximo. E é essa a ideia que precisa ser modificada, criando-se novos paradigmas. Obviamente dever-se-ia, juntamente com os outros meios, proporcionar atendimento jurídico à vítima de violência doméstica, para que ela soubesse o que fazer no caso de agressão, especialmente no que diz respeito ao destino do agressor, evitando a impunidade. Mas essa revolução foi trazida pelo legislador da Lei Maria da Penha com a intenção de obrigar o país a priorizar políticas públicas voltadas a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, dispondo que essas políticas devem consistir em um conjunto articulado de ações, ou seja, uma integração de ações do poder público envolvendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a serem desenvolvidas no âmbito da sociedade, em âmbito não governamental.” (RICHTER, KARNOP E TERRA, 2009, p.111).

4 A LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha é a solução de anos de buscar na melhor forma de combater a violência no âmbito doméstico contra a mulher, é o resultado de todo esforço na batalha por uma igualdade, por um respeito, pôr o direito a vez e a voz na sociedade tão arcaica. As ONGs feministas introduziram propostas para o surgimento dessa lei, que assim passou a ser mais analisada pela secretaria de políticas para as mulheres buscando a melhor forma de implantação (ARAUJO, 2022).

A Lei n.º 10.683 (BRASIL, 2003) antes de ser revogada, previa em seu artigo 22 que a Secretaria Especial das mulheres auxiliaria para uma organização na elaboração da lei e nas ações, a qual seria a solução do problema que estava sendo enfrentado.

Art. 22. À Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação, coordenação e articulação de políticas para as mulheres, bem como elaborar e implementar campanhas educativas e antidiscriminatórias de caráter nacional, elaborar o planejamento de

gênero que contribua na ação do governo federal e demais esferas de governo, com vistas na promoção da igualdade, articular, promover e executar programas de cooperação com organismos nacionais e internacionais, públicos e privados, voltados à implementação de políticas para as mulheres, promover o acompanhamento da implementação de legislação de ação afirmativa e definição de ações públicas que visem ao cumprimento dos acordos, convenções e planos de ação assinados pelo Brasil, nos aspectos relativos à igualdade entre mulheres e homens e de combate à discriminação, tendo como estrutura básica o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, o Gabinete e até três Subsecretarias.

A Lei 11.340/36 trouxe história para a luta no combate à violência doméstica no Brasil, onde traz uma condição adequada, além de específica, para poder garantir ajuda necessária em relação a violência doméstica, é a lei que ensina a educação. Mas ela não pensar só em penalizar o agressor pelos atos cometidos, ela também ajuda a vítima dando total apoio e proteção, Campos (2008, p. 24) mostra que:

A Lei 11.340/06 é inovadora em quase todos os seus dispositivos, produzindo uma verdadeira revolução na forma de coibir a violência doméstica, ao mesmo tempo em que estabelece ações de assistência às vítimas e adota pesadas medidas repressoras em relação ao agressor. Para uma melhor análise, podemos dizer que a Lei 11.340/06, prevê:

- a) Para a mulher agredida – atendimento em programas assistenciais do Governo federal, estadual e municipal; manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho; proteção policial ou garantia de ser abrigada em local seguro; assistência judiciária gratuita.
- b) Para o agressor – detenção de três meses a três anos; encaminhamento a programa de recuperação e reeducação; possibilidade de ter a prisão preventiva decretada a qualquer momento; possibilidade de ser afastado do lar, impossibilidade de substituir a condenação por cestas básicas ou multas.
- c) Para a estrutura – Criação dos Juizados de Violência Doméstica contra a Mulher; criação de Delegacias de Atendimento à mulher; integração entre Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e as áreas de segurança e assistência.

Além da estrutura já mencionada a Lei também adotou como métodos, as medidas protetivas imediatas, onde de acordo com Nascimento e Lima (2022, p.18) “A Lei Maria da Penha divide as medidas protetivas de urgência em duas categorias,

as quais são: as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor e as medidas protetivas de urgência à ofendida”.

Essas medidas são solicitadas nas delegacias, tendo se o prazo de até 48 horas para ser concedido ou não, nela é proibido a aproximação do agressor da vítima, como também as visitas aos menores dependentes, entre outras situações e enviando as vítimas para o programa oficial de proteção, trazendo para a mesma a segurança de que tais medidas sejam descumpridas pelo agressor, poderá ser decretado a prisão em flagrante ou preventiva. Assim, em seu art. 22 a Lei dispõe que (BRASIL, 2006):

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 ;

II - Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - Prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

VI – Comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e (Incluído pela Lei nº 13.984, de 2020)

VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. (Incluído pela Lei nº 13.984, de 2020)

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o

superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §

§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

Com a medida protetiva a vítima pode solicitar que ela tenha o acompanhamento até o local onde mora em segurança e consiga retirar seus pertences da casa, até que seja resolvido na justiça ou até mesmo a afastamento do companheiro da casa, como consta na lei Maria da Penha no seu artigo 23 e 24 (BRASIL, 2006) nas medidas protetivas de urgência á ofendida:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - Encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - Determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - Determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - Determinar a separação de corpos.

V - Determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga. (Incluído pela Lei nº 13.882, de 2019)

VI – Conceder à ofendida auxílio-aluguel, com valor fixado em função de sua situação de vulnerabilidade social e econômica, por período não superior a 6 (seis) meses. (Incluído pela Lei nº 14.674, de 2023)

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - Restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - Proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - Suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - Prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficial ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

O estado carece para as mulheres vítimas de violência que tenham todo atendimento necessário, que antevê ações integradas de assistência social, saúde, segurança pública e emprego, ainda incluindo os serviços a saúde que precisarem.

Os Estados Partes devem empenhar-se em: abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher; agir com zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; incorporar na sua legislação interna normas civis, penais, administrativas, entre outras e medidas administrativas que sejam necessárias para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; adotar medidas jurídicas que exijam que o agressor se abstenha de ameaçar, intimidar e perseguir a mulher, e, também, se abstenha de danificar a sua propriedade e de colocar a sua vida em perigo; adotar todas as medidas adequadas e necessárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher; estabelecer à mulher sujeita à violência procedimentos jurídicos justos e eficazes, como medidas de proteção, entre outros; estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeita à violência tenha efetivo acesso à reparação do dano, à restituição e a outros meios de compensação justos e eficazes; e ainda, adotar medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência da Convenção; promover a educação e treinamento das pessoas responsáveis pela aplicação da lei e dos responsáveis por implementar as políticas de prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher; prestar serviços especializados e apropriados à mulher vítima de violência; apoiar e promover programas de educação privados e governamentais, destinados à conscientização dos problemas da violência contra a mulher; proporcionar à mulher vítima de violência acesso a programas de recuperação; incentivar os meios de comunicação que contribuam com a erradicação da violência contra a mulher em todas as suas formas, enaltecendo o respeito pela dignidade desta, entre outros.(OLIVEIRA, 2015, p.41).

No que se ver sobre a lei criada, foi a tamanha proporção de mudança para as mulheres que passou a serem protegidas de maneira adequada para cada situação, (ARAUJO,2022, p.19) fala que a lei ainda trouxe avanços:

No que diz respeito à punição do agressor, um ponto que ilustra essa mudança de paradigma é o fato de que, de acordo com a Lei 9.099/95,

os casos de ofensas físicas e ameaças contra a mulher não podem ser tratados judicialmente; ou seja, deixaram de ser consideradas infrações de baixo potencial 20 e não podem ser punidas apenas com multa pecuniária). Antes de Maria da Penha, as situações de violência contra a mulher eram julgadas de acordo com a Lei 9.099/95 e grande parte dos casos era considerada crime de menor potencial ofensivo, cuja pena ia até dois anos e os casos eram encaminhados aos Juizados Especiais Criminais (JECRIM).

Um outro avanço em relação jurídica, mencionado por Araújo (2022, p.21) “é a proposta de criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, os quais devem ter competência cível e criminal”, podendo assim melhor atender as mulheres e acelerar os casos evitando que cheguem a situações críticas, o artigo 14 (BRASIL, 2006) da lei prevê o seguinte:

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Parágrafo único. Os atos processuais poderão realizar-se em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.

A Lei Maria da Penha define como tipos de violência contra a mulher: violência física, psicológica e sexual. Na violência física, mesmo não deixando marcas, mas ao utilizar de força bruta, e qualquer forma que chegue a ofender o corpo ou a saúde da mulher, já se determina a violência física. A psicológica ela se caracteriza na dependência, inferioridade, culpa ou omissão, fazendo com que sua autoestima fique abalada e deixando o silêncio prolongar, apesar de ser mais frequente ela ainda é mais difícil de ser percebida pela vítima já que seu psicológico está comprometido ao ponto de não identificar como uma violência. A violência sexual vai além do ato sexual, definida como qualquer conduta que constranja a presenciar, a manter ou participar, contra a vontade da mulher seja induzindo, ameaçando ou que limite ou anule o seu sentido impedindo de responder. Esse formato de violência teve uma certa resistência pela doutrina e pela jurisprudência já que o sexo era um dos deveres do matrimônio, sendo assim, a lei estabelece que antes de ser dever é necessário querer e ter a

possibilidade do livre arbítrio com a total consciência dos seus atos (GUIMARAES, 2020).

O art. 7º da Lei nº 11.340 (BRASIL, 2006) prevê como todos os tipos de violência a mulher:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - A violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - A violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

III - A violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - A violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - A violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Apesar de todo avanço e toda a segurança trazida pela lei criada, a luta ainda não para por aqui, todo o direito conquistado até os dias de atuais com bastante esforço das mulheres, verse necessário ser supervisionado constantemente para não serem violados de alguma forma, seja eles os direitos humanos, sociais, políticos, culturais e econômicos, garantindo assim a democracia como também a eficácia na lei que prevê os direitos e segurança as mulheres no âmbito doméstico.

A lei abrange um leque de garantias, que preservam principalmente a integridade da vítima, ela necessitou adequar a tratados e pactos de proteção a mulher para garantir que seus direitos fossem assegurados, assim poder segurar a proteção e atenção necessária para cada caso de mulher vítima de violência doméstica, ela está sempre se adaptando em seu texto procurando a melhor forma de aplicação para se ter uma maior efetividade social.

5 A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

No Combate à violência, A Lei Maria da Penha antevê no art. 8º medidas integradas de precaução, que preveni a violência doméstica contra a mulher e além das medidas, no art. 9º traz um amparo a mulher com programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal, para que a mulher possa se restabelecer novamente. Dos procedimentos adotados podemos ainda destacar o ampliamto de várias delegacias especializadas e com 24 horas de atendimento, além de cursos que prepara os policias ao atendimento em relação a violência doméstica. O art. 14 º da Lei dá a capacidade para abertura de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, o primeiro no Brasil foi inaugurado quando a Lei Maria da Penha entrou em vigor, sendo este localizado no Distrito Federal (Pezzi, 2009).

Para (OLIVEIRA, 2015, p.44) apesar de ter todo texto de proteção de lei, não se pode relaxar na luta:

Não há dúvidas acerca dos benefícios trazidos pela Lei nº 11.340/06, porém, sem uma fiscalização realmente eficiente e eficaz, as medidas protetivas de urgência não garantem a proteção integral da vida da mulher em situação de violência, nem de seus dependentes, podendo ocasionar um sentimento de imunidade no agressor.

Consideramos que o trabalho da justiça é bastante fundamental, mas pode se dizer que “A polícia tem um papel importante e necessário, tendo em vista que tem o propósito de garantir a integridade do patrimônio e das pessoas, bem como garantir a ordem pública. Trata-se de uma entidade de Estado, a qual é sustentada e ordenada por ele.” (Oliveira, 2015, p.50).

Nos artigos 10, 11 e 12 da Lei nº 11.340, pode verificar alguns dos direitos da mulher, como o procedimento realizado pelos policiais nos casos de violência doméstica (BRASIL, 2006):

Art. 10. Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo ao descumprimento de medida protetiva de urgência deferida.

Art. 10-A. É direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados. (Incluído pela Lei nº 13.505, de 2017)

§ 1º A inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de violência doméstica, quando se tratar de crime contra a mulher, obedecerá às seguintes diretrizes: (Incluído pela Lei nº 13.505, de 2017)

I - salvaguarda da integridade física, psíquica e emocional da depoente, considerada a sua condição peculiar de pessoa em situação de violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.505, de 2017)

II - garantia de que, em nenhuma hipótese, a mulher em situação de violência doméstica e familiar, familiares e testemunhas terão contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas; (Incluído pela Lei nº 13.505, de 2017)

III - não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada. (Incluído pela Lei nº 13.505, de 2017)

§ 2º Na inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de delitos de que trata esta Lei, adotar-se-á, preferencialmente, o seguinte procedimento: (Incluído pela Lei nº 13.505, de 2017)

I - a inquirição será feita em recinto especialmente projetado para esse fim, o qual conterá os equipamentos próprios e adequados à idade da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou testemunha e ao tipo e à gravidade da violência sofrida; (Incluído pela Lei nº 13.505, de 2017)

II - quando for o caso, a inquirição será intermediada por profissional especializado em violência doméstica e familiar designado pela autoridade judiciária ou policial; (Incluído pela Lei nº 13.505, de 2017)

III - o depoimento será registrado em meio eletrônico ou magnético, devendo a degravação e a mídia integrar o inquérito. (Incluído pela Lei nº 13.505, de 2017)

Art. 11. No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências:

I - Garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;

II - Encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;

III - fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;

IV - Se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;

V - Informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis, inclusive os de assistência judiciária para o eventual ajuizamento perante o juízo competente da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável. (Redação dada pela Lei nº 13.894, de 2019)

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I - Ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

II - Colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;

III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

IV - Determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;

V - Ouvir o agressor e as testemunhas;

VI - Ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;

VI-A - verificar se o agressor possui registro de porte ou posse de arma de fogo e, na hipótese de existência, juntar aos autos essa informação, bem como notificar a ocorrência à instituição responsável pela concessão do registro ou da emissão do porte, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento); (Incluído pela Lei nº 13.880, de 2019)

VII - remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

§ 1º O pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter:

I - Qualificação da ofendida e do agressor;

II - Nome e idade dos dependentes;

III - descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida.

IV - Informação sobre a condição de a ofendida ser pessoa com deficiência e se da violência sofrida resultou deficiência ou agravamento de deficiência preexistente. (Incluído pela Lei nº 13.836, de 2019)

§ 2º A autoridade policial deverá anexar ao documento referido no § 1º o boletim de ocorrência e cópia de todos os documentos disponíveis em posse da ofendida.

§ 3º Serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde.

Art. 12-A. Os Estados e o Distrito Federal, na formulação de suas políticas e planos de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, darão prioridade, no âmbito da Polícia Civil, à criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (Deams), de Núcleos Investigativos de Feminicídio e de equipes especializadas para o atendimento e a investigação das violências graves contra a mulher.

§ 3º A autoridade policial poderá requisitar os serviços públicos necessários à defesa da mulher em situação de violência doméstica e familiar e de seus dependentes. (Incluído pela Lei nº 13.505, de 2017)

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física ou psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida: (Redação dada pela Lei nº 14.188, de 2021)

I - pela autoridade judicial; (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do **caput** deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente. (Incluído pela Lei nº 13.827, de 2019)

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

Por sua vez, o Ministério Público tem o dever jurisdicional com o Estado, sendo responsável pela defesa da ordem jurídica. Foi encarregado ao Ministério Público nos casos de violência doméstica, na esfera administrativa a fiscalização, para saber se as vítimas estão sendo bem atendidas pelos órgãos. Na institucional a atuação necessária com os demais órgãos ligados a proteção da mulher, trabalhando em

conjunto para que a lei seja aplicada de forma correta. No artigo 28 da lei diz que caso a vítima chegue desacompanhada de um procurador ela terá:

Art. 28. É garantido a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado. (BRASIL, 2006)

E em se tratando da esfera funcional o Ministério Público tem uma atuação obrigatória, com o poder de atuar quando necessário para a melhor proteção das vítimas que se encontra no estado de vulnerabilidade, De acordo com (OLIVEIRA, 2015, p.45)

“Mesmo a vítima não solicitando a ação de providências de urgência não inibirá o desencadeamento do inquérito. Já os procedimentos que devem ser adotados estão preceituados no artigo 12 da Lei Maria da Penha e dentre eles estão: lavrar o boletim de ocorrência após ouvir a ofendida e se for apresentada a representação, tomar a termo; colher provas que esclarecem o fato e as circunstâncias em que se deram; encaminhar o expediente a juízo no prazo de 48 horas; determinar a realização de exames periciais necessários e de exame de corpo de delito; colher o depoimento do agressor e das testemunhas; identificar o agressor e ainda remeter o inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público, no prazo legal.”

No entanto, apesar de toda atuação e todo o texto de lei, se vê uma certa dificuldade de se tirar do papel, os agentes públicos ainda não se tem uma total habilidade em diferentes casos, Oliveira (op.cit) “para que as condutas de diminuição e prevenção da violência doméstica sejam realmente efetivas, além dos recursos materiais, de proteção no âmbito jurídico, são necessários recursos humanos, que abrangem Estado e comunidade”.

De acordo com (GERHARD, 2014, p. 94) é necessário mais:

“Para estabelecer-se uma rede de atendimento e enfrentamento (proteção integral a mulher), os Poderes Legislativos, Judiciário, e Executivo, respeitadas as alçadas e atribuições, bem como movimentos sociais, órgão estaduais e municipais e cidadãos devem trabalhar em intersetorialidade e articulados para promover e implantar

políticas públicas de ações e serviços especializados para a vítima de violência doméstica e toda a sua família.”

No entendimento de Oliveira (2015), mesmo com total proteção no âmbito jurídico, que além do Estado, a comunidade também colabore, e que o ditado que em briga de marido mulher ninguém mete a colher deve ser rompido. No papel do estado para se ter uma melhor efetividade, foi implantado o projeto da Patrulha Maria da Penha que traz uma melhoria para comprimir a pratica de violência doméstica, se trata de atividade de fiscalização de visitas residenciais rotineira, tentando deter possíveis agressões, que infelizmente se tem na lacuna deixada por a medida protetiva de urgência.

Os policiais capacitados que compõem a Patrulha Maria da Penha compreendem que a violência doméstica é um delito e assim deve ser tratado, bem como entendem a relevância das ações integradas e interdisciplinares. Desta forma, orientam as vítimas sobre como proceder nas mais variadas situações, realizam o encaminhamento necessários destas e esclarecem dúvidas. (Oliveira, 2015, p.62).

6. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E O FEMINICÍDIO

O Femicídio é resultado da discriminação de gênero, caracterizado como a mortes violentas de mulheres, cuja situação é matar a mulher pelo fato de ela ser mulher. Sendo o desfecho final cruel e letal de um ciclo de violência que a mulher passa, é o enredo de uma sociedade machista que faz o homem achar que a mulher deve ser submissa a ele. (Rodrigues, 2016)

Para (ROCHA, 2020, p.24) o crime é conceituado como:

“O crime de feminicídio, pode ser caracterizado como a prática de uma violência fatal cometida contra as mulheres, pelo simples fato de serem do sexo oposto, ou em decorrência de violência doméstica. Por essa razão, e com o grande número exacerbado de mulheres assassinadas em função dessas circunstâncias, o legislador impôs a Lei nº13.104/2015, afim de atribuir o crime de feminicídio como uma qualificadora do crime de homicídio, previsto no art. 121, § 2º do Código Penal, e entrando também para o rol dos crimes ditos como hediondos, previsto na Lei nº 8.072/90.”

O Crime de Femicídio que está previsto na Lei nº 13.104 de março de 2015, qualifica da seguinte forma:

Art. 121. Matar alguém:

§ 2º Se o homicídio é cometido:

V - Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Femicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VI - Contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição: (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015)

§ 2º -A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

I - Violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

II - Menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015). (BRASIL, 2015)

No feminicídio apesar de o sujeito passivo ser necessário a pessoa do sexo feminino, o seu sujeito ativo pode ser homem ou mulher sem exigência de qualidade ou condição, mesmo que sem dúvidas a maior parte das vezes é praticado pelo sexo masculino. Os feminicídios íntimos de acordo com (buzzi, 2014, p.52) é “cometido pelo marido, companheiro, namorado, parceiros sexuais, em relações atuais ou passadas, ou por qualquer outro homem com quem a vítima tem ou teve uma relação familiar, de convivência ou afim”, esses são os mais comuns pois os homens aproveitam dessa condição para cometer o crime, dos quais já são resultado de uma sequência de violência doméstica ocorrida, mostrando assim que o feminicídio na sociedade é a consequência extrema da violência doméstica a mulher.

A Realidade do nosso país é que a cada dia os números de mulheres mortas aumenta pelo simples fato do gênero, apesar de tudo o que foi construído até hoje, continua crescendo o número de agressores de mulheres, foi se necessário instituir o crime de feminicídio como crime hediondo na buscar de ter uma redução de casos de mulheres mortas, o autor Luiz Regis Prado (2019, p. 28) cita em sua obra que:

“O artigo 121, § 2º, inciso VI qualifica o delito de homicídio quando este é praticado “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”. A circunstância em apreço, que recebe o nomen iuris feminicídio, sanciona mais severamente o assassinato de mulheres decorrente de uma cadeia progressiva de agressão, verificada no âmbito doméstico e familiar, ou, ainda, quando provém de um ato discriminatório relacionado à específica condição de ser mulher. Passada uma década da promulgação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), o legislador brasileiro ainda precisa fazer uso da criminalização para conter a violência doméstica, visto que os instrumentos estatais disponíveis para prevenção e repressão de tais condutas, embora representem significativo avanço, revelam-se ineficazes.”

A Mulher na maioria das vezes é vista com menosprezo e com inferioridade pelos homens, que acham que o gênero feminino deve ter menos direitos, sendo assim pode se dizer que o feminicídio é um ato doloso cometido por eles. Rocha (2020, p.25) fala que o termo feminicídio veio de Dianna Russell:

“O termo feminicídio foi cunhado pela primeira vez pela escritora feminista Diana Russell, nascida na África do Sul. Em seu livro Femicide: The Politics of Killing Woman (Feminicídio: as políticas de matar mulher), lançado em 1992 em parceria com Jill Radford, Russell define o crime como resultado de contínuos abusos, tanto físicos como psicológicos ou sexuais, marcados por escravidão sexual, mutilação genital, maternidade forçada, homofobia (quando a mulher é morta por ser lésbica) e racismo, entre outros atos misóginos. Um desses atos, que também é inserido com característica de feminicídio, é a tortura.”

Vivemos em uma sociedade Machista desde os primórdios, até mesmo depois da Constituição de 1988 que prevê a igualdade e que todos devemos ser tratados de maneira igualitária, sem distinção de gêneros. Já é perceptivo que o problema é cultural e não se trata mais de normas não existentes.

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: I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988).

Um dos fatores que mais deslaçar o feminicídio, sem dúvidas é a violência doméstica e a Lei Maria da Penha tenta amenizar o feminicídio, com sua atuação no combate de violência, além desse fator ainda podemos citar a discriminação de gênero que faz com que por conta de suas condições sociais ou raciais as mulheres sejam vítimas. (SILVA, LOPES, 2021, p. 21).

“A Lei Maria da Penha não resolve o problema da violência estrutural, nem muda um comportamento entranhado na sociedade, mas serve para revelar o retrato de um país que ainda subordina as mulheres ao poder dos homens. Ela não resolve o problema da violência, mas dá meios para a mulher conseguir viver dignamente longe do agressor.” (BUZZI, 2014, p. 78)

Diante disso, podemos identificar que quando o autor não mais satisfeito com as violências cometidas, chega ao ponto final que resulta em algo trágico, o feminicídio.

“Destarte, o preconceito é algo cultural que traz consigo grandes consequências, e na grande parte são trágicas e fatais. Por conseguinte, entende-se que a violência doméstica e todas violências derivadas, são a ponta de um grande ciclo vivenciado em diversas famílias brasileiras, que pela falta de percepção ou coragem das mulheres inseridas, acabam se transformando em algo maior e fatal, o feminicídio. Colocando fim de forma trágica ao ciclo de uma violência sofrida.” (SILVA, LOPES, 2021, p. 21)

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo traz um conceito sobre a história da violência doméstica, como tudo começou e toda a luta das mulheres por igualdade de gênero, mostrando a necessidade que o Brasil teve em criar uma legislação adequada para violência doméstica a mulher, já que tal violência não tinha um amparo condizente a problemática vivenciada.

Evidenciando o que a Lei Maria da Penha diz e o que ela traz para o combate de violência doméstica, falando sobre suas medidas adotadas que dispõe de uma melhor forma de acabar com o problema social que exige políticas públicas, e como pontuar a atuação da efetividade da lei e o serviço do ministério público, diante do papel relevante para conter a violência, ainda explanar sobre o feminicídio que decorre

da violência doméstica e como cresce o número de casos no País.

A lei nº 11.340/06 conhecida como Lei Maria da Penha tem uma grande efetividade, só que muitas vezes acaba não tendo eficácia na luta do combate à violência doméstica a mulher, apesar de a lei adotar medidas protetivas de urgência, nem sempre os agentes públicos conseguem adotá-las por falta de colaboração das vítimas, que necessitam de conscientização, ajudando o poder público fazer seu trabalho que é impedir que as mesmas não sofram ainda mais riscos, trazendo assim a realidade abordada que é efetiva mas nem sempre a forma é eficaz por se tratar da falta de firmeza ou continuidade, precisando então de uma maior importância, pois a norma tem o objetivo de combater e proteger toda e qualquer mulher que venha sofrer violência no ambiente doméstico

As medidas protetivas de urgência foi a inovação de aprimoramento da lei, com elas buscaram ter uma maior efetividade no posicionamento da autoridade policial, como uma melhor qualidade de atendimento para cada caso dando todo o suporte e assistência necessária a vítima.

Apesar da criação da Lei, a realidade do país ainda é bastante assustadora, pois mesmo com todo o avanço o número de mulheres mortas por consequências de violência domésticas cresce a cada dia, fez-se necessário inserir o crime de feminicídio como crime hediondo na busca de uma diminuição nos números de casos, esse cenário que vem aterrorizando as mulheres foi criado por uma sociedade machista que colocam os homens como superiores.

A Lei Maria da Penha foi um verdadeiro revolucionamento para combater a violência sofrida por as mulheres em seu lar, apesar de toda a efetividade na lei mostrando ser o melhor instrumento de proteção a violência e redução no quadro de feminicídio, ela se ver ainda ineficaz em alguns pontos sejam eles tanto na atuação da autoridade policial ao interpretar para adaptar a cada situação, como no próprio texto da lei que se ver ser necessário atualizado sempre buscando melhorias para dar uma segurança as vítimas.

REFERÊNCIAS

1. ARAUJO, Bárbara M.V. **Lei Maria da Penha um estudo sobre os mecanismos de proteção à mulher em situação de violência.** São Paulo, 2022. Disponível em:
<<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/27645/1/TCC%20-%20LEI%20MARIA%20DA%20PENHA%20.pdf>>. Acesso em: 23/05/23
2. ARAUJO, Bárbara M.V. **Lei Maria da Penha um estudo sobre os mecanismos de proteção à mulher em situação de violência.** São Paulo, 2022. Disponível em:
<<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/27645/1/TCC%20-%20LEI%20MARIA%20DA%20PENHA%20.pdf>>. Acesso em: 23/05/23
3. ARAUJO, Bárbara M.V. **Lei Maria da Penha um estudo sobre os mecanismos de proteção à mulher em situação de violência.** São Paulo, 2022. Disponível em:
<<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/27645/1/TCC%20-%20LEI%20MARIA%20DA%20PENHA%20.pdf>>. Acesso em: 24/10/23
4. ARAUJO, Bárbara M.V. **Lei Maria da Penha um estudo sobre os mecanismos de proteção à mulher em situação de violência.** São Paulo, 2022. Disponível em:
<<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/27645/1/TCC%20-%20LEI%20MARIA%20DA%20PENHA%20.pdf>>. Acesso em: 23/05/2023
5. ARAUJO, Bárbara M.V. **Lei Maria da Penha um estudo sobre os mecanismos de proteção à mulher em situação de violência.** São Paulo, 2022. Disponível em:
<<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/27645/1/TCC%20-%20LEI%20MARIA%20DA%20PENHA%20.pdf>>. Acesso em: 24/10/23
6. ARAUJO, Bárbara M.V. **Lei Maria da Penha um estudo sobre os mecanismos**

de proteção à mulher em situação de violência. São Paulo, 2022. Disponível em:

<<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/27645/1/TCC%20-%20LEI%20MARIA%20DA%20PENHA%20.pdf>>. Acesso em: 24/10/23

7. **BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.**

Disponível em:<

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em:29/10/2023

8. **BRASIL. Lei nº 10.683 de 28 de maio de 2003.** Disponível em:<

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.683.htm#:~:text=LEI%20No%2010.683%2C%20DE%2028%20DE%20MAIO%20DE%202003.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20da,Minist%C3%A9rios%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs> Acesso em:24/09/2023

9. **BRASIL. Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006.** Disponível em: <

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10866378/artigo-22-da-lei-n-11340-de-07-de-agosto-de-2006>>. Acesso em: 23/05/2023

10. **BRASIL. Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006.** Disponível em: <

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 23/05/2023

11. **BRASIL, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em:<

<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/os-juizados-de-violencia-domestica-e-familiar-contr-a-mulher/121814363>>. Acesso em: 24/05/2023

12. **BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em:<

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10868703/artigo-7-da-lei-n-11340-de-07-de-agosto-de-2006>>. Acesso em: 25/05/2023

13. BRASI. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: <
14. <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10865248/artigo-28-da-lei-n-11340-de-07-de-agosto-de-2006>>. Acesso em:25/10/2023
15. BRASI. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: <
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>.
16. Acesso em: 25/10/2023
17. BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Disponível em:<
<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10625567/paragrafo-2-artigo-121-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>>. Acesso em:29/10/2023
18. BUZZI, Ana C.M. **Feminicídio e o Projeto de Lei no 292/2013 do Senado Federal**. Disponível em:<
<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/122342/TCC%20Feminic%C3%ADdio%20-%20Ana%20Buzzi%20-%20Reposit%C3%B3rio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 29/10/2023
19. BRUNO, Cecilia R. **LEI MARIA DA PENHA: Um estudo sobre os mecanismos de proteção à mulher em situação de violência**. Niterói,2016. Disponível em: <
<https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/2497/MONOGRAFIA%20CECILIA%20BRUNO%20FICHA%20FINAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em:23/05/2023
20. BUZZI, Ana C.M. **Feminicídio e o Projeto de Lei no 292/2013 do Senado Federal**. Disponível em:<
<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/122342/TCC%20Feminic%C3%ADdio%20-%20Ana%20Buzzi%20-%20Reposit%C3%B3rio.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 29/10/2023
21. CAMPOS, Antônia A.S. **A Lei Maria da Penha e a sua efetividade**. Fortaleza, 2008. Disponível em: <<https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Ant%C3%B4nia-Alessandra-Sousa-Campos.pdf>>.

Acesso em: 22/03/2023

22. CAMPOS, Antônia A.S. **A Lei Maria da Penha e sua efetividade.**

Fortaleza, 2008. Disponível em: <<https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Ant%C3%B4nia-Alessandra-Sousa-Campos.pdf>>.

Acesso em: 23/05/2023

23. CAMPOS, Antônia A.S. **A Lei Maria da Penha e sua efetividade.**

Fortaleza, 2008. Disponível em: <<https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Ant%C3%B4nia-Alessandra-Sousa-Campos.pdf>>.

Acesso em: 24/05/2023

24. CAMPOS, Gabriel H.P, **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: análise de como a dependência financeira impede o pedido da medida protetiva.** Goiânia, 2021.

Disponível em:<

<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/3288/2/TCC%20VIOLENCIA%20COMPLETO%20-%20Gabriel.pdf>> Acesso em: 22/05/2023

25. CUNHA, Bárbara M. **Violência contra a mulher, direito e patriarcado: perspectivas de combate à violência de gênero.** Paraná, 2014. Disponível em:

< https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/62320145/Artigo-Barbara-Cunha-classificado-em-7%C2%BA-lugar-120200309-109870-v1f5py-libre.pdf?1583873547=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DViolenca_contra_a_mulher_direito_e_patr.pdf&Expires=1695654618&Signature=fq2jm4K6Agxpff0TNpL09csJei~tRMcAkyIKBZLjSYXJPH1y7~Motj02MVI2QjB-XTsildwhQkeJLAhWQn9rRYzkpwZgQ50DSpWFpi5faoQExJ2ajgZ2fEI~v8uxX2haJU5fHj2JYbdFLDqcYISx7i2Ledk8euJOtrKclmBQyVW-UkgDAvP-oK9hxd6G7ojpnkJ-QbKqPA~16cr7rAaO3GO4dOU7fSI6z4eSAa1VPNvZVh6nzAdGg~oW7QXzloMAXMUn46kqeO8bkc24I5AV-PI~EebMis38ymjvfSRXy~VHYjLHAnZTtgSWEBKaQPH54RpBV9b1ungwAE4-u0wNGA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA>. Acesso em: 23/09/2023

26. CUNHA, Vaniele S. **A luta do movimento feminista para a elaboração de políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher.** Florianópolis, 2017. Disponível em:<
<https://core.ac.uk/download/pdf/129460079.pdf>>. Acesso em: 22/09/2023
27. CUNHA, Vaniele S. **A luta do movimento feminista para a elaboração de políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher.** Florianópolis, 2017. Disponível em:<
<https://core.ac.uk/download/pdf/129460079.pdf>>. Acesso em: 22/09/2023
28. CUNHA, Vaniele S. **A luta do movimento feminista para a elaboração de políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher.** Florianópolis, 2017. Disponível em:<
<https://core.ac.uk/download/pdf/129460079.pdf>>. Acesso em:22/09/2023
29. CUNHA, Vaniele S. **A luta do movimento feminista para a elaboração de políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher.** Florianópolis, 2017. Disponível em:<
<https://core.ac.uk/download/pdf/129460079.pdf>>. Acesso em: 22/09/2023
30. FONSECA, Luciana P. **A Importância das Políticas Públicas no enfrentamento à Violência contra a Mulher.** Guanambi, 2021. Disponível em: <
<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13474/1/TCC%20II-%20A%20import%C3%A2ncia%20das%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20no%20enfrentamento%20%C3%A0%20viol%C3%A2ncia%20contra%20a%20mulher..pdf>> . Acesso em :22/09/2023
31. FONSECA, Luciana P. **A Importância das Políticas Públicas no enfrentamento à Violência contra a Mulher.** Guanambi, 2021. Disponível em: <
<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13474/1/TCC%20II-%20A%20import%C3%A2ncia%20das%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20no%20enfrentamento%20%C3%A0%20viol%C3%A2ncia%20contra%20a%20mulher..pdf>> . Acesso em :22/09/2023

20mulher..pdf> . Acesso em :22/09/2023

32. FONSECA, Luciana P. **A Importância das Políticas Públicas no enfrentamento à Violência contra a Mulher**. Guanambi, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13474/1/TCC%20II-%20A%20import%C3%A2ncia%20das%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20no%20enfrentamento%20%C3%A0%20viol%C3%A2ncia%20contra%20a%20mulher..pdf>> . Acesso em :23/09/2023
33. GERHARD, Nadia. **Patrulha Maria da Penha. 1. ed.** Porto Alegre: Age Editora, 2014
34. GUIMARÃES, Helington R. **Efetividade da Lei Maria da Penha no combate à violência contra a mulher**. Gama,2020. Disponível em: <https://dspace.uniceplac.edu.br/bitstream/123456789/429/1/Helington%20Rodrigues%20Guimaraes_0001820.pdf>. Acesso em: 24/05/2023
35. MAGALHÃES, Roberto C.M. **A Lei Maria da Penha e a sua (in)efetividade na proteção a mulher vítima de violência doméstica**. Samambaia, 2019. Disponível em: <<file:///C:/Users/DELL/Downloads/3823-Texto%20do%20Artigo-12607-13356-10-20191031.pdf>>. Acesso em: 24/03/2023
36. NASCIMENTO, Geysiane B. LIMA, Héliida B. **A Lei Maria da Penha no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher: contribuições e desafios**. Natal,2022. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/25185/1/TCC%20VERSO%20FINAL%20-%20GEYSIANE%20E%20HELIDIA.pdf>>. Acesso em:23/05/2023
37. NASCIMENTO, Geysiane B. LIMA, Héliida B. **A Lei Maria da Penha no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher: contribuições e desafios**. Natal,2022. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/25185/1/TCC%20VERSO%20FINAL%20-%20GEYSIANE%20E%20HELIDIA.pdf>>.

Acesso em:23/05/2023

38. NASCIMENTO, Geysiane B. LIMA, Héliida B. **A Lei Maria da Penha no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher: contribuições e desafios.** Natal,2022. Disponível em:
<<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/25185/1/TCC%20VERS%C3%83O%20FINAL%20-%20GEYSIANE%20E%20H%C3%89LIDA.pdf>>.
Acesso em:23/05/2023
39. OLIVEIRA, Alessandra P. **A eficácia da lei Maria da Penha no combate à violência doméstica contra a mulher.** Santa Cruz do Sul, 2015. Disponível em:
<<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/851/1/Andressa%20Porto%20de%20Oliveira.pdf>>. Acesso em: 22/03/2023.
40. OLIVEIRA, Andressa P. **A Eficácia da Lei Maria da Penha no combate à violência doméstica contra a mulher.** Santa Cruz do Sul, 2015. Disponível em:
<<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/851/1/Andressa%20Porto%20de%20Oliveira.pdf>>. Acesso em 24/10/2023
41. OLIVEIRA, Andressa P. **A Eficácia da Lei Maria da Penha no Combate à Violência Doméstica contra a Mulher.** Santa Cruz do Sul,2015. Disponível em:
<<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/851/1/Andressa%20Porto%20de%20Oliveira.pdf>>. Acesso em:25/10/2023
42. PACHECO, Luíza F. **Violência doméstica contra a mulher.** Ijuí, 2010.
Disponível
em:<<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/651/luiza%20tcc.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22/05/2023
43. PEZZI, Angela M. **A (IN) Efetividade da Lei Maria da Penha e sua Relação na Diminuição/Aumento dos Registros de ocorrência no Município de Lajeado.** Lajeado,2009. Disponível em:
<<https://www.univates.br/bduserver/api/core/bitstreams/00533838-5191-4bd4-b3d9-e331823d5cfd/content>>. Acesso em:25/05/2023

44. PRADO, Luiz Regis. Tratado de direito penal: parte especial: art. 121 a 249 do CP. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca
45. RICHTER, Daniela., Karnop, Daniele., Terra, Rosane B.M.R.B. **A (in) constitucionalidade da Lei Maria da Penha: um olhar reflexivo sobre a necessidade de prevenção à violência como política pública.** Santa Cruz do Sul, 2009. Disponível em:
<<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1791/1/As%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas%20no%20constitucionalismo%20contempor%C3%A2neo.pdf;As#page=101>>. Acesso em: 24/09/2023
46. ROCHA, Deyse M.R. **FEMINICÍDIO: Políticas Públicas no Estado de Santa Catarina.** Florianópolis, 2020. Disponível em:<
<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/6957/1/Monografia%20-%20Femicid%C3%ADdio%20%202020%20pdf.pdf>>. Acesso em:29/10/2023
47. RODRIGUES, Annelise S.C. **FEMINICÍDIO NO BRASIL: uma reflexão sobre o direito penal como instrumento de combate à violência de gênero.** Volta Redonda,2016. Disponível em:<
<https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/4840/ANNELISE%20SIQUEIRA%20COSTA%20RODRIGUES%20-%20FEMINIC%20DIO%20NO%20BRASIL.pdf?sequence=1.>>. Acesso em:26/05/2023
48. SANTOS, Camila M. **A Lei Maria da Penha e a ineficácia das medidas protetivas.** Campo Grande, 2020. Disponível em:
<<https://repositorio.pgsskroton.com/bitstream/123456789/30411/1/TCC%2B2%2BDEFESA%2B-%2BCAMILA%2BMESQUITA.pdf>> Acesso em: 23/03/2023
49. SANTOS, Carla K.B. **Violência doméstica: medidas de enfrentamento apresentadas na Lei Maria da Penha e as iniciativas de combate em Santa**

Catarina. Florianópolis,2020. Disponível em:<<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/218921/TCC%20Carla%20-%20Viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica.pdf?sequence=2&isAllowed=y>> Acesso em: 21/05/2023

50. SANTOS, Carla K.B. **Violência doméstica: medidas de enfrentamento apresentadas na Lei Maria da Penha e as iniciativas de combate em Santa Catarina.** Florianópolis,2020. Disponível em:<<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/218921/TCC%20Carla%20-%20Viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica.pdf?sequence=2&isAllowed=y>> Acesso em: 21/05/2023

51. SANTOS, Carla K.B. **Violência doméstica: medidas de enfrentamento apresentadas na Lei Maria da Penha e as iniciativas de combate em Santa Catarina.** Florianópolis, 2020. Disponível em:<<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/218921/TCC%20Carla%20-%20Viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>. Acesso em: 22/05/2023

52. SILVA,LOPES, Juliana B., Mariana L.S. **A Violência Doméstica como fator gerador para o Femicídio.** Mina Gerais, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13386/1/Artigo%20Final%20%2B%20Anexos.pdf>>. Acesso em: 29/10/2023

53. SILVA,LOPES, Juliana B., Mariana L.S. **A Violência Doméstica como fator gerador para o Femicídio.** Mina Gerais, 2021. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13386/1/Artigo%20Final%20%2B%20Anexos.pdf>>. Acesso em: 29/10/2023

54. TELES, Paula N.B.G. **Lei Maria da Penha – Uma História de Vanguarda.** Rio de

Janeiro, 2012. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/14/capacitacaoemgenero_110.pdf>. Acesso em 23/09/2023

55. TELES, Paula N.B.G. **Lei Maria da Penha – Uma História de Vanguarda**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/14/capacitacaoemgenero_110.pdf>. Acesso em 23/09/2023

56. TELES, Paula N.B.G. **Lei Maria da Penha – Uma História de Vanguarda**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/14/capacitacaoemgenero_110.pdf>. Acesso em: 24/09/2023

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PRESO E NA PROMOÇÃO DO DESENCARCERAMENTO

José juvenil Alves de Sousa²²
Claúdio Marcos Romero lameirão²³

RESUMO

A audiência de custódia foi mencionada pela primeira vez no ordenamento jurídico internacional através do Pacto internacional sobre direitos civis e políticos celebrado na cidade de Nova York nos Estados Unidos da América, no ano de 1966. No ano de 2015 foi inserida no ordenamento jurídico pátrio através a resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça e em 2019 passou a integrar o Código de Processo Penal através da Lei nº 13.964/2019. O presente artigo tem como objetivo analisar os procedimentos da audiência de custódia e sua contribuição para o desencarceramento, a diminuição da superpopulação carcerária, como também as narrativas e críticas a seu respeito.

Palavras-chave: audiência de custódia; direitos fundamentais; desencarceramento.

ABSTRACT

The custody hearing was mentioned for the first time in the international legal system through the International Covenant on Civil and Political Rights celebrated in the city of New York in the United States of America, in the year 1966. In 2015 it was inserted in the national legal system through Resolution 213 of the National Council of Justice and in 2019 became part of the Code of Criminal Procedure through Law No. 13.964/2019. This article aims to analyze the custody hearing procedures and their contribution to extrication, the reduction of prison overpopulation, as well as the narratives and criticisms about them.

Key words: custody hearing; fundamental rights; extrication.

²² Bacharelado em Direito no Uniesp

²³ Professor orientador

1. INTRODUÇÃO

A audiência de custódia funciona como uma garantia de que ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal, e sem exercer a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório. Fundada no princípio constitucional da presunção da inocência, desta forma qualquer que tenha sua liberdade privada pelas forças de segurança do Estado deve ser conduzido em até 24 horas a presença de um juiz para que avalie a legalidade e a necessidade de manter ou não a sua prisão.

O Brasil como signatário dos tratados e convenções internacionais os recebe em sua lei pátria com força de emenda constitucional (lei constitucional) ou lei supralégitima, na forma da lei. Os primeiros diplomas internacionais a tratar sobre a audiência de custódia foram o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos celebrado na cidade de Nova York nos Estados Unidos da América, em 19 de dezembro de 1966 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos mais conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica”, por ter sido celebrado na cidade de San Jose capital da República da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

A implantação da audiência de custódia em nosso ordenamento jurídico veio através da resolução CNJ 213/15, que previa a obrigatoriedade da apresentação de toda pessoa presa em flagrante em até 24 horas à “autoridade judicial competente”, com início em fevereiro do mesmo ano no estado de São Paulo, sendo introduzida na legislação processual brasileira no ano de 2019 através da lei nº 13.964/19, a qual ficou conhecida como “Pacote Anticrime”. Apesar de ter se passado cinquenta e seis anos de sua primeira menção em uma norma jurídica, no Brasil sua implantação em todos os Estados ocorreu apenas no ano de 2015, quarenta e nove anos depois. Com apenas sete anos de implantação no Brasil, a audiência de custódia ainda enfrenta uma certa resistência em meio a sociedade, tendo em vista a falta de conhecimento a respeito deste instituto, criou-se o mito de que a audiência e custódia serve apenas para pôr em liberdade os infratores da lei.

Por ser um instituto relativamente novo, ainda audiência de custódia é alvo de críticas negativas por parte dos agentes de segurança pública e de parte da sociedade, dentre elas a de que este tipo de audiência serve apenas para pôr em liberdade aqueles que cometem algum tipo de infração penal, esse pensamento traz uma sensação de impunidade tanto para quem quer ver o infrator da lei preso, quanto

para o infrator quando contemplado com o benefício da liberdade a ele garantido na audiência de custódia, pouco tempo depois de posto em liberdade volta a cometer crime.

Pelo princípio da presunção da inocência existe o benefício da dúvida em favor do suspeito de ter cometido um ilícito penal, não podendo este ser considerado culpado até o trânsito em julgado, desta forma salvo as exceções legais dos casos do cabimento da prisão, o indivíduo só poderá permanecer preso após sentença passada em julgado, ao Estado também cabe respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana em relação a sua liberdade e demais direitos. A audiência de custódia entra em cena para garantir os direitos intrínsecos nos princípios outrora mencionados e frear práticas abusivas por parte dos representantes do Estado no momento da captura, prisão, cerceamento da liberdade e condução do processo.

Diante desse contexto, é importante buscar meios de divulgação a respeito do instituto da audiência de custódia, como funciona e qual o seu objetivo e finalidade, buscando desmistificar a visão negativa a respeito de importante instituto de salvaguarda do direito à liberdade.

2. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, A SUA ORIGEM E IMPLANTAÇÃO NO BRASIL

A audiência de custódia é um instituto processual que obriga a apresentação da pessoa presa em flagrante em até 24 horas da sua prisão perante um juiz onde também se farão presentes o representante do Ministério Público, a defesa constituída pelo preso ou defensor público, onde será tratado sobre o contexto da prisão.

Observando os requisitos para a sua realização, LIMA,2020, traz o seguinte conceito para a audiência de custódia:

A audiência de custódia pode ser conceituada como a realização de uma audiência sem demora após a prisão em flagrante (preventiva ou temporária) de alguém, permitindo o contato imediato do custodiado com o juiz das garantias, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público. (LIMA, 2020).

A audiência de custódia tem sua relevância por se tratar de um instituto que tem a finalidade de preservar o direito à liberdade, direito humano de primeira dimensão/geração, através da análise da legalidade da prisão por atos ilegais

praticados pelos integrantes das forças de segurança durante todas as fases²⁴ da prisão em flagrante: captura, da condução e a confecção do auto de prisão em flagrante.

Durante a realização dessa audiência o juiz não irá analisar o mérito do fato criminoso cometido pelo preso, e sim em observância ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana será analisado se de alguma forma o preso teve seus direitos violados pelas autoridades policiais responsáveis pela sua captura, condução e sua prisão.

2.1. PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

O instituto da Audiência de Custódia foi inserido pela primeira vez como norma de Direito Público Internacional no ano de 1966, quando em Assembleia Geral das Nações Unidas foi assinado o Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos, esse Pacto reconhece e protege direitos como: o direito à vida, não ser submetido à tortura ou penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes, à liberdade e segurança pessoal, dentre tantos outros.

Em seu artigo 9º, trata sobre o direito de liberdade e garantia de segurança, onde em seu item 3, aduz que: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade”.

O Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos foi adotado em Assembleia Geral da ONU no ano de 1966, entrando em vigor apenas 10 anos após a sua assinatura, em 23 de março de 1976. A adesão do Brasil ao Pacto internacional dos Direitos Civis e Político se deu em 6 de julho de 1992, através do Decreto nº 592,

²⁴ As fases da Prisão em flagrante encontram dispostas nos artigos 301 e 304 do Código de Processo Penal: 1ª fase, a captura (prisão-captura) está no artigo 301, do CPP. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. (grifei)

2ª fase, a condução coercitiva a presença da autoridade de polícia está na primeira parte do artigo 304 do CPP: Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá está o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. (grifei)

3ª fase, a atuação em flagrante esta segunda parte do artigo 304: Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. (grifei)

datando a sua promulgação a partir 24 de abril do mesmo ano, dezesseis após entrar em vigor em âmbito internacional.

2.2. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA)

Três após ser assinado o Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos foi assinado pelos Estados partes sendo o Brasil, um deles, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, esse pacto cria princípios como os da inerência e da transnacionalidade, devendo os direitos essenciais a pessoas ser reconhecido pelo apenas pela condição ser humano que a pessoa ostenta não devendo ser defendidos apenas em âmbito nacional, mas sim ter uma proteção internacional transcendendo as fronteiras físicas dos Estados.

Esse marco normativo de proteção aos direitos humanos traz em no item 5 Artigo 7º, que trata do Direito à liberdade pessoal, o dispositivo utilizado como um dos fundamentos para a elaboração da resolução 213 do CNJ.

Artigo 7º, item 5 da Convenção Americana Sobre Direitos humanos:

“Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”

O Brasil aderiu A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos através do Decreto nº 678/1992, 23 anos após a sua assinatura. Com status de lei supralegal está acima das leis ordinárias e baixo da constituição federal.

2.3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

No Brasil a audiência de custódia começou a ser implantada no ano de 2015, 49 após o Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos e 46 após o Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Nesse contexto, LOPES JR, 2019, assevera que apesar de tardia e das críticas sofridas, a audiência de custódia provoca uma evolução do processo penal brasileiro: “A audiência de custódia representa um grande passo

no sentido da evolução civilizatória do processo penal brasileiro e já chega com muito atraso, mas ainda assim sofre críticas injustas e infundadas”.

Em 22 de janeiro de 2015, foi editado o Provimento Conjunto Nº 03/2015 do Tribunal de Justiça com a Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo que instituiu em todo o Estado a implantação gradativa da audiência de custódia:

Art. 1º Determinar, em cumprimento ao disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica), a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia. (grifei)

Art. 2º A implantação da audiência de custódia no Estado de São Paulo será gradativa e obedecerá ao cronograma de afetação dos distritos policiais aos juízos competentes. (grifos nossos).

A ADEPOL (Associação dos Delegados de Polícia do Brasil) a qual representa os delegados de Polícia Civil e Federal do Brasil entrou com uma impugnação contra o Provimento Conjunto Nº 03/2015, através da ADI 5.240²⁵, questionando que a Audiência de Custódia deveria ter sido implantada a através de lei federal tendo em vista que a competência para legislar sobre matéria é da União, não podendo Tribunal de Justiça e a Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo tratar do assunto através de provimento, por tanto seria inconstitucional. Porém Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a ADI²⁶ improcedente por maioria de votos, e indicou a pratica da Audiência de Custódia não apenas no Estado de são Paulo, mas em todo o País, tendo em vista que os tratados de direitos humanos (Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) inseridos no ordenamento jurídico pátrio com força de norma supralegal já tratam do tema e que o TJSP e a Corregedoria Geral da Justiça usando de suas autogestão apenas disciplinaram a aplicação de normas já vigentes no ordenamento jurídico.

Ainda no ano de 2015 o PsoI²⁷, partido político com representação no congresso Nacional apresentou a ADPF²⁸ 347 MC/DF, buscando a proteção dentro dos presídios dos direitos humanos dos presos, proteger a dignidade, a vida e a

²⁵ Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.

²⁶ ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

²⁷ PsoI - Partido Socialismo e Liberdade

²⁸ ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

saúde, como também combater a violência praticadas contra as pessoas encarceradas. A proposta foi deferida parcialmente pelo STF que dentre as medidas impostas tiveram a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e a determinação da realização da audiência de custódia em até 24 horas após a prisão.

Em 15 de dezembro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça-CNJ editou a Resolução 213, tendo como lastro os tratados de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, onde determina que toda pessoa presa em flagrante delito deverá ser obrigatoriamente apresentada à “autoridade judicial competente” em até 24 horas após a sua prisão, sendo utilizado como fundamento respectivamente o artigo 9º, item 3 e o artigo 7º, item 5, outrora mencionados.

O que inovou após a redação da resolução 213/2105 CNJ, é que na redação dos tratados não há limite de tempo para a apresentação da pessoa presa, apenas recomenda-se que a apresentação do preso perante a autoridade judicial seja feita com brevidade logo após a sua prisão ou detenção, a resolução 213/2015 CNJ traz a novidade do limite de tempo para a apresentação da pessoa presa em flagrante delito que deve ser em até 24 horas após sua prisão.

Artigo 1º da resolução 213/2015 CNJ:

Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da Poder Judiciário comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

Apenas no ano de 2019 foi inserida no Código de Processo Penal Brasileiro através da lei 13.964, que ficou conhecida como “Pacote Anticrime”, que alterou o artigo 310 do CPP trazendo o limite de tempo para a apresentação igual a resolução 213/2015 CNJ, acrescentando a composição na audiência deverão estar presente além do Juiz, o representante do Ministério Público e a defesa constituída pelo preso, na ausência desta será convocado um defensor público para que o preso exerça o seu direito de defesa em sua plenitude.

Art. 310 do Código de Processo penal, in vrebis:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado,

seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

O disposto do artigo 310, do CPP, além de igualmente a resolução 213/2015 CNJ que firma o lapso temporal obrigatório entre a prisão e a apresentação do preso perante o juiz, traz também as medidas a serem adotadas pelo magistrado que como visto não tem apenas a opção de relaxar concedendo liberdade provisória ou converter a prisão em flagrante em outro tipo de prisão preventiva, poderá também aplicar uma medida cautelar diversa da prisão quando cabível ao caso.

Com relação ao cumprimento fidedigno do prazo de 24 horas a jurisprudência da Suprema Corte apregoa que não obrigatoriamente tonará irregular a prisão, tornando obrigatória a soltura imediata do preso, podendo ser sanada fundamentadamente nos casos em que couber a conversão da prisão em flagrante pela cautelar preventiva, em clara observância ao princípio da razoabilidade.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIXADO NA ADPF 347/DF. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA REALIZADA APÓS O PRAZO DE 24 HORAS CONTADO DO MOMENTO DA PRISÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. IRREGULARIDADE PASSÍVEL DE CORREÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A declaração de nulidade da audiência de custódia em razão de não ter sido realizada no prazo de 24 horas após a prisão dependeria da demonstração de efetivo prejuízo, conforme o princípio pas de nullité sans grief. II – Da leitura do respectivo termo de audiência, constata-se que o agravante estava acompanhado por seu advogado, foi esclarecido sobre a natureza da audiência, cientificado sobre o seu direito de permanecer em silêncio e de que não seriam feitas perguntas com a finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante, nos termos da Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. III – A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas depois da prisão em flagrante constitui irregularidade passível de ser sanada, que nem mesmo conduz à imediata soltura do custodiado,

notadamente quando decretada a prisão preventiva, como se deu na espécie. Precedentes. IV – Agravo regimental a que se nega provimento. STF - AG.REG. NA RECLAMAÇÃO: Rcl 49566 MG 0061606-08.2021.1.00.0000.

A finalidade de uma medida cautelar diversa da prisão é evitar o encarceramento desnecessário e conseqüentemente reduzir a superpopulação carcerária. Neste sentido o juiz deve observar se o caso cabe alguma das medidas cautelares do artigo 19 do Código de Processo Penal ou alguma outra que ele queira adotar, cabendo ainda a liberdade provisória com ou sem fiança.

2.4 A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA DURANTE A PANDEMIA

Nos anos de 2020 e 2021 o mundo viveu uma situação atípica causada pela pandemia do vírus COVID19, vírus altamente contagioso. No dia 30 de janeiro de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o surto de doença causada pelo vírus COVID19 passaria a ser tratada como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII).

Em 06 de fevereiro de 2020, foi publicada a lei 13.979, que dispõe sobre as medidas de enfrentamento e combate ao coronavírus, restringindo e forma excepcional e temporária a entrada e saída do país por rodovias, portos ou aeroportos como também a locomoção interestadual e intermunicipal em todo país, também estavam previstas nesta lei medidas como o isolamento social tais como distanciamento entre as pessoas, a quarentena, uso obrigatório de mascaras, passando a funcionar apenas aquelas atividades abastecimento de produtos e o exercício e o funcionamento de serviços públicos e de atividades essenciais. Essas medidas impactaram diretamente os direitos fundamentais tais como o direito à privacidade e o direito de locomoção.

O Conselho nacional de Justiça buscando assegurar a continuidade da prestação jurisdicional durante a pandemia, publicou a recomendação nº 62/2020 que recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus, estabelecendo procedimentos e regras para o funcionamento da justiça com a finalidade de proteger os agentes públicos das pessoas privadas de liberdade da transmissão do coronavírus. Essa recomendação traz em seu artigo 8º a suspensão da audiência de custódia de forma presencial, vejamos:

Recomendar aos Tribunais e aos magistrados, em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerar a pandemia de Covid-19 como motivação idônea, na forma prevista pelo art. 310, parágrafos 3^o²⁹ e 4^o³⁰, do Código de Processo Penal, para a não realização de audiências de custódia.

Sendo assim o magistrado iria examinar os requisitos de legalidade da prisão ou conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva através análise do auto de prisão em flagrante, fundamentando sua decisão na necessidade de controle da transmissão pelo coronavírus, ele poderia: relaxar a prisão ilegal, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva apenas de forma excepcional em casos de crime cometido com o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa, com a realização do exame de corpo de delito no local onde o preso estiver e devendo este ter seu rosto e corpo fotografado por inteiro nos casos de que houverem indícios de tortura ou maus tratos.

O parágrafo 2^o do Artigo 8^o dispõe sobre a possibilidade da realização a audiência de custódia através de videoconferência: “Nos casos em que o magistrado, após análise do auto de prisão em flagrante e do exame de corpo de delito, vislumbrar indícios de ocorrência de tortura ou maus tratos ou entender necessário entrevistar a pessoa presa, poderá fazê-lo, excepcionalmente, por meios telemáticos”.

No julgamento da ADI 6841, ação proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros pedindo a inconstitucionalidade do §1^o do art. 3^o-B do Código de Processo Penal, que trata da apresentação da pessoa presa em até 24 horas perante o juiz de garantias, sendo vedado a realização dessa apresentação por meio de videoconferência, o ministro do STF, Nunes Marques, deu provimento parcial, suspendendo a eficácia da expressão “vedado o emprego de videoconferência”, permitindo assim eu enquanto perdurasse a pandemia do coronavírus fossem

Artigo 310 parágrafos 3^o e 4^o do Código de Processo penal:

²⁹ § 3^o A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

³⁰ § 4^o Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

realizadas as audiências de custódia por videoconferência. Diante do contexto (SILVA, 2021) expõe que:

Contudo, nada se revelou tão controverso, além da própria paralisação das audiências de custódias durante a pandemia, do que a alternativa que pode viabilizar a apresentação do réu ao juiz sem contato físico, de modo a resguardar a integridade física dos envolvidos no processo: a videoconferência. (SILVA, 2021)

Em que pese toda a situação calamitosa vivenciada a época, principalmente na área de saúde, a necessidade de obediência das recomendações da Organização Mundial da Saúde e do Ministério da Saúde com relação as precauções a serem tomadas a fim de evitar o contágio pelo COVID19, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que por ser um direito subjetivo do preso a audiência de custódia deveria ser realizada independentemente de qualquer restrição:

EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - PRISÃO PREVENTIVA - AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - ILEGALIDADE - RELAXAMENTO DA PRISÃO - NECESSIDADE. A audiência de custódia é direito subjetivo da pessoa presa, sendo imprescindível a sua realização, independentemente dos níveis de restrição impostos em decorrência da pandemia da COVID-19, sob pena de ilegalidade da prisão. Precedente do STF (HC 186.421/SC) e Aviso Conjunto n. 40/PR/2021 do TJMG. (TJ-MG - HC: 10000210949665000 MG, Relator: Valéria Rodrigues Queiroz, Data de Julgamento: 23/06/2021, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 24/06/2021)

A audiência de custódia realizada por videoconferência impede o contato físico entre o preso e o juiz contradizendo o objetivo de colocar o preso face a face com aquele poderá decidir o seu destino nos próximos meses, ou mesmo anos de sua vida. Esse distanciamento poderá acarretar vários prejuízos ao custodiado, visto que o magistrado não terá o controle absoluto do que realmente está acontecendo na sala de onde está sendo transmitido o vídeo da pessoa presa podendo surgir fatores que influencie diretamente em suas declarações impedindo-o de relatar fielmente com riqueza de detalhes como se deu a sua prisão.

Nesse contexto, Flausino, (2017) esclarece que:

...além de incentivar o distanciamento entre juiz e preso, eventuais vestígios físicos ou indícios de violência policial poderão não ser percebidos pelo magistrado através da câmera, além de tornar tortuosa a captação de sinais que demonstrem as reações do preso, além de o juiz não tomar ciência de todo o ambiente físico adjacente, não tendo garantias de que a escuta estará sob o domínio de agentes que acompanham a gravação... (FLAUSINO, 2017).

O contato face a face preso e magistrado além de tornar o ambiente da audiência de custódia mais humano, também tem a pretensão ofertar uma proteção mais ampla aos direitos fundamentais do preso, bem como tornar aquele ambiente mais favorável ao depoimento da pessoa detida de forma a afastar qualquer fator que o impeça de trazer à tona todos os detalhes relacionados a sua captura, condução, autuação em flagrante e estadia provisória no cárcere até o momento de sua apresentação perante o juiz.

2.5 O ENCARCERAMENTO COMO SOLUÇÃO PUNITIVA

A manutenção da prisão como forma punitiva deve ser utilizada pelo Estado como ultima ratio, sendo assim o Estado deve buscar medidas cautelares diversas da prisão como forma de restringir direitos e liberdades, também como forma de desonerar o Estado com os custos da estadia do preso em estabelecimento prisional, com custos gerados pela tramitação do processo, dentre outros, podendo ser uma forma mais eficaz de ressocialização visando além de resguardar a saúde da pessoa presa, evitar a criminalização do preso, ou seja, o enveredamento de vez e sem volta para o mundo do crime, que pode acontecer através do contato outros presos criminosos inveterados que habitam o sistema penitenciário. Acerca disto assevera Renato Brasileiro de Lima que:

Além do menor custo pessoal e familiar dessas medidas cautelares diversas da prisão, o Estado também é beneficiado com a sua adoção, porquanto poupa vultosos recursos humanos e materiais, indispensáveis à manutenção de alguém no cárcere, além de diminuir os riscos e malefícios inerentes a qualquer encarceramento, tais como a transmissão de doenças infectocontagiosas, estigmatização, criminalização do preso etc. (LIMA 2020).

Os autos índices de criminalidade faz com que as unidades prisionais estejam sempre com a sua lotação acima do mínimo aceitável para que o detento tenha uma vida carcerária com o mínimo de dignidade possível, isso não implica dizer que por esse motivo o indivíduo que que pratica uma infração penal não deve sofrer as sanções impostas pela lei, mas que o Estado deve encontrar maneiras que não seja exatamente a privação da liberdade para como punição.

“Semelhante sentimento, saliente-se, é fortemente influenciado por setores da mídia e da política, que deliberadamente infundem na população uma contínua sensação de terror e de insegurança, campo fértil para afirmar a ideia do encarceramento como panaceia para os problemas da criminalidade urbana.” (CRUZ, 2022).

Buscando desarraigar a cultura da prisão que ainda exerce forte influência sobre o pensamento de que a prisão é a medida mais acertada para o combate à criminalidade, o judiciário brasileiro tem tentado combater esse pensamento com decisões como por exemplo a da não prisão em segunda instância, evitando o encarceramento de cidadãos sem condenação definitiva.

Recentemente em decisão unanime durante o julgamento da Reclamação (RCL) 29303, o Supremo Tribunal Federal-STF, determinou que todos os juízes e tribunais devem realizar a audiência de custódia conforme artigo 310 do CPP, para todas as modalidades de prisão:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente esta reclamação, para determinar a todos os Tribunais do país, bem assim a todos os juízos a eles vinculados, que realizem, no prazo de 24 horas, audiência de custódia em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões preventivas, temporárias, preventivas para fins de extradição, decorrentes de descumprimento de medidas cautelares diversas, de violação de monitoramento eletrônico e definitivas para fins de execução da pena, ratificando-se a medida cautelar e os pedidos de extensão deferidos em sede monocrática, nos termos do voto do Relator. O Ministro Nunes Marques acompanhou o Relator com ressalvas. Falou, pelo amicus curiae Defensoria Pública da União, a Dra. Tatiana Melo Aragão Bianchini, Defensora Pública Federal. Plenário, Sessão Virtual de 24.2.2023 a 3.3.2023.(STF, RCL 29303);

A prisão não pode ser a primeira e única solução punitiva, mas sim a última, salvo se for o caso, devido os prejuízos irreversíveis que poderá trazer para vida da pessoa presa como visto anteriormente. Desta feita o Estado deve buscar formas de acelerar os processos, aplicar medidas cautelares diversas da prisão, como penas restritivas de direitos, monitoramento eletrônico dentre outras medidas que possa promover o desencarceramento de forma legal e responsável, sempre visando a proteção dos direitos coletivos em detrimentos dos direitos individuais.

3. O INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA A LUZ DOS DIREITOS HUMANOS.

Os direitos humanos são aqueles característicos do ser humano de forma que basta ter essa qualidade para que se possa exigir que sejam respeitados e protegidos por quem tenha o dever de fazê-lo. Esses direitos buscam garantir ao ser humano direitos como o da dignidade humana e o direito à liberdade, tendo como características a imprescritibilidade³¹, inalienabilidade³², irrenunciabilidade³³, inviolabilidade³⁴, universalidade³⁵, efetividade³⁶, interdependência³⁷ e complementaridade³⁸. Como forma de proteger seus destinatários esses direitos buscam impor certos limites ao poder do Estado, de forma que quando seus agentes no exercício de suas funções e investidos do poder estatal não venham desrespeitá-los, tendo em vista que é obrigação do Estado respeitá-los e promovê-los:

³¹ *imprescritibilidade*: os direitos humanos fundamentais não se perdem pelo decurso do prazo;

³² *inalienabilidade*: não há possibilidade de transferência dos direitos humanos fundamentais, seja a título gratuito, seja a título oneroso;

³³ *irrenunciabilidade*: os direitos humanos fundamentais não podem ser objeto de renúncia. Dessa característica surgem discussões importantes na doutrina e posteriormente analisadas, como a renúncia ao direito à vida e a eutanásia, o suicídio e o aborto;

³⁴ *inviolabilidade*: impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal;

³⁵ *universalidade*: a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica;

³⁶ *efetividade*: a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato;

³⁷ *interdependência*: as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades. Assim, por exemplo, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do habeas corpus, bem como previsão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial competente;

³⁸ *complementaridade*: os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte.

“O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.” (MORAIS, 2021).

Não pormenorizando os demais direitos, o foco da audiência de custódia são os direitos da dignidade humana e o direito à liberdade. Aquele visa proteger a pessoa presa de tratamentos cruéis e desumanos com por exemplo a tortura, maus tratos ou uso abusivo da força por parte dos agentes públicos, tem o condão de proteger a integridade física e psíquica da pessoa presa, podendo o juiz decretar a ilegalidade da prisão pelo cometimento de qualquer desses atos no momento da captura, condução e lavratura do auto de prisão em flagrante ou conforme recente decisão do STF, no cumprimento de mandado de prisão. O segundo visa proteger a liberdade como direito de locomoção, nesse momento o magistrado irá analisar se cabe qualquer medida cautelar diversa da prisão, para só depois em último caso converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, salvo caso em contrário.

O princípio da Dignidade humana está inserido no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos como direito inalienável e fundamento para a liberdade, já em nossa Carta Constituição de 1988 se apresenta como fundamento, a base, o alicerce de sustentação para que realmente a República Federativa do Brasil se constitua em um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

“A dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc.” (RAMOS, 2022)

A dignidade humana trata-se, portanto, de uma proteção inerente ao indivíduo pelo fato de integrar o gênero humano, devendo ser respeitada por todos, principalmente pelo Estado independentemente de sua, etnia, nacionalidade, situação socioeconômica, crença religiosa, opção política, orientação sexual, dentre outras, uma pessoa não perde a dignidade por ter cometido um ato ilícito pois a sua dignidade

está ligada à sua condição humana, ao seu existir como pessoa e não aos seus atos e atitudes.

A audiência de custódia é o momento em que o magistrado irá analisar as alegações do preso a respeito do tratamento a ele dispensado no momento da sua captura, condução coercitiva até a presença da autoridade de Polícia Judiciária e sua autuação em flagrante e se houve a violação dos direitos fundamentais do preso, se este sofreu algum tipo de violência física ou psicológica, se sofreu tortura ou tratamento que a degrade ou viole a condição humana da pessoa presa.

direito à liberdade aqui defendido está relacionado ao direito de ir, vir e permanecer, como direito humano fundamental, consagrando ao indivíduo o direito de livre locomoção em todo o território nacional sem ter o seu direito molestado por quem quer que seja, até mesmo o Estado, Ramos, 2022, conceitua o direito de locomoção como sendo “o direito de ir, vir e permanecer, sem interferência do Estado ou de particulares, podendo ainda o indivíduo deixar, em tempo de paz, o território nacional com seus bens.” (RAMOS, 2022).

O direito de liberdade encontra-se encravado nas garantias fundamentais proclamadas pelo artigo 5º da Carta Constitucional de 1988, que assegura aos brasileiros a livre a locomoção em todo território nacional, proibindo a privação deste direito sem os trâmites do devido processo legal elencando os requisitos para cerceamento da liberdade através do instituto da prisão:

Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5º, [...]
XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; [...]
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]
LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Ainda a constituição federal de 1988 erigiu os direitos fundamentais a classe de cláusula pétreas, ou seja, são imutáveis quanto a regressão podendo ser mutáveis apenas para ampliar o seu campo de proteção, porém nem mesmos os direitos fundamentais são absolutos, devendo existir uma certa relativização destes para que

o indivíduo não possa se valer desses direitos com o fito de se eximir das responsabilidades oriundas das práticas de seus atos:

“Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.” (MORAIS, 2021).

Surgem dos tratados internacionais³⁹ que versam sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário as primeiras referências sobre o que hoje na legislação brasileira se tornou a Audiência de Custódia, notadamente essa modalidade de audiência tem o condão de proteger o direito à liberdade, a respeito disso deste instituto assevera Lopes Jr, 2019, “a audiência de custódia humaniza o ato da prisão, permite um melhor controle da legalidade do flagrante e, principalmente, cria condições melhores para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar”.(LOPES JR, 2019).

No âmbito da audiência de custódia será debatido como ocorreu a prisão, visando proteger o preso de possível excesso no uso da força⁴⁰ necessária pelos agentes que efetuaram a prisão, como também evitar a prática de tortura e outros tratamentos que possam colocar em risco ou ferir a integridade física ou psíquica do preso. A apresentação do preso perante o magistrado, onde se farão presente o representante do ministério público e a defesa técnica, terá a ausência de quem efetuou a captura e condução como também da autoridade que lavrou o auto de prisão em flagrante, de maneira a evitar que o preso se sentia de alguma forma coagido com a presença destes a ponto de omitir quaisquer fatos que aconteceram durante a realização de sua prisão que tenha transgredido qualquer de seus direitos e garantias individuais ou tenha ofendido sua dignidade ou integridade física ou mental.

É sabido que o “imediatismo” com o qual se determina a apresentação perante o juiz tem o fito de proteger esse momento de vulnerabilidade vivida pela pessoa presa em face de possíveis interferências arbitrárias pelo Estado contra o direito de liberdade, com explica ALBUQUERQUE 2021, “A análise das condições pessoais do

³⁹ O Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.

⁴⁰Código de Processo Penal Art. 284. Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.

flagrado poderá ser realizada em diálogo direto com ele, podendo-se determinar de forma mais acurada sobre a possibilidade de concessão da liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares”.

No transcorrer da audiência o preso será entrevistado pelo magistrado sobre como se deu a sua prisão, as perguntas devem ser formuladas apenas sobre as circunstâncias da prisão, nesse momento procedimental as partes (promotor e defesa) também exercem o direito do contraditório, sendo que não podem formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante, quanto ao preso nesse momento lhe é facultado o direito constitucional do silêncio⁴¹, ou de invocar em seu favor o direito a ampla defesa⁴² e relatar os pormenores do momento de sua prisão. As declarações feitas pelas pessoas presas irão subsidiar o juiz na análise da legalidade da prisão e trazendo melhor juízo de avaliação da necessidade de converter a prisão em flagrante em prisão preventiva ou de aplicar outra medida cautelar diversa da prisão.

Com relação a defesa técnica vale salientar que apesar uma garantia constitucional de haver obrigatoriedade no processo penal, a audiência de custódia ocorre na fase pré-inquisitória conforme pode ser observado no julgado do Supremo Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA QUANDO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - CONVERSÃO. NULIDADE. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a não realização de audiência de custódia, por si só, não é capaz de ensejar a ilegalidade da prisão preventiva imposta ao paciente. Precedentes. Na hipótese, houve a audiência de custódia, mas a defesa alega nulidade do decreto de prisão, por falta de assistência de advogado (defesa técnica). 2. De qualquer forma, não é causa de nulidade do decreto de prisão preventiva a ausência do defensor na audiência de custódia, sobretudo porque realizada ainda durante a fase embrionária da investigação policial, antes, portanto, da fase processual, que é orientada pelos princípios do

⁴¹Artigo 5º, LXIII da Constituição Federal de 1988 - o preso será informado de seus direitos, *entre os quais o de permanecer calado*, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; (grifo nosso)

⁴² Artigo 5º, LV da Constituição Federal de 1988 - 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;

contraditório e ampla defesa, onde a ausência de defesa técnica é, sim, causa de nulidade (Súmula 523/STF). Precedentes do STJ. 3. Recurso ordinário em habeas corpus improvido. (grifei)

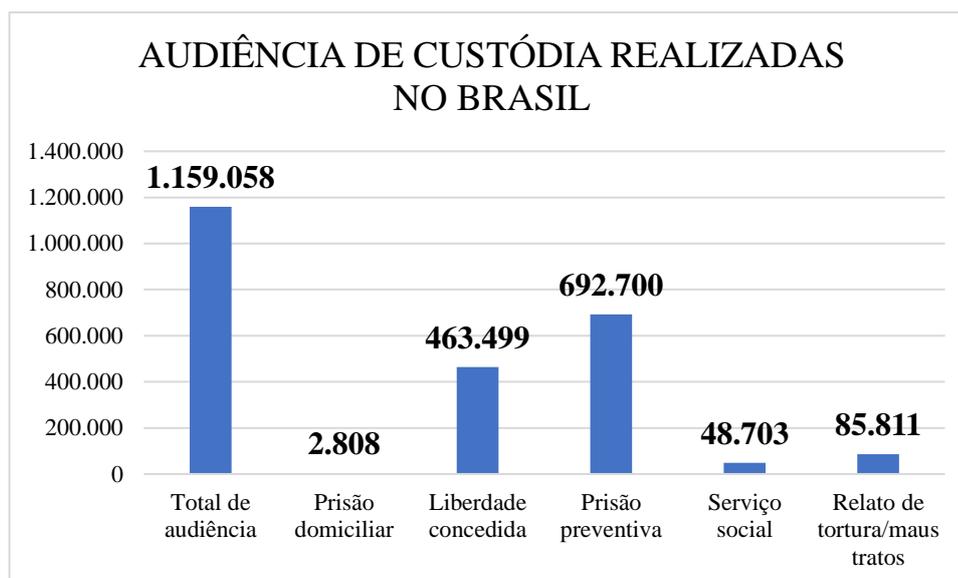
(STJ - RHC: 111891 MT 2019/0117341-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 18/06/2019, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2019).

Deste modo, observa-se que o STF pacificou o entendimento de nessa fase a ausência da defesa técnica não é causa de nulidade da conversão da prisão em flagrante na cautelar preventiva por ocorrer na gênese da fase investigatória a onde não se tem sequer um inquérito policial.

4. A RELAÇÃO ENTRE A MANUTENÇÃO DA PRISÃO E A SOLTURA DA PESSOA PRESA NA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.

Criou-se uma falsa narrativa que a Audiência de custódia é um instituto que tem o condão apenas de colocar em liberdade aqueles que de alguma forma comentem uma infração penal, isso muitas vezes vem do público leigo por falta de informação a respeito do que realmente acontece, dados do CNJ informam que desde a implantação através da Resolução 213/2015 CNJ, o número de infratores que tiveram sua prisão em flagrante convertida em prisão preventiva é consideravelmente maior do que aqueles que foram postos em liberdade.

‘A discrepância entre o que é divulgado ao público de um modo geral e o dia a dia dos fóruns criminais motiva-nos a desmistificar o discurso poroso propagado de que a audiência de custódia contribui para a liberação de presos e, por via de consequência, para a preservação do erário, uma vez que a prática desenvolvida não cede espaço ao atendimento de tais desideratos.’ (FLAUSINO, 2017)



Fonte: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single>. Atualizado em 26/03/2023.

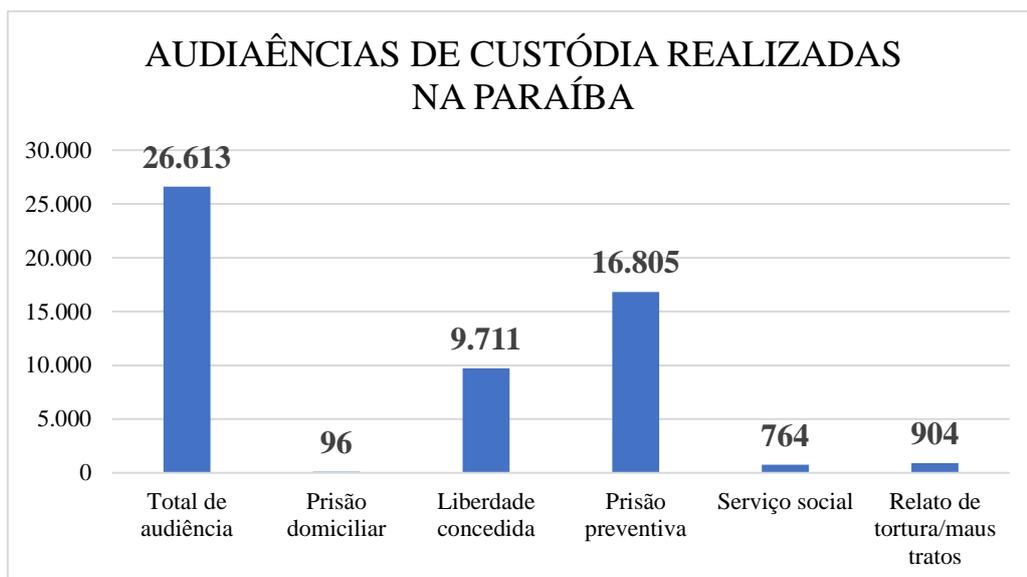
O gráfico acima representa os dados extraídos do portal do CNJ que matem estatística atualizada em tempo real de todas as audiências de custódia que acontecem em todo o território nacional. Do mês de dezembro de 2015, até o dia 26/03/2023, data da consulta ao portal na web do CNJ, já se passaram 7 anos e 3 meses depois que entrou em vigor a Resolução 213 do CNJ que obriga a apresentação da pessoa presa perante a um juiz no prazo de 24hs, nesse período aconteceram 1.159.058 (um milhão cento cinquenta e nove mil e cinquenta e oito) audiências de custódia nas 27 Unidades da Federação.

Deixando claro que a consulta foi realizada apenas na esfera estadual, os dados mostram que nesta que esfera um dos objetivos da audiência de custódia que é desencarceramento (liberdade concedida) quando comparado com o número de prisão em flagrante convertida em prisão preventiva, cai por terra a narrativa de que audiência de custódia serve apenas para “soltar bandidos”, pois perceptível a larga superioridade entre o número de prisão em flagrante convertida em prisão preventiva e o número de liberdade concedida havendo uma diferença de 229.201 (duzentos e vinte e nove mil e duzentos e uma) entre essa e aquela, quando se volta o olhar para as medidas cautelares diversas da prisão (serviço social) chega a ser ínfimo comparado com os números de prisão preventiva, com isso pode se afirmar que a

prisão preventiva ainda é a medida cautelar mais imposta pelo judiciário como resultado da audiência de custódia.

Um dado que ainda imprime preocupação apesar de o número transparecer absolutamente baixo com relação ao total de audiências realizadas é o de relato de torturas e maus tratos. Porém quando se observa que os acusados por essa prática reprovável são os profissionais de segurança pública, isto é extremamente preocupante, pois são estes agentes que dever exercer um papel primordial na promoção e defesa dos direitos humanos, visto que atuam na grande maioria das vezes no gerenciamento das crises de desinteligências entre pessoas, tendo que em poucos segundos resguardar o direito um em detrimento do outro e ainda garantir a aquele que teve seu direito de liberdade restringida todos os direitos a ele inerente, principalmente o da dignidade humana.

Direcionando o foco par ao Estado da Paraíba, conforme gráfico abaixo podemos observar que de dezembro de 2015 até o dia 26/03/2023 foram realizadas em toda a sua circunscrição 26.613 (vinte seis mil seiscentos e treze) audiências de custódia resultando em 96 (noventa e seis) prisões domiciliares, 9.711 (nove mil setecentos e onze) liberdades concedidas, 16.805 (dezesesseis mil e oitocentos e cinco) prisões em flagrante convertidas em prisão preventiva, 764 (setecentos e sessenta e quatro) prestações de serviço social e 904 (novecentos e quatro) relatos de prática de tortura e maus tratos pelos profissionais de segurança pública. O relato da prática de maus tratos e tortura por parte dos agentes de segurança pública é um dado preocupante, porém não se deve condenar o policial apenas pelo relato do preso, devendo ser investigado, pois o preso pode levantar essa hipótese como forma de defesa para conseguir a sua liberdade.

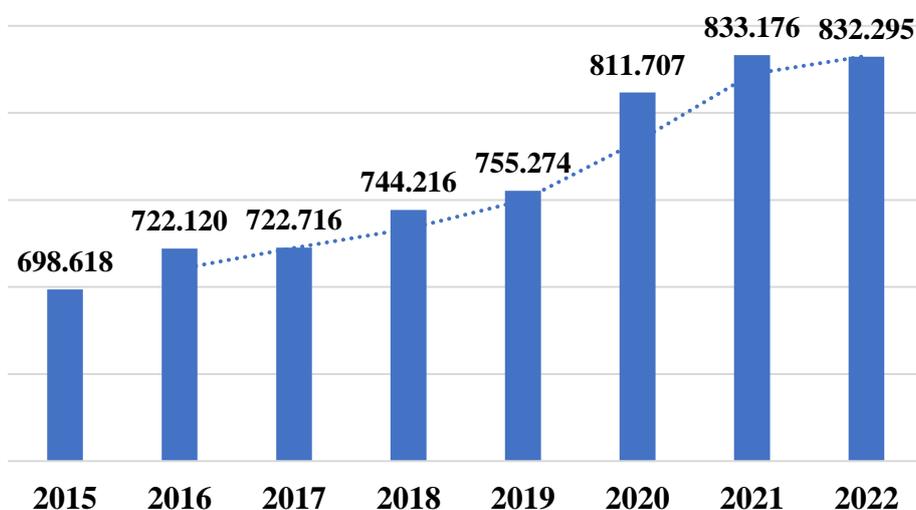


Fonte: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single>. Atualizado em 26/03/2023

Guardada as devidas proporções, a média do Estado da Paraíba não difere da média nacional, mantendo o número de prisões em flagrante convertido em prisão preventiva superior com relação a concessão de liberdade e a outras medidas cautelares diversas da prisão, comparando o número de prisões em flagrante convertidas em prisão preventiva com o número de liberdades concedidas existe uma diferença de 7.094 (sete mil e noventa e quatro) presos que ingressaram no cárcere na Paraíba, portanto os números mostram que o instituto da audiência de custódia não provoca o desencarceramento massivo quanto se imagina o público leigo.

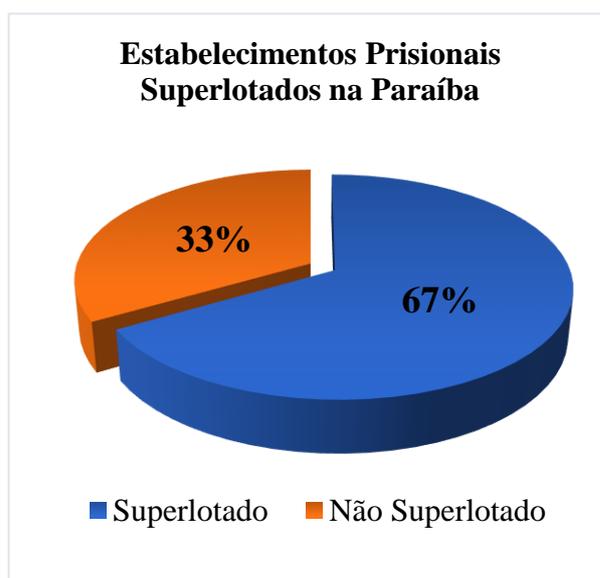
Diante dos números apresentados no gráfico abaixo, podemos perceber que o desencarceramento como um dos objetivos da audiência e custódia até hoje não foi conquistado. Em dezembro de 2015 quando foi implantada através da resolução 213/2105-CNJ, de acordo com o INFOPEN a população carcerária do Brasil era de 698.618 (seiscentos e noventa e oito mil e seiscentos e dezoito) presos, de acordo com o INFOPEN em dezembro de 2022, sete anos depois da implantação da audiência de custódia a população carcerária brasileira atingiu um patamar de 832,295 (oitocentos e trinta e dois mil e duzentos e noventa e cinco) presos, com uma média de crescimento de 2,29% (dois vírgula vinte e nove por cento) a cada ano, implicado em um aumento de 16,06% (Dezesseis vírgula seis por cento) por cento durante esse período, tendo uma leve queda entre os anos de 2021 e 2022 de 0,10% (zero vírgula dez por cento).

POPULAÇÃO CARCERÁRIA DO BRASIL



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – InfoPen

O objetivo do desencarceramento pretendido pela audiência de custódia tem o objetivo é combater a superlotação carcerária buscando ofertar para a pessoa privada de liberdade condições dignas para o cumprimento da pena ela imposta. No Brasil hoje existem 1.932 (um mil, novecentos e trinta e dois) Estabelecimentos Prisionais no Brasil dos quais 1.022 (um mil e vinte dois) estão superlotados, o que equivale a 53% (cinquenta e três por cento), no Estado da Paraíba existem 69 (sessenta e nove) Estabelecimentos Prisionais dos quais 46 (quarenta e seis) superlotados o equivalente a 67% (sessenta e sete por cento), conforme representação gráfica a seguir:



Fonte: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single>. Atualizado em 28/04/2023

Nessa conjuntura Moraes Neto, 2019, pontua que:

“Os presídios brasileiros continuam superlotados, as facções cada vez mais organizadas se instalam com tamanha liberdade e passam a comandar o crime do interior do que seria o ponto de ressocialização e reeducação para os infratores penais, onde a aplicação das audiências de custódia, no nível de segurança pública que o país atravessa atualmente, causará novos problemas, resultado da ineficiência do Estado.” (MORAIS NETO, 2019).

Nesta visão a resolução do problema da superlotação dos presídios de longe será amenizada ou extinta apenas pelo pretense desencarceramento almejado pelo instituto da audiência de custódia, ficando muito aquém do desejado, considerando que a maioria das prisões em flagrante são convertidas em cautelar preventiva provocando o aumento da superpopulação carcerária.

5. O MITO DE QUE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SERVE APENAS PARA PÔR EM LIBERDADE O INFRATOR DA LEI.

Desde sua implantação que audiência custódia sofre duras críticas, tanto por parte dos operadores de segurança pública, operadores do direito, representantes dos direitos humanos, sociedade civil, imprensa, entidades de classe, dentre outros segmentos. Neste contexto policiais civis e militares expõem sua opinião pessoal a respeito das audiências de custódia apenas baseados em seu descontentamento e não ver a pessoa conduzida por flagrante delito ter sua prisão preventiva confirmada pelo judiciário.

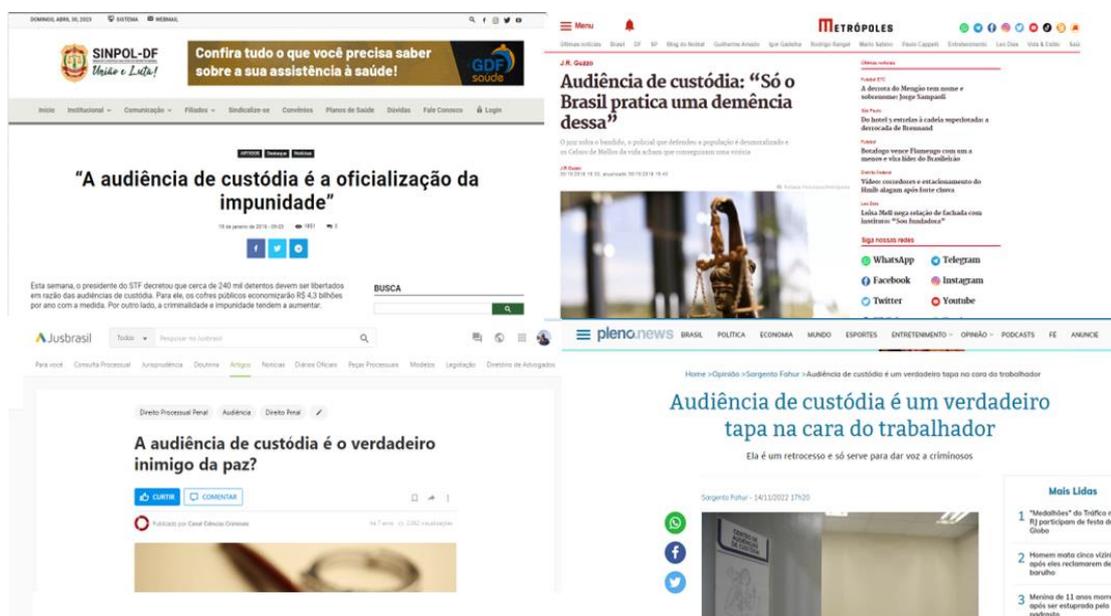
“...estão soltando demais, isso não está certo, é muito bandido na rua pra gente ficar correndo atrás, a polícia também cansa, isso desmotiva nosso trabalho” (policia militar).

[...]

“os policiais não são mais temidos, não têm mais autoridade, os bandidos passam e riem da nossa cara, perderam a vergonha porque sabem que vão para a audiência de custódia e que lá vão ser soltos (policia civil)” (MARQUES DE JESUS, et al., 2018, p. 158)

As manchetes das reportagens abaixo induzem o público leigo ter opinião controvertida da audiência de custódia, lavando a crer fielmente de que na audiência

de custódia acontece o “libera geral” para todos presos de forma indiscriminada e sem nenhum fundamento jurídico.



Narrativa como a da matéria postada na página da web do Sindicato dos Policiais Civis do Distrito Federal- SINPOL-DF: “A impunidade, que já impera no Brasil e é um dos fatores de aumento da criminalidade, ganhou uma versão turbinada, aos moldes da internet. A audiência de custódia, na verdade, é a oficialização da impunidade. (SINPOL-DF, 2016), gera descrença no judiciário, revolta e desmotivação nos operadores de segurança pública, aqueles que estão no seu dia a dia combatendo a criminalidade de suas mais diversas modalidades, provoca ainda para a sociedade uma sensação de insegurança motivada pela informação de que “bandidos” cometam crimes não ficaram presos e que com a sua soltura toda a sociedade encontra-se em perigo, pois em liberdade voltarão a delinquir.

Neste outro trecho da matéria postada no site Metrópolis, sem fundamentação nenhuma o autor dar uma explicação esdrúxula de como seria a realização de uma audiência de custódia e como sem fundamentação nenhuma o juiz concede a liberdade provisória ao preso.

“Você talvez nem saiba como funciona: o sujeito é preso, mas, antes de ir mesmo para a cadeia, tem de ser levado diante de um juiz, onde diz que foi maltratado pela polícia na hora da prisão. Pronto. O juiz solta o bandido, o policial que defendeu a população é desmoralizado e os Celsos de Mellos da vida acham que conseguiram mais uma

vitória espetacular na defesa dos direitos humanos contra a violência da autoridade.” (METRÓPOLES, J.R. GUZZO, 2019).

Os dados alhures expostos comprovam que a maioria das prisões em flagrante são convertidas em prisões preventivas fazendo cair por terra a falácia de que audiência de custódia serve apenas para “soltar bandidos” e que mais solta criminosos do que prende, colocando em liberdade os infratores para que voltem a delinquir, deixando a sociedade, “os homens de bem”, à mercê, desses criminosos que logo após a soltura voltaram a cometer os mesmos crimes.

Na contramão das reportagens acima temos parte da imprensa que crítica a audiência de custódia por manter presa a pessoa apresentada para audiência de custódia, tendo em vista a cultura da prisão arraigada em nossa sociedade que acredita que privação da liberdade é único caminho para o combate à criminalidade. Senão vejamos:



Quatro anos após as audiências de custódia saírem do papel, a maioria das pessoas ainda é enviada pela Justiça para o cárcere em prisão preventiva. Menos de 1% tem autorização para responder ao processo sem cumprir medidas cautelares. Em 56% dos casos, a palavra do policial é a única prova de acusação — e há queixas de que relatos de tortura estão sendo negligenciados. (GZH SEGURANÇA, 2019)

Com objetivo de desafogar os presídios brasileiros, as audiências de custódia têm convertido a maioria dos flagrantes em prisão preventiva, em vez de conceder liberdade. (EXAME., 2017)

Antes de ser implantada a audiência de custódia no Brasil não havia a apresentação do preso pessoalmente ao juiz, o juiz era comunicado imediatamente sobre prisão em flagrante e em até 24 horas os autos da prisão em flagrante eram remetidos ao juiz para que pudesse sobre a legalidade da prisão, analisar os aspectos formais do auto de prisão em flagrante, bem como decidir sobre o relaxando a prisão, conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou liberdade provisória com ou sem fiança e a possibilidade de aplicação de cautelar diversa da prisão, enquanto isso a pessoa permanecia presa.

Sendo assim Neto (2020) destaca que:

“Quando, trata-se de uma definição sobre, audiência de custódia, pode-se dizer que de um lado ela consiste, fundamentalmente, no direito de (todo) cidadão que for preso em flagrante deverá ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, neste primeiro momento, possa ser possível conseguir que seja impedido que aconteçam eventuais atos de maus tratos ou de tortura e, ao mesmo tempo, pode servir a audiência de custódia para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão.” (NETO 2020)

A audiência de custódia não tem diretamente o objetivo de prender ou soltar a pessoa conduzida a presença do juiz, é tão somente garantir o respeito aos direitos fundamentais da pessoa presa, através da análise de possíveis irregularidades no ato da prisão (captura, condução e autuação em flagrante). A libertação ou a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva é consequência de como foi realizada a sua captura, se foi de forma ilegal por exemplo, se teve seus direitos preservados na delegacia durante a autuação em flagrante, e em havendo relatos de excesso por parte dos agentes capturadores, como agressão física ou tortura para que seja apurado pelo órgão competente da respectiva força policial a que pertence quem praticou o fato.

Objetivo é fazer com que as forças de segurança pública, ministério público e judiciário trabalhem de forma coesa dentro da legalidade no respeito e promoção e preservação dos direitos humanos e dando tratamento digno as pessoas privadas de liberdade.

6. CONCLUSÃO

A audiência de custódia teve sua gênese nas fontes do Direito Internacional sendo inserida no ordenamento jurídico através do Tratado Internacional dos Direitos Civis e Políticos no ano de 1966 e em 1969 na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os quais serviram de lastro para a edição da resolução 213/2105 CNJ que inseriu a audiência e custódia no ordenamento jurídico brasileiro.

A audiência e custódia é o instituto processual que obriga a apresentação da pessoa privada de liberdade seja pela prisão em flagrante ou por ordem judicial em até 24 horas perante um juiz para que este analise a legalidade da prisão e entreviste o preso a respeito de como ocorreu a sua prisão desde sua captura passando pelo auto de prisão em flagrante ou prisão preventiva por mandado de prisão e sua estadia no cárcere até a sua apresentação pessoal frente a frente com o magistrado. Essa entrevista do preso será realizada na presença do representante do ministério público e defesa (defensor constituído pelo preso ou defensor público) tem por objetivo investigar se houve ilegalidade na prisão, se o preso teve seus direitos fundamentais preservados e excesso no uso da força, abuso de poder ou a prática de maus tratos ou tortura por parte dos agentes de segurança pública.

Além do objetivo de proteger e preservar os direitos fundamentais da pessoa presa a audiência de custódia também busca reduzir o encarceramento com a finalidade de diminuir a superpopulação carcerária para que os presos possam cumprir suas penas de forma digna. Porém os dados mostram que o desencarceramento viaja na contramão desse objetivo, visto que a maioria das prisões em flagrante são convertidas em prisões preventivas, mesmo sendo essa a última opção do magistrado que deverá primeiro relaxar a prisão ilegal, impor medida cautelar diversa da prisão ou até mesmo conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

No início de sua implantação da audiência de custódia sofreu resistência por parte principalmente dos operadores de segurança pública vendo a audiência de custódia como um instituto normativo que veio para estorvar os policiais de forma a prejudicar e desvalorizar por acreditarem que na soltura sem critérios dos conduzidos a presença do juiz, seguindo o jargão de a “polícia prende e a audiência de custódia solta”.

Diante dessa e outras declarações e de alguns casos polêmicos de concessão de liberdade provisória surge o mito de “a audiência de custódia ser só para soltar bandidos”, contudo, essa narrativa não coaduna com os dados do CNJ que comprova que a maioria das audiências de custódia tem como resultado a conversão da prisão em flagrante pela cautelar preventiva. Neste contexto ainda tem a mídia que parte crítica pelas liberdades provisórias concedidas sob a alegação que isso promove a impunidade e aumenta a criminalidade e outra parte crítica por ser a maioria das prisões em flagrantes convertidas em prisão preventiva, contradizendo a finalidade do desencarceramento e a diminuição da superpopulação carcerária.

Passados 7 anos da implantação da audiência de custódia no ordenamento jurídico pátrio, afóra os integrantes da seara jurídica ainda existe muito a ser esclarecido sobre a audiência de custódia de forma que sociedade civil e os meios de comunicação entendam que fato cometido pela presa não será alvo da entrevista durante a realização da audiência de custódia, sendo tratado durante a tramitação do processo nas audiências de instrução e julgamento, que o principal objetivo a realização desta audiência é de averiguar as condições da prisão, tendo como finalidade garantir o respeito aos direitos fundamentais da pessoa presa, com direito a ampla defesa e contraditório, não é apenas uma simples decisão entre soltar ou manter presa a pessoa conduzida a presença do juiz.

REFERÊNCIAS

1. ALBUQUERQUE, Laura Gigante, **Audiência de custódia: (in)efetividade no controle da violência policial** [recurso eletrônico] / Laura Gigante Albuquerque - Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.
2. ALBUQUERQUE, Laura Gigante. **Audiência de custódia: (in)efetividade no controle da violência policial** [recurso eletrônico] / Laura Gigante Albuquerque – Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.
3. Bottini, Pierpaolo, Cruz. **Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP---GB. MEDIDAS**
4. BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico 1988.**
5. BRASIL. Decreto-lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 22 de fev. de 2023.
6. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. na Reclamação: Rcl 49566 MG 0061606-08.2021.1.00.0000. **Agravante: Diego da Silva Corcino. Agravado: Não indicado. Relator:** Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 04 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf>. Acesso em: 10 de março de 2023.
7. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL 29303 RJ. Reclamante: Defensoria pública do Estado do Rio de Janeiro. **Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Brasília**, sessão virtual de 24.2.2023 a 3.3.2023. disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 30 de março de 2023.

8. CAUTELARES PENAIS (LEI 12.403/11) **Novas Regras para a prisão preventiva e outras polêmicas**. Ano 1 Vol. 1 Nº 1 junho 2013.
9. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatística da Audiência de Custódia**. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=be50c488-e480-40ef-af6a-46a7a89074bd&sheet=ed897a66-bae0-4183-bf52-571e7de97ac1&lang=pt-BR&opt=cursel>. Atualizado em 22 de nov. 2022.
10. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatística Sobre Audiência de Custódia Estadual. Brasília: CNJ, [2023]**. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single>. Acesso em: 26 de março de 2023.
11. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatística Sobre Audiência de Custódia Estadual-PB. Brasília: CNJ, [2023]**. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single>. Acesso em: 26 de março de 2023.
12. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel de dados sobre as inspeções penais em estabelecimentos prisionais**. Brasília: CNJ, [2023] Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single>. Acesso em: 28 de abril de 2023
13. Convenção Americana de Direitos Humanos: **Pacto de São José da Costa Rica. Direitos Humanos**. – 4a ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.
14. CRUZ, Rogerio Schietti. **PRISÃO CAUTELAR, Dramas, Princípios e Alternativas**. Editora Jus Podium, 7ª edição, revista atualizada, 2022.
15. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Direitos Humanos. – 4a ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.
16. ESTADÃO. **Maioria sai presa da audiência de custódia**. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/brasil/maioria-sai-presa-da-audiencia-de-custodia/>. Acesso em: 30 abr. 2023.

17. EXAME..“**Ao invés de desafogar prisões, audiência de custódia prende mais**”. Disponível em: <https://exame.com/brasil/ao-inves-de-desafogar-prisoos-audiencia-de-custodia-prende-mais/>. Acesso em: 30 abr. 2023.
18. FLAUSINO, Camila Maués dos Santos. **Audiência de custódia e seus (in)sucessos** – breves críticas a seus descompassos práticos. Rev. Liberdades, São Paulo, n. 24, p. 73-91, 2017. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/media/posts>. Acesso em: 27 de abril de 2023.
19. G1. **Audiências de custódia prendem mais do que soltam em 2/3 dos estados**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/audiencias-de-custodia-prendem-mais-do-que-soltam-em-23-dos-estados>. Acesso em: 30 abr. 2023.
20. GUZZO. J.R. **Audiência de custódia: “Só o Brasil pratica uma demência dessa”**. Disponível em: <https://www.metropoles.com/jr-guzzo/audiencia-de-custodia-so-o-brasil-pratica-uma-demencia-dessa>. Acesso em: 30 abr. 2023
21. GZH SEGURANÇA. **Audiências de custódia mantêm 99% dos réus sob prisão preventiva ou medida cautelar**. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2019/08/audiencias-de-custodia-mantem-99-dos-reus-sob-prisao-preventiva-ou-medida-cautelar>. Acesso em: 30 abr. 2023.
22. LOPES JR., **Aury Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.1. Processo penal – Brasil I. Título.
23. MARQUES DE JESUS. Maria Gorete, RUOTTI. Caren, ALVES. Renato. **“A gente prende, a audiência de custódia solta”**: narrativas policiais sobre as audiências de custódia e a crença na prisão. Rev. bras. segur. pública São Paulo v. 12, n. 1, 152-172, fev/mar 2018. Disponível em: <<https://goo.gl/5p2hEa>>. Acesso em: 29 abr. 2023.

24. MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos Arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência** / Alexandre de Moraes. – 12 ed. – São Paulo: Atlas, 2021.
25. MORAIS NETO, Abidias Castro de. **Audiência de Custódia: Críticas e Impactos Na Segurança Pública do Estado Do Rio Grande Do Norte**. Hudson Palhano de Oliveira Galvão, orientador, Mossoró, 2019 Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) Universidade Federal Rural do Semi - Árido – UFERSA. Disponível em: <https://repositorio.ufersa.edu.br/bitstream>. Acesso em: 23 janeiro de 2023.
26. NETO, Rosiclerk Ottilo Cavassani. **Audiência de custódia e argumentos contrários Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 17 ago. 2020, 04:20. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55063/audincia-de-custdia-e-argumentos-contrrios>. Acesso em: 23 nov 2022.
27. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. **Direitos Humanos**. – 4a ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.
28. PLENO.NEWS. **Audiência de custódia é um verdadeiro tapa na cara do trabalhador: Ela é um retrocesso e só serve para dar voz a criminosos**. Disponível em: <https://pleno.news/opiniao/sargento-fahur/audiencia-de-custodia-e-um-verdadeiro-tapa-na-cara-do-trabalhador>. Acesso em: 30 abr. 2023.
29. RAMOS, André de C. **Curso de Direitos Humanos**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553622456. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622456/>. Acesso em: 01 abr. 2023.
30. SANTOS. Linus de Alencar. **Audiência de Custódia. Anápolis 2018**. Disponível em:

<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/377/1/LINUS%20DE%20ALENCAR%20SANTOS.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2023.

31. SILVA, Gabriel José. **Audiência de Custódia: Direito Fundamental na Pandemia**. José Antônio Callegari, orientador. Macaé, 2021. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências da Sociedade, Macaé, 2021. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/23537>. Acesso em: 27 de abril de 2023.
32. SILVA. Douglas Rodrigues da. **A audiência de custódia é o verdadeiro inimigo da paz?** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-audiencia-de-custodia-e-o-verdadeiro-inimigo-da-paz>. Acesso em: 30 abr. 2023.
33. SINPOL-DF. **“A audiência de custódia é a oficialização da impunidade”**. Disponível Em: <https://www.sinpoldf.com.br/noticias>. Acesso em: 30 abr. 2023

RESPONSABILIDADE DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS NO MUNDO DA MODA

Larissa Tainar Pereira Da Nóbrega ⁴³
Daniel Sampaio de Azevedo⁴⁴

RESUMO

Este trabalho procura abordar no direito ambiental, direito trabalhista, direito civil e, principalmente, o direito do consumidor. Visando ajudar na forma de consumo e de como influenciadores agem sobre o assunto. Atualmente o tema moda sustentável é muito tratado mais não por grandes influenciadores e se faz de grande importância que esses assuntos sejam tratados. É preciso prever leis que ajudem o planeta nessa missão e todos precisam ajudar.

Palavras-chave: consumo, consumidor, consumismo, influenciadores no mundo da moda

ABSTRACT

This work seeks to address environmental law, labor law, civil law and, mainly, consumer law. Aiming to help with the way of consumption and how influencers act on the subject. Currently, the topic of sustainable fashion is discussed a lot, but not by major influencers and it is extremely important that these topics are addressed. It is necessary to envisage laws that help the planet in this mission and everyone needs to help.

Key words: consumption, consumer, consumerism, influencers in the world of fashion

⁴³ Bacharelado em Direito no Uniesp

⁴⁴ Professor orientador.

1. INTRODUÇÃO

O mundo que conhecemos é composto por várias profissões e sempre foi assim, cada século que começa uma nova carreira surge e começamos a exercê-la por necessidade. As blogueiras e influenciadores seria a nova profissão do século 21, onde pessoas se beneficiam das ferramentas que, a grande parte da população mundial, tem em mãos, os smartphones, para influenciar as pessoas do outro lado das telas. Existem blogueiras e influenciadores de todos os tipos, vão desde life style até alimentação, isso mostra que é um cenário bem amplo e diverso onde existe muito o que falar. A grande maioria, se não todos, usam sua influência para indicar produtos, podendo ser de forma positiva ou negativa. Muitos passam a expor suas vidas vinte quatro horas por dia sete dias por semana e transformam suas redes sociais em uma extensão deles, filmando tudo e vivendo por visualizações e likes.

O Instagram é a maior ferramenta que as blogueiras e influenciadores possuem para exercer essa profissão com fotos e storys, onde postam o dia a dia quase que ao vivo, outra rede social que nos últimos tempos começou a se destacar nesse seguimento foi o tiktok. O tiktok viralizou com seus vídeos curtos, de 15 a 60 segundos, fazendo com que viralize mais e mais vídeos.

Existem diversas contas no tiktok que influenciam sobre o mundo da moda, essas contas começaram a ter espaço na plataforma após as blogueiras inovarem com vídeos de get ready with me no português significa “arrume-se comigo” ou “fique pronto comigo”. As hashtag mais usadas nesse seguimento são as #arrumesecomigo, #getreadywite, #GRWM. Uma das primeiras influenciadoras a criar conteúdo desse tipo foi a Lele Burnier, conhecida por montar look nada óbvios mais que ainda seguem o estilo clássico. Outra influenciadora que surgiu com seus looks diferentes e que dividem opiniões, Malu Borges, ela é uma das maiores criadoras desse tipo de conteúdo na plataforma. Jordanna Maia é a mais jovem e com o estilo descolado, cheio de tendências e com o jeito bem “patricinha”, com looks fora do óbvio e divertidos.

Todas têm uma coisa em comum, são influenciadores e fazem com que as pessoas comprem os produtos por elas indicados. As publicidades em seus perfis podem chegar a custar milhares de reais, suas indicações podem fazer uma empresa

mudar do dia para a noite. Se tornaram conhecidas no mundo da moda e essa é a profissão que elas seguem.

As pessoas que acompanham os vídeos desses influenciadores passam a querer consumir mais e mais esse tipo de conteúdo, buscam sempre os produtos que eles usam e acabam comprando sem nem pensar duas vezes. Esse é um grande problema, pois muita blogueiras acabam por indicar produtos e as vezes nem fazem uso do mesmo, visam só no valor final que irá ganhar. Outro problema que tem é sobre a moda ter se tornado cada vez mais rápida, tanto por parte dos influenciadores que, na grande maioria dos vídeos, não incentivam a repetição de peças e sempre estão com novas roupas ou acessórios, tanto pelas redes sociais em si que fazem com que as roupas que uma pessoa usou fique marcada para sempre.

Visando proteger o consumidor final foi criado o Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que a forma de consumo está mudando esse código também precisa ser atualizado para acompanhar as relações de consumo.

2. CONSUMO

Consumo é quando uma pessoa adquire bens ou serviços por meio de compras para satisfazer uma necessidade pessoal ou de um grupo. Todos estão submetidos a praticar o consumo pois sempre é necessário a compra de insumos para praticar ações básicas no dia a dia. Como por exemplo a necessidade de se alimentar, de se vestir e até mesmo de lazer. Tudo isso se encaixa como prática de consumo.

Existe uma divisão entre os bens materiais que podem ser consumidos, eles se dividem em bens de longa ou curta duração. Podem ser desde alimentos, frutas se encaixam em consumo imediato e grãos encaixam em produtos que podem esperar mais tempo para serem consumidos, até objetos, existem vários que tem maior durabilidade. Nessas divisões também pode encaixar roupas e acessórios que são fabricados para ter uma boa duração mais acabam sendo descartados antes da hora pois a moda influencia essa forma de consumo para a população em geral.

O consumo é a última fase que os bens e serviços passam para chegar até o consumidor final, pois é nesse ponto que o consumidor irá adquiri-los para satisfazer suas necessidades, tornando-se assim esse o último ponto do ciclo econômico.

Atualmente todas as sociedades praticam o consumo, mas nem todas giram em torno dele, um exemplo são as sociedades indígenas.

Para uma sociedade capitalista o consumo é fundamental, faz com que o dinheiro circule gerando renda e emprego para a população. É realizado individualmente pelas famílias e até mesmo pelo Estado e empresas. Varia de acordo com o perfil da pessoa que vai estar praticando o consumo, pode variar a renda, os preços dos bens, os hábitos de consumo e a cultura. A variação também ocorre dependendo do local onde o consumidor se encontra e a classe social que possui.

“A marca da cultura de consumo é a redução do ‘ser’ para ‘ter’”, segundo John Piper essa seria a marca que a cultura do consumo deixou na população ao longo dos anos.

3. CONSUMISMO

Segundo o dicionário a palavra consumismo significa, Ato, efeito ou prática de consumir, de comprar em excesso. Paixão por comprar; tendência para comprar desenfreada e excessivamente. É algo que está muito presente no cotidiano da população que está sempre em busca de algo novo.

A palavra consumismo é o nome que se dá ao ato de comprar por impulso, sem planejamento e de forma excessiva. Muitas pessoas atualmente são acometidas desse vício e podem ter suas vidas prejudicadas em diversos aspectos, como por exemplo, no financeiro, nos relacionamentos com outras pessoas, no trabalho e entre outros.

O consumismo sempre esteve muito presente na sociedade e surgiu por volta dos séculos 18 e 19, aconteceu a primeira revolução industrial que tinha como principal característica o surgimento da mecanização e assim modificou quase todos os setores da vida humana, o consumo sendo um desses setores.

Com a primeira revolução industrial iniciou-se o uso de máquinas na confecção de produtos e a área têxtil, antes era completamente produzida pelas arreações. Com isso a população passou a ser mais consumista nesse setor e se tornou o de maior lucro.

A evolução da indústria têxtil se tornou um marco na história e acabou contribuindo para o surgimento para novos padrões de economia, como o capitalismo.

E ainda fez surgir novos meios de produção que acabaram inspirando outras áreas industriais.

Foi com o século 20 que o consumismo se estabeleceu com a criação do American Way of Life (Estilo de vida americano), tinha o ideal que a felicidade seria alcançada pelos meios materiais, era uma forma da população se esquecer o que passaram na primeira e segunda guerra mundial.

O consumismo é um problema que apareceu com o sistema capitalista e está presente em todas as sociedades contemporâneas.

Além desses fatores já citados, outro que contribui para o consumismo é a globalização. Atualmente é muito fácil conseguir um produto que está do outro lado do mundo, quem não tem a SHEIN, AliExpress, Shoppe, baixadas no celular e podem fazer compras com vendedores diretamente da China estando no Brasil com um clic. Esse fácil acesso colabora para o estímulo ao consumo desenfreado.

Victor Lebow discreta sobre o consumismo que a sociedade necessita do consumo cada vez mais rápido e desenfreado:

“...nossa economia enormemente produtiva exige que façamos do consumo o nosso sistema de vida, que transformemos a compra e uso de bens em rituais, que busquemos a nossa satisfação espiritual e do ego no consumo. Nós precisamos que as coisas sejam consumidas, queimadas, desgastadas, substituídas e descartadas em um ritmo cada vez mais intenso.”

4. CONSUMO X CONSUMISMO

Apesar de serem palavras gramaticalmente parecidas, elas possuem um significado bem diferente.

Consumo é quando se utiliza de um produto ou serviço para satisfazer necessidades pessoal ou de um grupo, por exemplo, a ação de comer, de vestir ou até mesmo o lazer, é a necessidade ou compras planejadas. Vem do latim *consumere* que significa esgotar.

Já o consumismo é a tendência ou o vício de fazer compras em excesso, que não tem necessidade ou propósito específico, é o desejo ou compras feitas de forma desenfreada. Normalmente são essas compras que acabam prejudicando a organização financeira da população.

Pode ser diferenciado no dia a dia quanto ao tipo de compra é feita observando alguns pontos, necessidade, desejo/impulso, afeta a organização financeira.

No momento em que a sociedade souber escolher com o que, onde é quando for gastar, irá ocorrer uma transformação de pensamento quanto ao consumo e consumismo. Terá um grande impacto na vida de muitos.

5. CONSUMO EXCESSIVO

Segundo Marc Jacobs “as roupas não significam nada até alguém usá-las”, isso leva a como o mundo da moda está funcionando atualmente. Diferentemente do passado, onde as grandes grifes levavam nas suas passarelas e de lá demoravam muito até chegar em algum famoso usando, nos dias de hoje vários famosos já vão assistir aos desfiles com as peças que irão desfilarem. Isso faz com que o povo veja as peças de forma mais rápida em seu dia a dia e também as fast fashion traga essas novidades o quanto antes possível.

Esse é o grande problema, a moda cada vez mais rápida, roupas com datas de validade e os influenciadores que sempre estão ajudando esse ciclo ficar cada vez menor.

Dessa forma tem a necessidade de parar esse tipo de consumo excessivo, pois acaba por prejudicar o meio ambiente, a mão de obra que fica cada vez mais barata e as roupas descartáveis.

Antigamente, antes da revolução industrial, os produtos eram feitos de forma artesanal, mais escassos e caros. Com o crescente aparecimento das tecnologias as produções começaram a ficar maiores fazendo com que assim os produtos fossem produzidos em grandes quantidades, os preços tornaram-se mais acessíveis, dessa forma o consumo começou a crescer.

A sociedade que se encontra nos dias de hoje é completamente capitalista onde o consumo é muito elevado e o esgotamento dos recursos, prejuízos sociais e ambientais é uma pauta que precisa começar a ser observada por toda a população.

Tendo em vista o pensamento de Érico Veríssimo: “O objetivo do consumidor não é possuir coisas, mas consumir cada vez mais e mais a fim de que com isso compensar o seu vácuo interior, a sua passividade, a sua solidão, o seu tédio e a sua ansiedade”.

O elevado consumo acaba por elevar o nível de poluição, produção de lixo, intoxicação de rios e mares e extinção de animais.

6. CONSUMO CONSCIENTE

O consumidor consciente é aquele que se preocupa com o meio ambiente e leva em conta ao escolher os produtos que irá consumir. Quem é adepto a esse tipo de consumo evita desperdícios, consideram os impactos que suas compras vão ter no mundo.

É um dos pilares da sustentabilidade, ao adotar esse estilo de consumo passa-se a cuidar do planeta não só para o individual e sim para o coletivo.

Eles consomem de forma responsável pensando em todas as ações, até mesmo na forma como os produtos foram produzidos, a preferência é para aqueles fabricados localmente, com menores impactos no meio ambiente e que respeitem as leis trabalhistas

Observar as embalagens também é importante, pois o lixo que elas provocam também causam impactos ambientais. O descarte adequado e trajeto para o centro de reciclagem é indispensável.

Carlos Alberto Hang deixa claro o que é consumo consciente e o que é consumo: “Praticar o consumo consciente é comprar aquilo que realmente necessitamos e promove satisfação, já o consumismo é comprar para além do necessário, que além de escravizar, promove sentimento de culpa.”

7. ONIOMANIA

É vulgarmente chamada de compras compulsivas. Quando uma pessoa começa a comprar coisas compulsivamente, no impulso, sem necessidade. É um transtorno que atinge cerca de 3% da população sendo identificado mais nas mulheres. Esse comportamento é difícil de ser interrompido e tem consequências prejudiciais para as pessoas que são acometidas.

Faz parte dos transtornos de controles dos impulsos. Normalmente atinge pessoas mais jovens que atingiram recentemente a independência financeira.

O comprador compulsivo acaba por descontar suas frustrações, carências, angústias, em compras. O ato de fazer a compra excita mais do que o objetivo adquirido. Muitas vezes a satisfação que uma compra da nova compra não dura muito tempo e em um curto período já é feita outra.

A oniomania pode ser vista no filme os delírios de consumo de Becky Bloom que retrata como o vício em fazer compras levou a jovem a falência de forma divertida e que muitas vezes o telespectador não perceba o transtorno abordado. “Quando eu compro o mundo fica melhor; o mundo é melhor. E depois deixa de ser. Aí eu compro outra vez” (OS DELÍRIOS DE CONSUMO DE BECKY BLOOM, 2009)

Esse transtorno é muito difícil de ser identificado e muitas vezes a pessoa acometida só busca ajuda quando já desenvolveu vários problemas.

As redes sociais ajudam a fazer com que as pessoas desenvolvam esse transtorno, pois muitas vezes os influenciadores sempre estão mostrando algo novo e incentivando o consumo avassalador.

“O consumidor compra algo não somente pelo que o produto vai fazer, mas também pela sensação emocional que ele possa proporcionar” (LIPOVETSKY; CHARLES, 2005 apud BORGES; TONIN, 2010, p. 2).

8. INFLUÊNCIA DAS REDES SOCIAIS NA VIDA DAS PESSOAS

Até dez anos atrás as pessoas usavam, para se comunicar, somente o SMS, o e-mail ou ligações. De 2010 para 2020 ocorreu uma mudança drástica no mundo, pois o número de usuários em redes sociais basicamente triplicou e a tendência é que esses números continuem aumentando.

Isso se deve pelo fato que o acesso à internet se tornou muito mais fácil e a grande parte da população anda com um smartphone em mãos, onde conseguem acessar todas as redes sociais que quiser.

Com esse movimento acontecendo as marcas perceberam que deveriam começar a reinventar seus produtos e publicidades, elas precisavam estar inseridas dentro dessas plataformas.

Ao mesmo tempo surgiu as blogueiras, pessoas que utilizavam de blogues para falar sobre assuntos que eram relevantes ao nicho deles. Muitos começaram a ter uma grande relevância e passaram a ser reconhecidos pelas marcas pois

influenciavam os seus seguidores a comprarem determinados produtos. Isso ocorre até atualmente por meio de outras redes sociais, as principais são o Tiktok e o Instagram. Aqueles com milhares de seguidores ganham a vida influenciando quem está do outro lado da tela.

Com milhões de seguidores e com uma grande influência no seu público, possuem um papel muito importante na tomada de decisões dos consumidores.

Tendo em vista uma pesquisa feita por Katharina Buchholz, que foi atualizada em 27 de outubro de 2023, o Brasil ficou em primeiro lugar com maior chance de pessoas comprarem produtos que foram recomendados por influenciadores nas redes sociais.

Esse poder de influenciar pessoas vem com uma responsabilidade muito grande que por muitas vezes não é desempenhada pois os influenciadores acabam por não pensar no estilo de consumo que estão fazendo seus seguidores desenvolverem.

A influência que essas pessoas possuem é tão grande que segundo uma pesquisa da Nielsen com a Youpix entre os anos de 2021 a 2023 as empresas estão dispostas a investir mais de 1 milhão para campanhas com criadores de conteúdo anualmente.

O papel dos influenciadores atualmente é de grande importância, passam a promover mudanças tanto positivas quanto negativas na sociedade, cabe a eles desenvolverem esse papel com muita responsabilidade. Por muitas vezes não ocorre dessa forma e os seguidores acabam por serem influenciados de forma errônea, por isso deve-se ter muito cuidado com o que consome nas redes sociais.

Nesse sentido, Karhawi diz que:

“[...] os influenciadores digitais estão no Facebook, no Instagram, no Snapchat, em espaços ocupados por “pessoas comuns” com quem dialogam em igualdade. É por esse motivo, também, que revistas e sites de veículos tradicionais de mídia não têm a mesma reputação que os influenciadores digitais. A proximidade desses sujeitos de seus públicos, de sua rede, a partir da escrita íntima, do uso da primeira pessoa (no caso dos blogs, Instagram, Twitter) e da personalidade cria uma aproximação entre o criador de conteúdo e seus públicos. É nessa sustentação que se ergue o capital simbólico dos blogueiros e, muito fortemente, das blogueiras de moda que são encaradas como melhores amigas de suas leitoras. (KARHAWI, Issaaf. Influenciadores digitais: o eu como mercadoria. In: SAAD, Elizabeth; SILVEIRA,

Stefanie C. (org.). Tendências em comunicação digital. São Paulo: ECA/USP, p. 39-58, 2016, p. 46- 47”

Segundo uma pesquisa realizada pela Spark, empresa de marketing de influência, em parceria com o Instituto Qualibest, cerca de 76% de brasileiros já consumiram produtos ou serviços após a indicação de influenciadores digitais, 68% de brasileiros seguem influenciadores digitais. Esse estudo buscou “mesurar o poder e as formas de influência nas redes sociais, avaliar a receptividade e reações do consumidor às ações pagas e (mapear) os hábitos de consumo e engajamento com influenciadores”.

9. ÂMBITO JUDICIAL:

Não existe legislação específica para responsabilizar os influenciadores, mas deve levar em conta a influência que os mesmos têm perante seus seguidores e as publicidades vinculadas em suas redes sociais.

Segundo Paulo Jorge Scartezini Guimarães, “devem ser aplicadas às celebridades, todas as diretrizes do CDC, inclusive em casos de violação ao direito dos consumidores, já que as mesmas são partes integrantes da cadeia de consumo.”(GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. A Publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam. São Paulo: RT, 2001, p. 167).

Os influenciadores podem ser considerados pessoas comuns que decidem começar a expor suas rotinas, talentos ou trabalhos nas redes sociais. São formadores de opiniões que ajudam na divulgação de produtos e influenciam outros a consumirem determinados produtos. Mas devem ter responsabilidade e tem que andar sobre a luz do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

O CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, regula as ações publicitárias e indica o que pode ou não ser apresentado, sem fins lucrativos

composto por várias partes, é um órgão autônomo. Surgiu no final da década de 1980 para fiscalizar o cumprimento do Código. Tem o trabalho de ajudar e garantir que as publicidades feitas no Brasil sejam seguras, honestas e que respeitem os direitos do consumidor.

O direito ao consumidor é fundamental e encontrasse no artigo quinto, inciso XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil: “XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”;

O conceito de anúncio publicitário, produto e consumidor, encontram-se conceituados no artigo 18 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária:

Art. 18 Para os efeitos deste Código:

a) a palavra anúncio é aplicada em seu sentido lato, abrangendo quaisquer

espécie de publicidade, seja qual for o meio que a veicule. Embalagens, rótulos e material de ponto-de-venda são, para esse efeito, formas de publicidade. A palavra anúncio só abrange, todavia, a publicidade realizada em espaço ou tempo pagos pelo Anunciante:

b) a palavra produto inclui bens, serviços, facilidades, instituições, conceitos

ou idéias que sejam promovidos pela publicidade:

c) a palavra consumidor refere-se a toda pessoa que possa ser atingida

pelo anúncio, seja como consumidor final, público intermediário ou usuário.”

Segundo Paulo R. Roque A. Khouri, para ter a proteção do Código de Defesa do Consumidor não é só adiaríeis algum bem ou serviço é necessário caso ocorra a relação de consumo:

Para que se dê a proteção do CDC, não basta simplesmente adquirir bens e serviços no mercado. Essa proteção só vai ser acionada se ocorrer a chamada relação de consumo. Relação essa onde deve estar presente um consumidor, como destinatário final de bens e serviços, e um fornecedor, que com habitualidade e profissionalidade fornece bens e serviços ao mercado. É preciso, então, em primeiro momento, estudar mais detidamente o conceito de consumidor e de fornecedor, nascendo, da relação entre ambos, a relação de consumo, habitat próprio da atuação do microssistema jurídico, cujo centro é o CDC.

Deve ser levado em consideração quem são os consumidores e quem são os fornecedores, os sujeitos da relação jurídica, bem como o que são produtos e serviços, conforme os artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

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

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

O conceito de fornecedor está previsto no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, já supracitado, é bastante amplo. O que será mais importante na relação jurídica é a atividade (objeto) não a pessoa que irá praticar. O fornecedor precisa ter a intenção de colocar o produto ou serviço que ele dispõe em circulação de forma organizada.

Tendo em vista o artigo 12 do CDC pode se identificar ao menos três espécies de fornecedores: real, presumido e aparente.

O fornecedor real é considerado aquele que participa da fabricação do produto.

O fornecedor presumido é aquele que irá intermediar entre o fabricante e o consumidor.

O fornecedor aparente, já foi tema de discussão no STJ, são aqueles que colocam uma marca no produto disponibilizadas ao consumidor criando assim uma falsa confiança no produto. O Supremo Tribunal de Justiça decidiu que:

- [...] Observa-se que a lei traz a definição ampliada de fornecedor e a doutrina nacional aponta a existência de quatro subespécies, a saber: a) o fornecedor real; b) o fornecedor presumido; c) o fornecedor
- equiparado e d) o fornecedor aparente. O fornecedor aparente, que compreende aquele que, embora não tendo participado do processo de fabricação, apresenta-se como tal pela colocação do seu nome, marca ou outro sinal de identificação no produto que foi fabricado por um

terceiro. É nessa aparência que reside o fundamento para a responsabilização deste fornecedor, não sendo exigida para o consumidor, vítima de evento lesivo, a investigação da identidade do fabricante real. Com efeito, tal alcance torna-se possível na medida em que o Código de Defesa do Consumidor tem por escopo, conforme aduzido pela doutrina, proteger o consumidor

- "daquelas atividades desenvolvidas no mercado, que, pela própria natureza, são potencialmente ofensivas a direitos materiais (...) são criadoras de situações de vulnerabilidade independentemente da qualificação normativa de quem a exerce". Assim, com fulcro no Código de Defesa do Consumidor, especialmente em seus arts. 3º, 12, 14, 18, 20 e 34 é de reconhecer, de fato, a previsão normativa para a responsabilização solidária do fornecedor aparente, porquanto beneficiário da marca de alcance global, em nome da teoria do risco da atividade.
- REsp 1.580.432-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, por unanimidade, julgado em 06/12/2018, DJe 04/02/2019

Para Leonardo Bessa o conceito de fornecedor é "Simplificando, pode-se afirmar que o fornecedor é aquele que atua profissionalmente no mercado de consumo, recebendo remuneração direta ou indireta pela produção, distribuição e comercialização de bens e serviços."

10. RESPONSABILIDADE CIVIL

Os influenciadores, principalmente do mundo da moda, possuem uma responsabilidade acerca dos produtos que eles acabam influenciando os seus seguidores a comprarem. Eles acabam por tornar essas pessoas em possíveis consumistas e fazem com que a moda esteja circulando no mercado cada vez mais rápido.

Antigamente demorava um bom tempo para que os produtos desejados pela população na semana de moda chegassem até eles, muitas das vezes a grande parte não tinha poder aquisitivo para adquirir tal artigo. No momento atual essa situação mudou drasticamente, pois os influenciadores acabam conseguindo os itens com muito mais facilidade expõem em suas redes sociais e fazem com que os seus seguidores queiram tê-los também. Quando os seguidores conseguem esses produtos já vão estar ultrapassados e existiram outros.

Isso tornasse um ciclo vicioso, pois sempre os influenciadores estão com as mais novas tendências possíveis e os seguidores tentam acompanhar, um consumismo desenfreado.

Faz também com que as peças fiquem cada vez mais datadas e as marcas para correr atrás do prejuízo começam a produzir de modo que as peças não tenham qualidade ou material de qualidade.

Segundo Claudia Lima Marques:

“Tratando-se de risco profissional (responsabilidade própria do profissional), tratando-se de atuação à qual a lei impõe deveres especiais (através de normas de ordem pública) não transferíveis aos consumidores, nem mesmo através de previsão contratual (ex vi arts. 1º, 51, I, e 25 do CDC), terá o fornecedor de suportar a sua falha, responder pela informação mal transmitida, pelo inadimplemento contratual ou pelo ato ilícito eventualmente resultante da publicidade falha. E note-se que a jurisprudência do STJ tem considerado solidária a responsabilidade daquele que veicula e daquele que se aproveita da publicidade (art. 30 c/c 35 e art. 37 do CDC).” (MARQUES Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011).

Por mais que falte dispositivos legais e jurisprudência os influenciadores podem e devem ter a responsabilidade civil objetiva, principalmente quando a imagem deles está vinculada a publicidade ilícita.

Algo que se deve atentar é nas vulnerabilidades do consumidor: “A vulnerabilidade é o conceito que fundamenta todo o sistema consumerista, o qual busca proteger a parte mais frágil da relação de consumo, a fim de promover o equilíbrio contratual. A vulnerabilidade da pessoa física consumidora é presumida (absoluta), mas a da pessoa jurídica deve ser aferida no caso concreto.”

Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. e Bruno Miragem também citam essa vulnerabilidade:

“A vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado (assim Ripert, *Le règle morale*, p. 153), é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva (Fiechter-Boulevard, *Rapport*, p. 324), que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a ‘explicação’ destas regras ou da atuação do legislador (Fiechter-

Boulvar, Rapport, p. 324), é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa". (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 120.)

11. CONCLUSÃO

O tema abordado é relativamente novo pois trata de uma profissão que surgiu com o aparecimento das redes sócias. É necessário responsabilizar os influenciadores sobre a luz do Código de Defesa do Consumidor, pois eles atingem muitas pessoas e influenciam de várias formas podendo ser de uma maneira negativa. Tendo isso em mente deve ser tutelado pelo direito.

O estudo dessa responsabilidade necessita de mais atenção, pois é algo que temos acesso direto no nosso dia a dia e não tem leis específicas para ajudar os consumidores. O poder que os influenciadores possuem nas pessoas é muito grande e é necessário que o judiciário volte o olhar para esse ponto. Para que cada vez menos pessoas caiam no erro de serem influenciados a adquirir determinados produtos ou serviços que possam ser prejudiciais ou não façam o que prometem.

A indicação de publicidade nas redes sociais precisa ser mais clara, muitas vezes os influenciadores fazem uma propaganda e os consumidores acabam por não prestar atenção que é uma propaganda e compram o produto pois pensam que é algo indicado de boa fé. Também deve ser atentado esse fato, é de extrema importância que seja bem claro o que é ou não publicidade.

Observa-se também que a forma de consumo foi modificada ao longo dos anos e que é de muito importante que o direito siga essas modificações para não ficar defasado. O perfil do consumidor também mudou e sempre está em constante mudanças, o mundo está caminhando para grandes modificações nesse meio.

É certo que os influenciadores digitais devem tomar muito cuidados com os produtos e serviços que eles divulgam em suas redes sócias para os seus seguidores evitando assim problemas no futuro.

REFERÊNCIAS

1. APOITIA, Mauro. **Fornecedor real, presumido, aparente e equiparado. Quais as diferenças?** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/fornecedor-real-presumido-aparente-e-equiparado-quais-as-diferencas/686479336/amp>
2. BARBOSA, Andressa. **Dobra o número de empresas dispostas a investir mais de R\$ 1 milhão em influência.** Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/04/orcamentos-milionarios-ganham-destaque-no-marketing-de-influencia-brasileiro/>
3. BEZERRA, Juliana. **Consumo.** Toda Matéria, [s.d.]. Disponível em:
4. <https://www.todamateria.com.br/consumo/#:~:text=Consumo%20é%20o%20ato%20de,de%20longa%20ou%20curta%20duração>
5. BEZERRA, Juliana. **Revolução Industrial: o que foi (resumo).** Toda Matéria, [s.d.]. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/revolucao-industrial/#:~:text=A%20Primeira%20Revolução%20Industrial%20ocorreu,os%20setores%20da%20vida%20humana>
6. BRASIL, **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
7. BUCHHOLZ, Katharina. **The Influence of Influencers.** Disponível em: <https://www.statista.com/chart/24933/share-of-respondents-saying-they-purchased-something-because-of-influencers/>
8. CARVALHO, Talita. **Consumo (o que é, significado e conceito).** Disponível em: <https://www.significados.com.br/consumo/>
9. CÉSAR, Rhuana Rodrigues. **Poder e responsabilidade do influenciador digital, implicações éticas e CDC.** Disponível em:

https://www.conjur.com.br/2023-jun-30/rhuana-rodriques-cesar-responsabilidade-influencers/#_ftnref5

10. **CÓDIGO BRASILEIRO DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA.**

Disponível em: <https://www.gov.br/secom/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/ca2digobrasdeautoregulanovo.pdf>

11. **Como os novos comportamentos de consumo influenciam nas redes**

sociais. Disponível em: <https://www.ecommercebrasil.com.br/artigos/como-os-novos-comportamentos-de-consumo-influenciam-nas-redes-sociais#>

12. EDUCACIONAL, Hexag. **Consumo e consumismo – Qual a diferença?**

Disponível em: <https://cursinhoparamedicina.com.br/blog/atualidades/consumo-e-consumismo-qual-a-diferenca/>

13. FARIA, RAPHAEL. **Fornecedor Aparente, o que é e como se aplica?**

Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/fornecedor-aparente-o-que-e-e-como-se-aplica/824486208/amp>

14. **Fornecedor, Produto e Serviço.** Disponível em:

<https://trilhante.com.br/curso/direito-do-consumidor-1/aula/fornecedor-produto-e-servico-2#:~:text=3%20Fornecedor%20é%20toda,produtos%20ou%20prestação%20de%20serviços.>

15. GROUP, Febratex. **Saiba como se deu a evolução da indústria têxtil desde o**

princípio. Disponível em: <https://fcm.com.br/noticias/como-se-deu-a-evolucao-da-industria-textil-desde-o-principio/#>

16. LOPES, Veridiana. **Entenda a diferença entre consumo e consumismo.**

Disponível em: <https://www.serasa.com.br/limpa-nome-online/blog/diferenca-entre-consumismo-e-consumo/#>

17. MERENGUE, Devanir. Disponível em:

http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-

a%2Dse%20que%20em%20maior,consumir%20conteúdos%20que%20consider
am%20confiáveis.

O PRINCÍPIO DA SAISINE E SUA DEFINIÇÃO NO DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Márcio Adriano dos Santos Dias⁴⁵
Marcel Silva Luz⁴⁶

RESUMO

Busca-se nesta pesquisa à luz do Direito civil-constitucional, responder sobre o problema da eficácia do *princípio da saisine* na realidade normativa-civil-constitucional, sobretudo na realidade viva situada do Brasil. O método principal é o interpretativo nas ciências jurídicas: hermenêutica jurídica. De modo simultâneo, reconhece na historicidade da ciência do direito a adoção do princípio do tempo a reger os atos (*tempus regit actum*), incidindo a partir *da saisine* a originar também o fenômeno do direito sucessório e afins; tanto no mundo do direito pátrio como comparado, como fenômeno jurídico internacional do *princípio da saisine*, sua eficácia e sua definição.

Palavras-chave: Princípio de Saisine; Princípios constitucionais; Direito sucessório.

ABSTRACT

This theoretical research in civil-constitutional Law seeks to answer the problem of the effectiveness of the saisine principle in the normative-civil-constitutional reality, especially in the living reality situated in Brazil. The main method is interpretative in legal sciences: legal hermeneutics. At the same time, it recognizes in the historicity of the science of law the adoption of the principle of time to govern acts (*tempus regit actum*), influencing from the saisine to also originate the phenomenon of inheritance law and the like; both in the world of national and comparative law, as an international legal phenomenon of the principle of saisine, its effectiveness and its definition.

Keywords: Saisine Principle; Constitutional principles; Inheritance law.

⁴⁵ Bacharelado em Direito - Uniesp

⁴⁶ Professor orientador.

1- INTRODUÇÃO

Neste trabalho de pesquisa teórica buscamos responder sobre o problema da eficácia do *princípio da saisine* na realidade do sistema do direito atual situado em nosso País. O método principal adotado é o interpretativo nas ciências jurídicas - hermenêutica jurídica, pertinente pelo princípio do tempo a reger os atos (*tempus regit actum*), que é elementar em matéria de efetuar-se o mundo do Direito. Neste sentido, tanto em nosso âmbito pátrio como reflexamente no âmbito internacional, este fenômeno jurídico é aqui o nosso objeto de estudo.

Tanto na doutrina brasileira quanto na jurisprudência há uma problematização que requer apreciação mais detida, sobre a definição do *princípio de saisine* concretamente. Requer que objetivamente sejam identificados os seus elementos mais importantes, face às condições em que este *princípio* existe enquanto fenômeno jurídico; ou seja: Aspectos intersubjetivos das relações familiares/sociais, jurídicas, econômicas, de costumes socialmente compartilhados, tanto morais e como em termos de valores refletidos eticamente - entre outros, a influenciar no estabelecimento de um entendimento jurídico razoável - por meio de uma interpretação: da hermenêutica jurídica, na obtenção de entendimento acerca deste “objeto” de estudo aqui proposto: o *princípio da saisine*. Assim, este princípio basilar em seu âmbito, civil familiar e constitucional, realiza-se na *eficácia de sua concretização*; ocorrendo nas próprias relações sociais, entre vontades livres dos sujeitos de direito aí suscitados: primordialmente o direito à herança e, em seguida o direito à sucessão em geral. Decorre que, em nível de reconhecimento oficial e público, esse princípio está assinalado também como sendo de natureza fundamental na ordem Constitucional; neste sentido, está disponível como um direito fundamental para induzir em praticamente todo espaço jurídico que lhe diga respeito em ser invocado e evocado. Portanto, a garantia fundamental deste princípio, deve ser assegurada pelo Ente estatal, visto que o monopólio do Poder Judiciário - na configuração do Estado de Direito moderno dispõe em nosso País, as devidas proporções, em termos de pesos e contrapesos assumidos na sociedade brasileira hodierna, a fim de servir também como um princípio de otimização, de aprimoramento

assentado desde a herança, remetendo a uma finalidade social, em primeira mão atinente à célula familiar, em seu Art. 5º, Inciso XXX.

Neste sentido, cabe interrogar hermeneuticamente, no início desta Introdução, pelo problema suscitado na prática corrente deste *princípio de saisine*, sobretudo no prisma do sistema jurídico brasileiro, e procurar saber deste “por que” de haver de fato uma interpretação de relativização do *princípio de saisine*. Cabe assim, colocar hermeneuticamente nesta pesquisa, a seguinte questão no Direito:

Interrogar se uma “coisa” como esta, o *princípio da saisine*, apreendido(a) como o nosso fenômeno-objeto da pesquisa, teria suficiente eficácia – em sua realização efetiva enquanto princípio exequível na realidade como um *Direito em ação*, e não como um Direito restrito apenas aos “livros”, uma vez atribuída uma suposta relativização deste direito?

Eis assim a questão que tomamos como tarefa responder suficientemente. Neste sentido, em caso de confirmação – ou mesmo de infirmação – interroga-se também como está posto no domínio interpretativo do sistema jurídico em nosso País a suposta ‘fumaça’ de relativização deste princípio fundamental à herança e, por antecedente - a *saisine*?

Outra interrogação se dá sobre como estaria posta uma suposta relação de transformação dinâmica entre o “Direito dos Livros e o Direito em Ação”⁴⁷, no que se refere ao *princípio de saisine*?

E, também, buscamos sobretudo entender - em matéria de doutrina jurídica e sua aplicação no direito de herança/sucessório, e em geral no âmbito do sistema jurídico brasileiro, “por que”, “como” e “para que (ou ainda para quem)” este princípio de *saisine* “deve ser” relativizado, uma subsunção em face de qual(is) princípio(s) maior(es)? Seria por princípios de qual ordem? Seria isto essencial ou não? Ter-se-ia que reportar-se talvez a uma relação mais fundamental - segundo a hierarquia no Direito, mais fundamental - com relação à Constituição da República Federativa do Brasil? Consistiria numa relação simétrica ou assimétrica face a princípios de maior relevância, caso exista uma relação numa dessas possibilidades definida?

Partindo assim desta problemática desde o âmbito civil familiar e até remontar ao âmbito constitucional de um dos direitos fundamentais, aqui tal princípio se propaga

⁴⁷ Sobre este tema, remetemos a um artigo esclarecedor da autoria do jurista GODOY, Arnaldo: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-27/embargos-culturais-roscoe-pound-diferenca-direito-livros-vida-real/>>. Acessado pela última vez em 05/12/2023.

e se multiplica em várias outras questões referentes analogamente a princípios (deontologia da norma fundamental) no Direito, sendo preciso lembrar da presunção e funcionamento da monopolização do Direito compartilhado em sociedade, que encontra-se no Estado face a família, todos imersos num espaço intersubjetivo, de vontades livres, radicadas na sociedade civil – aqui - brasileira. Por isso, é de relevância social maior, no que diz respeito à tutela de direitos fundamentais dos familiares, indivíduos livres, igualmente em sua autonomia de pessoa humana e ente familiar. Portanto, é preciso atentar para uma análise que segue a reforçar-se, pois, há uma necessidade de tutela do Estado sobre este tema originado na herança, que é assim tão indispensável na sociedade brasileira, sob os mais diversos arranjos familiares que sempre suscitam o fato gerador da herança familiar, abrindo principalmente a sucessão.

Acrescenta-se que no Brasil, há assim uma referente incumbência de manifestar-se o Estado em dizer o direito sobre “pessoas”, com nomes próprios e não meros números contidos no reconhecimento de suas identidades, gravitando apenas e isoladamente em torno de um CPF. Pela própria força normativa da nossa Constituição Federal de 1988 e toda sorte de normas infraconstitucionais e supralegais, é digno frisar esta verdadeira missão do Estado em forma de tutela da herança familiar como também um direito fundamental, figura está na modernidade que perpassa e que compõem a razão de ser do nosso sistema jurídico.

Igualmente depreende-se que o Estado Democrático de Direito, detêm os graus decisivos na influência de propositor maior da “força de lei” neste âmbito discutido aqui, para determinação dessas leis, sendo princípios, normas, etc. Por isso, destaca-se em notar que o *princípio da saisine* deve ser entendido como um exemplo clássico (e moderno) neste processo de relativização e concomitante definição face à Constituição, para daí se consolidar em termos de eficácia de lei em vigor.

Com efeito, é justamente no embate de casos jurídicos que estão repletos nos tribunais, que surgem a maior parte de questões jurídicas, e no meio os chamados *leading cases*, e se apresentam na arena social das relações humanas, envolvendo e arrastando os interesses variados de vontades livres. Porém, é válido lembrar que algumas vontades não se tratando de ser verdadeiramente livres, posto que gravitando fora da presunção de que ali há o alcance de leis já instituídas em sociedade, como o próprio princípio de *saisine* e de sua definição constitucional. Ou

seja, vontades alienantes a insistir-se à margem do mundo vivido do e pelo Direito. Algumas dessas leis, das quais se sustentam em princípios fundamentais, onde a dignidade intrínseca – tanto íntima como também a exteriorizar-se, evocar-se pela face de cada *pessoa humana* no âmbito da própria família também. Ora, o respeito a esta dignidade, é que deve definir a altura ao que é o próprio dizer do Direito igualmente.

É preciso este breve *distinguishing* introdutório, pondo em parêntesis este princípio da *saisine* e a rota imprópria de alienação de vontades a julgar-se livres, mas na verdade apenas sendo aparentemente livres, para então notarmos o saldo, desde este início de análise, chegarmos a fazermos um aceno de que não se neutraliza a eficácia da *saisine*, dado a sua importância fundamental, que está no seu aí do princípio de dignidade da pessoa humana na condição familiar e social.

Por isso, desde já é reforçado este traço indelével: que deve sempre estar na essência do próprio direito em sua construção mais fundamental, tanto no espaço-tempo familiar como também social, reconhecidos pelo Estado Moderno. Pois, trata-se de uma força, *do princípio da saisine* instaurado com outra força ainda mais fundamental: da dignidade (íntima) humana. Uma força de ordem determinante que deve ter precedência face as possíveis mutações do direito; que acresce ao Estado Moderno a sua missão enquanto Estado de garantia e tutela de direitos fundamentais. Uma de suas missões mais nobres, a reequacionar, harmonizar e reequacionar princípios fundamentais em sua unicidade, isto é, junto a outros princípios, seja de grau menor ou de grau maior, em nível mais fundamental, em termos de hierarquias (precedências) de princípios. Destarte, é mormente a dignidade da pessoa humana (Cf de 1988. Art. 5º, Inc. III), que se opera a atuação na própria satisfação (fruição) de “petição de princípio primeiro” ainda mais fundamental, exteriorizado na norma com o necessário para se obter a sua eficácia ainda mais radical, profunda. Assim sendo, o que seria então necessário a fim de exercer em sua plenitude a efetivação do *princípio da saisine*? Veremos em nossas investigações que se seguirão, procurando entender este processo durante a nossa pesquisa que se segue, e assim permitir melhor esclarecimentos relevantes do ponto de vista civil-constitucional com relação a este fenômeno jurídico, do princípio da *saisine* em nosso solo pátrio.

A nossa hipótese principal consiste em admitir uma plausibilidade: De ditames constitucionais que conferem contrapesos para realização *do princípio da saisine* pelo

viés de uma nova dinâmica, ainda mais eficaz socialmente, embora com necessidade natural de aperfeiçoamentos futuros.

Daí segue-se então a seguinte interrogação: Haveria como possibilidade de realização deste *princípio de saisine*, algum conjunto de finalidades a ser satisfeitas, a se combinar concomitantemente em termos constitucionais fundamentais, a fim de ocorrer uma plena realização do direito neste tocante, da sucessão do patrimônio deixado por alguém?

Ora, tal interrogação se dá ao *sentir* - da previsão legal - deste instituto jurídico da *saisine* – primordialmente ser advindo das experiências comuns, em termos de organização histórica da jurisprudência, ocidental – europeia continental, sobretudo. Assumimos neste trabalho de pesquisa, seguir sobretudo debruçados em experiências das circunstâncias da Europa continental franco-germânica, que remonta na prática do direito desde o séc. XII da E.C., também havendo influenciado na ordem jurídica de linha romano-saxã, na Europa insular e irradiando para o norte saxão das Américas. Em todo caso, aqui no Brasil, está na ordem do direito de família e do direito sucessório, envolvendo o direito civil e constitucional brasileiro desde a ordem jurídica que também predominou na Iberia do século XIII e seguintes, adentrando tanto nos primeiros Fóruns desde regulações de ultramar às colônias do Império português como nas primeiras escolas de direito em terras brasileiras.

O fato é que, visto desde este contexto remoto até hodiernamente, a nossa hipótese colocada acima sobre o *princípio da saisine* sustenta que este, por assim dizer, atrairia para si ditames e enunciados jurídicos no âmbito fundamental dos princípios e finalidades constitucionalmente próprios ao Estado de Direito, com força normativa constitucional da ordem de *cláusulas pétreas* com uma temporalidade anterior à formulação dos próprios direitos fundamentais que se seguiram a partir do século XVIII, com o advento histórico da revolução francesa (1789), que destaca como um direito universal, aquele que já havia sido formulado enquanto um fato positivo, de natureza antropológica e formativa por Heráclito de Éfeso, ao seu modo – o *Lógos* (Séc. V-VI A.E.C.) – para o qual o homem é a morada do divino, o *Lógos*. Ora, séculos depois, após este pensamento se processar em seu enriquecimento histórico-conceitual, chega também a ser reafirmado por Kant como um princípio fundamental, em princípio de autonomia, de dar-se a si em pura forma de lei, sobretudo na formulação da 2ª máxima dos princípios práticos: “Age de tal modo que trates a

humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de cada outro, sempre como um fim em si mesmo e nunca como um meio” (Kant, 1964, pág. 25), que é o *princípio de dignidade humana*, pode-se assim dizer que esta cláusula pétrea percorre uma das mais longas efetivações fundamentais aos direitos que assim são chamados, cujos *princípios (arché)* também se processam realizando/⁴⁸cumprindo *fins (télos)* em forma também de regras normatizadas, leis de conduta na condição de natureza humana. Portanto, garantir na Constituição uma tal centralidade destes princípios fundamentais não se trata de mera casualidade temporal, mas necessidade natural ao próprio fenômeno do Direito que se estrutura na humanidade de cada um, embora alguns desconheçam desta importância fundamental inapagável. Podemos então aqui entrever, insculpidos e a atingir em cheio, centralmente o *princípio da saisine*, pois revive ao que herda e sucede enquanto pessoa íntima em sua dignidade, com propósitos próprios, v.g.:

1 – Da dignidade da pessoa humana (C.F. de 1988 – Art. 1º, Inc. III), do qual decorrem à família o princípio de solidariedade, da afetividade, da cooperação da isonomia entre os cônjuges e do melhor interesse dos filhos menores, que vêm inovar o próprio direito de família;

2- Consequentemente dos direitos fundamentais inerentes à dignidade das famílias (C. F. 1988 – Art. 226º), que são vistas também como células-mater da sociedade e por sua vez, de tutela do Estado sobre sua constituição nuclear e fim a cumprir;⁴⁹

3 – C. F. de 1988 – Art. 5º, Inc. XXIII, da função social da propriedade, de cuja previsão há que se resguardar o objetivo de assegurar uma vida digna, livre e

⁴⁸ Quanto ao *Lógos*, de realidade operativa filosófico-científica, após Heráclito de Éfeso haver praticamente apontado sobre a ‘descoberta’ que chegou até nós, acerca do *Logos*, façamos uma menção a Fílon de Alexandria (Séc. I A.E.C.) e também pela propagação de sua realidade e operatividade, feita por João – o evangelista (Séc. I E.C.), como *sendo* sobretudo de natureza universal e interior, em cada ser humano, e logo após em Agostinho (sécs. V-VI), o *Lógos* sendo o fundamento que prepara a noção de dignidade da pessoa humana, por ser identificado como o *Verbum Interius (o Lógos)* dentro de cada ser humano. Reabre-se assim à contemporaneidade uma tradição que versa também sobre a realidade do *Lógos* e o fenômeno universal da linguisticidade, como por exemplo na Hermenêutica de Hans-Georg Gadamer (Verdade e Método, 1999, págs., 224s., 317s, 356,373s, 409, 415s, 423s, 433s,460). Cf. também, Damião Berge: *O Logos Heraclítico – Introdução aos Estudos dos Fragmentos*. Rio de Janeiro: Instituto nacional do livro, 1969. Neste sentido, não causa surpresa alguma em o princípio de dignidade da pessoa humana ser considerado uma cláusula pétrea, aliás, de natureza angular.

⁴⁹ “Inequívoco que o princípio da dignidade humana, introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Constituição de 1988 como fundamento para proteção dos direitos humanos e não vinculado à ordem econômica, como figurava na Constituição da República de 1967, artigo 157 inciso II, é o fundamento das inovações constitucionais que foram seguidas por inovações infraconstitucionais no direito de família” (LIMA, 2001, pág. 67).

igualitária a todos os cidadãos; uma condição ao direito de propriedade de propriedade: “a propriedade atenderá a sua função social”.

Desde já, procuramos assim colocar em ordem de análise e prospecção o *princípio da saisine*, que também deve sofrer influência direta e fundante em sua razão de existir pelos princípios fundamentais constitucionais, acrescido em suas raízes com características de outros direitos fundamentais do ponto de vista constitucional, de acordo com a hierarquia das leis, a denominada “pirâmide de Kelsen”.

Vejamos a seguir então, como poderia se dar um possível arranjo entre estes princípios face a uma relativização do princípio de *saisine* para o bem do seu cumprimento de forma satisfatória. Ou seja: Vejamos nos capítulos seguintes como se desenvolvem esses pressupostos fundantes que devem equacionar equilibradamente a eficácia ou ineficácia do princípio da *saisine*.

2 - ORIGEM HISTÓRICA E MUTAÇÃO DO *PRINCÍPIO DA SAISINE*: FUNDAMENTO E DEFINIÇÃO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Desde já indicamos que a interpretação sobre a *saisine* requer também o reconhecimento atual do seu entrelaçamento com alguns dos direitos fundamentais no tempo presente. Acima, na Introdução tangenciamos - ao menos em *prima facie* - o fato de que alguns direitos fundamentais são reconhecidos e preconizados pela ordem Estatal. Com efeito, são “essenciais”, ao mesmo tempo que devem se transformar em sua “concretude” - em termos de realização. Assim sendo, fazendo-se esses princípios repercutir na qualidade de *positum* em cada caso concreto, influenciando diretamente sobre os próprios dispositivos infraconstitucionais atinentes às sucessões de patrimônios. Sobretudo se notarmos também que há uma pré-formação desta ordem constitucional na interpretação referente aos fundamentos das regras de sucessão. Assim, ao se reportar ao código civil de 2002, em seu artigo 1.784: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”, segue-se alguma subsunção deste *princípio da saisine* - no direito brasileiro, em função de uma ordem constitucional hierarquicamente “mais elevada”, a saber alguns direitos fundamentais de base constitucional? Junior⁵⁰ (2020,

⁵⁰ **JÚNIOR**, Mairan. *Sucessão Legítima: As Regras da Sucessão Legítima, as Estruturas Familiares Contemporâneas e a Vontade*. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/sucessao-legitima-as-regras-da-sucessao-legitima-as->

pág. 07) insinua que já havia alguma hierarquia à qual obedecia este “princípio” relativamente ao direito canônico, este que conservou no Brasil parte dos elementos estabilizadores das leis de sucessão:

Segundo Pontes de Miranda (Tratado, vol. LV, p. 16) “Foi o Alvará de 9 de novembro de 1.754, seguido do Assento de 16 de fevereiro de 1.786, que introduziu no direito luso-brasileiro a transmissão automática dos direitos, que compõem o patrimônio da herança aos sucessores, legítimos ou não, com toda a propriedade, a posse, os direitos reais e os pessoais”. De acordo com o Alvará de 9 de novembro de 1754: transmissão imediata da posse aos herdeiros inscritos ou legítimos. Assento de 16.2.1776, a posse, de que trata o Alvará transmite-se ao mais próximo parente até o 10º Grau. A propriedade transmitia-se imediatamente com a morte, a posse dependia da qualidade do herdeiro, como aduz Clóvis Beviláqua, op. cit. p. 24: “Assim, no estado de nossa legislação anterior ao Código Civil, a propriedade dos bens de herança era transmitida, desde a morte do de cujus, aos herdeiros de qualquer categoria, incluídos mesmo os legatários, se o legado era incondicional e recaía sobre coisa infungível”. (...) “Em resumo, a posse da herança era transmitida, de plano, somente aos herdeiros necessários, aos colaterais até o segundo grau por direito canônico, e ao herdeiro inscrito”. (Apud. JUNIOR: 2020, s. 07).

Neste sentido, seguindo autores próprios a este estudo, pretendemos desenvolver essas ideias que nos servirão de espaço interpretativo na hermenêutica jurídica, sobre esta possível mutação que ocorreu em nossa sociedade, com este instituto que praticamente funda o direito sucessório. Posto que, além de vir já positivado historicamente para o sistema jurídico brasileiro, isto é, desde o direito germânico franco-alemão ao longo dos tempos desde 1.250 da E. C., passando por Portugal e seu engendramento jurídico entre o império lusitano e depois do Brasil, este princípio vem informando nesta vertente do direito ocidental - em geral - uma “ficção” certamente bem sucedida até o presente. Mas hodiernamente assume funções que remetem a uma operacionalização jurisprudencial com categorias jurídicas dos direitos fundamentais na ordem de uma gramática jurídica do Estado moderno brasileiro.

Assim, atentamos para um detalhe importante sobre o que é dito no parágrafo anterior. Que o *princípio da saisine* propõe em solucionar eficazmente no trato da sucessão patrimonial, a quem deve se reservar direitos e deveres de ordem patrimonial do “de cujus”, notando que este “trabalho” que deve cumprir o *princípio de saisine* certamente ser incidido, ser transformado em seu “*télos*” por outros princípios fundamentais no Brasil atual. Com efeito, após a extinção de uma personalidade (morte) e transmite-se imediatamente a outra(s) personalidade(s), e certamente incidindo e repercutindo algumas notas constitutivas de ordem fundamental, não raro se passando despercebidas por alguns que lidam nesta seara. Valido lembrar, entre os seus efeitos possíveis, de dar uma regulação de patrimônio do “de cujus”, cuja dinâmica assumida também é - simultaneamente - de subsunção e elevação do princípio da *saisine* a um nível axiomático, não de abstração, senão que para fins colimados por princípios constitucionais convergentes (fundamentais) na ordem da proteção do patrimônio, que por sua vez incide na ordem econômica, ou seja, de justiça socialmente fruída; não só garantida pela previsão legal, mas como regramento axiomático e normativo para uma satisfatória realização efetiva, medida de equidade *in concreto* dos julgados pertinentes também à dignidade dos envolvidos na sucessão familiar. Nas palavras de LIMA:

Inequívoco que o princípio da dignidade humana, introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Constituição de 1988, como fundamento para proteção dos direitos humanos e não vinculado à ordem econômica, como figurava na Constituição da República de 1967, artigo 157, inciso II, é o fundamento das inovações constitucionais que foram seguidas por inovações infraconstitucionais no direito de família. (2012, pág. 67).

Dá-se assim um seguimento importante, fundamental, v.g. insculpido também no caput do art. 170 da Constituição Federal de 1988, fundamentado na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa que é própria do humano, buscando assegurar a todos uma existência digna, com imperativos da justiça social que por sua vez deve reger a ordem econômica com respeito ao bem estar, coletivamente fruído. Portanto, nota-se a virtual força de repercussão deste princípio quando bem situado no contexto de realização partilha de bens patrimoniais objetos de sucessão.

Com efeito, nesta pesquisa procuraremos demonstrar o porquê desta espécie de “lei de necessidade” ser efetuada como uma “pedra de toque” em sua vigência

histórica, enquanto fenômeno jurídico específico no tempo, em relação ao problema de sua suposta eficácia jurídica, visto que vem sendo posta em questão na atualidade por motivos subjetivos, que não atendem a sua teleologia de origem, como veremos nos tópicos de capítulos a seguir. Podemos então colocar esta problemática da seguinte forma: O *princípio da saisine* teria condições de realizar o norteamto previsto por alguns direitos fundamentais a ele ligados com força vinculante, oriundos de nossa Constituição Federal de 1988? Se pudermos responder com certo grau de plausibilidade que sim, então poderemos admitir ainda a sua eficácia neste âmbito de discussão da pesquisa que aqui se dá.

Tomando a perspectiva de interpretação histórica que chega aos nossos dias, podemos admitir que o problema do descuido de uma adequada utilização do *princípio da saisine* e sua função mais essencial e eficaz à prática forense - neste âmbito da sucessão, é de ordem maior, pois sua razão de ser no âmbito jurídico, desde sua gênese, sua formação, sua organicidade afim ao direito sucessório profundamente naturalizado ao direito costumeiro, talvez tenha servido de um elemento de aperfeiçoamento no próprio direito romano, na esteira do direito medieval romano ainda não cristianizado.

Requer para nós, tratar com método deste problema, da eficácia do *princípio da saisine* relativamente também à realização de alguns postulados fundamentais encontrados na C. F. de 1988, concernentes ao mundo jurídico e social brasileiro.

Deste modo, algumas palavras também precisamos colocar quanto à aplicação de uma metodologia para este estudo. Pois primeiramente tratamos de mencionar sobre o uso do nosso método fenomenológico-histórico, como estamos tratando; estabelecendo comparações e interpretações, tendo como última *“ratio”* tratar da eficácia do *princípio da saisine* nos situando sempre em direção ao nosso contexto brasileiro. Ainda, que recebendo influência direta ou indireta de outros sistemas de direito originados em suas fontes diversas, sobretudo estabelecendo conexões com contextos de fora do nosso País, mas na abrangência de delimitação de sua eficácia aqui no Brasil. Com efeito, cabe-nos tratar também de descrever o nosso objeto de estudo e seu problema, ou seja, do fenômeno jurídico da *saisine* e sua eficácia presentemente, com a elaboração de argumentos baseados em princípios postos e o reconhecimento de exposição que produz uma dialética da percepção do senso (sentir; sentido) de justiça, na própria ordem do tempo desde que o mesmo foi

excogitado e posto em prática. Assim, esta prática também se lastreia na arte de sopesar as posições em movimentos de contraposição e quiçá complementaridade a estabelecer resultados; por fim uma possível posição sensata, ao se sopesar sobre esse problema da eficácia do *princípio de saisine* na prática do direito, que é o objeto desta envolvido nesta pesquisa.

Coube por isto, logo no início desta Introdução indagar pelo seu problema suscitado, ou seja, interrogar: Se uma “*coisa*” como esta, a saber, o fenômeno (*objeto*) do *princípio da saisine* - goza de suficiente eficácia? Sobretudo em matéria de doutrina jurídica e sua aplicação no direito sucessório e, em geral no âmbito do sistema jurídico brasileiro?

Neste sentido, também com o aparato do método, buscaremos estabelecer uma melhor percuciência desta pesquisa neste específico, diante do próprio fenômeno e seu movimento - também dialético – que se desdobra na ordem do tempo e metodologicamente o nosso problema se apresenta para ser analisado, que é próprio e inerente à investigação deste objeto de estudo: da eficácia do *princípio da saisine* em nossa realidade atual, situada no Brasil. Portanto, iremos discorrer também segundo o nosso método, sobre a origem histórica do *princípio da saisine* e seu desenrolar face a realidade em que é posto em sua problematização na ordem do tempo, a fim de obter os nossos resultados mais relevantes acerca desta pesquisa empreendida.

2.1 – O PRINCÍPIO DA SAISINE NO DIREITO ROMANO E FRANCO-GERMÂNICO: “O MORTO FAZ O HERDEIRO HERDAR”

Começemos este tópico por mencionar uma das bases culturais que o ocidente herdou, em termos de tomar de empréstimo algumas ficções, também muito utilizadas no mundo do direito. Aqui, poderíamos estabelecer um paralelismo da gravidade da questão da sucessão, entre o princípio da *saisine* e a tragédia de ordem sucessória de Antígona, de Sófocles (442 A.E.C)⁵¹. Onde mais definidamente o *princípio da saisine* consistiria em uma ficção dirigida à realidade das coisas e sua boa administração para se obter uma boa utilidade do patrimônio a ser usufruído, seja repartido ou sem sua necessidade óbvia.

⁵¹ SÓFOCLES. *Antígone*. Trad. J.B. de Mello Souza. Versão para eBooks.Brasil.com.2005.

Imaginemos assim, a condição de uma personagem como Antígona, ao reivindicar os restos mortais de seu irmão para poder celebrar um funeral digno à tutela da personalidade do “de cujus”, cuja memória requeria por direito de família à época, não ficar o corpo insepulto e honrar o patrimônio da memória ancestral familiar?

Embora a ficção da *saisine* não tenha sido inventada à mesma época desta célebre e clássica tragédia grega, escrita por Sófocles (442 A.E.C.) por volta de 18 séculos antes da prática do *princípio da saisine*, certamente tão bem engendrada é tal ficção em forma de princípio de *saisine* que se garante em seu estatuto de supra temporalidade, tal é o seu grau de fundamentação e universalidade; podendo alcançar uma tragédia que se fez a partir da disputa de quem teria maior direito quanto a suceder e se encarregar dos despojos do “de cujus”.

De um lado, na ótica do poder imanente do monarca Creonte de um reino com ascendência sobretudo familiar sobre seus dois sobrinhos, a um dos quais decretara que nada deveria deixar de herança em termos de vestígios de sua personalidade que fora extinta, cabendo-lhe ser esvaziado de todos os bens e direitos por trágica e cruel usurpação de poder, ao fim e ao cabo morto, e cujo cadáver deveria estar insepulto, comido pelas aves de rapina dos céus, somente restando como forma de lembrança a mais completa ignomínia e ultraje, inclusive quanto a tudo que lhe pertencera, tanto o reino que fora tomado como o direito sagrado da época em ser sepultado.

Neste movimento dialético, por outro lado, o direito da personalidade mesmo que sendo extinta, mas ainda merecendo o sepultamento digno à tradição imbuída nos ditames da consciência dos “deuses” a dizer também o direito, a ser - por assim dizer - tornado feito, positivado, como convinha na tradição sucessória familiar, atribuída a uma instituição divina, que com veemência desafiadora fora reivindicada pela irmã - Antígona - do seu dileto irmão Polínicos, se fundando em leis divinas e - portanto - eternas e imutáveis que devem ser vistas e respeitadas, ao ponto de desafiar as leis humanas, estas que emanadas do poder temporal de seu tio monarca, cuja desmedida decretação de ordem conferia ao outro irmão de Antígona e sobrinho de Creonte - também morto no confronto - Etéocles - as honrarias mantidas de acordo com a vontade dos deuses, deixando ver a parcialidade da decisão do novo monarca de Tebas, haja vista que “herdou” um reino que fora objeto de lide por usurpação; sucessor pois que investiu-se no espólio de forma despótica como

advertência para todo e qualquer que intentasse contra a sua herança adquirida pelo preço da violência.

Trata-se de confronto de vontades digno de uma lide familiar cuja violência é a marca do direito. Ao mesmo turno nesta luta por direito, a *hýbris* (a desmesura do arbítrio), a força persuasiva, não a pacificação, não a sucessão de ordem costumeira, como já conviria ao que é próprio em preencher com atos de justiça pelo princípio de *saisine*, que retira lacunas, apara arestas, afasta o descuido quanto ao espólio a ser protegido. Fora algo próximo à ficção tardia da *saisine* e à própria intuição da personalidade de Antígona, seria a sucessora de Tebas, além de ter de início podido honrar ao sepultamento do irmão ex-monarca que fora usurpado do trono familiar para governar o povo tebano. De resto, a tragédia se desencadeou em ruína de Creonte, que herdou o fracasso da autodestruição da própria organização familiar e por extensão, da governança justa da cidade de Tebas. Donde que, o seu obstinado e absoluto “direito” teve como equivalente a suma injustiça.

Este contraste acima, que entrelaça por assim dizer, de duas fórmulas de remédios, preparados para definir o exercício da justiça e do direito: Uma em forma do desfecho da tragédia Engenhosamente elaborada por Sófocles (442 A.E.C.) sobre a sucessão do poder transmitido; ao passo que outra fórmula - do *princípio da saisine*, sobre a sucessão legítima, quanto ao patrimônio a ser investido no direito de posse e propriedade do próprio corpo do *de cuius* (no caso de Antígona em disputa com Creonte), consistem em meios simbólicos interpretativos que oferecem uma certa noção do grau de abstração do direito e do justo na interpretação jurídica, que podem ser utilizados em proveito do que vem a ser o direito e o seu desafio interpretativo.

Ora, neste caso fictício, mas carregado de analogias a situações das mais diversas a ser dado um remédio, o menos trágico possível, pelo bem das vidas dos vivos em curso, quanto à fatalidade da extinção de alguma personalidade em um dado momento. Portanto, uma feliz ficção que busca dirimir eventuais problemas, a às vezes com grande gravidade, onde alguém que “sai da cena” da vida, o *de cuius*, e outrem sucede imediatamente, de forma necessária, de boa-fé, entrando na investidura de posse e propriedade do patrimônio por substituição *pessoal* subjetiva e após objetiva, um raciocínio sensato que afasta a indefinição e o desleixo com relação ao patrimônio, já reconhecida no mundo jurídico inteiro e, no entanto colocada por

vezes em esquecimento a importância de sua eficácia natural, simples mas precisa e necessária.

Neste sentido, queremos assim nos ater mais a esta segunda ficção colocada acima como remédio que *deve ser* em sua relevância normativa e principiológica ressaltada, emanada do direito medieval europeu ocidental do século XIII, chamado de *princípio de saisine*, sendo de suma importância neste âmbito da propriedade e administração das coisas da família e da ordem sucessória do patrimônio. Fica evidente aqui o sentido jungido a este princípio de cuidar, de dar prosseguimento para “pôr em ordem” o patrimônio do sucedido, pelo fato natural – irremissível - da morte e deste fenômeno surgindo as mais diversas repercussões no mundo jurídico a partir da ideia de *saisine*.

Deste modo, qual será o potencial de solução deste princípio quando foi engendrado ante o mundo real e jurídico ainda na idade média? Decerto que uma ficção voltada exclusivamente à feitura da justiça no mundo prático do direito real das coisas e as vontades envolvidas.

Será que este *princípio* significaria alguma evolução, algum aperfeiçoamento que o direito romano sofreu ao lidar por exemplo, com as coisas do *pater ou mater familias*? De saída, o mais significativo deste princípio é o fato de uma pessoa que vem a falecer e nesse momento da morte dessa pessoa, o patrimônio pertinente transfere-se para seu(s) herdeiro(s).

Então vejamos: tomando a perspectiva do direito comparado, seguindo a história do Direito, o termo *saisine* provém do vocábulo ‘*saisine*’, significando no francês medieval (provençal) ‘*sazina*’, cujo sentido é ‘posse’. E, embora esta palavra tenha parentesco com o verbo “*seize*”, com a possibilidade de significar “arrebatar”, tomar pela força algo imóvel, segundo OLCESE (2012, pág. 42), o seu sentido mais utilizado se consagrou na doutrina jurídica exatamente pelo contrário, ou seja: de posse mansa e pacífica, por investidura de direito (aqui *Droit de Saisine*) desta posse e cuja projeção se define na titularidade do bem que possa caber – por sucessão legítima (e/ou testamentária) a tal posse, para quem lhe é neste direito.

Destarte, tal significado interpretativo consiste em uma construção conceitual a partir da situação entre vontades em suas práticas, tanto na posse como gestão e ainda projeção ou expectativa legal e factual, formal e material na apropriação ou aquisição de propriedade(s), do patrimônio do sucedido para o(s) sucessor(es). Ora,

ainda neste senso interpretativo, o fato material da investidura da posse pressupõe como condição *sine qua non*, a admissão de pari passu presença de sistema jurídico gerado costumeiramente, no uso e propriedade corrente de bens, presente na definição da propriedade (material e formal), correspondente à realidade fática, com titularidade/propriedade do patrimônio, etc. Portanto, a facticidade da morte e o documento de personalidade formal, pessoa física extinta, declarada em registro de óbito que comprova o fato – também de “pessoa” para “de cujus”, abre o precedente formal advindo do da causa material (pessoa extinta) da sucessão àquele que foi sucedido: o “de cujus” (o ‘morto’ ou ‘extinto’). Eis o “que” que é ao mesmo tempo a “causa” para a transferência necessária e imediata a quem o patrimônio alcança e passa a se vincular invariavelmente: o(s) vivo(s)-herdeiro(s); quando sucessor legítimo ontologicamente já é apanhado formalmente pela lei como princípio vinculante ao sucessor: *o direito de saisine*.

Nota-se então que nas suas origens mais remotas, desde a idade média, a interpretação do *princípio da saisine* identifica tanto possessão quanto saisine como expressões sinônimas para o mesmo fenômeno jurídico. Desde o século XIII, tanto no direito franco-germânico como até presente (mas com alguns casos de precedentes para *distinguishing*)⁵².

A *saisine* medieval surge assim como um “remédio” do direito para o possuidor de um direito real das coisas. Primacialmente na relação entre o proprietário, que tem titularidade sobre um bem imóvel, por exemplo, transmitido por força do não seguimento de sua pessoa física, perpetuando-se o que é deixado pela posse e depois pela propriedade formalmente definida. A investidura da posse caracteriza também, ao longo do tempo, o fortalecimento dos laços de usufruto em continuidade da posse para então haver um resultado desenvolvido pela própria finalidade em explicitação e objetividade: a determinação definitiva da propriedade já foi transmitida de fato consumado.

Importante ressaltar aqui: com a investidura da posse deixada pelo sucedido (*de cujus*) ao(s) sucessor(es) da *saisine*, se faz em ordens de múltiplas espécies, a se precisar o que venha a ser primeiramente; em que consiste uma tal espécie de posse, em seu específico modo de ser objeto de *saisine*; a fim de que depois se possa

⁵² Sobre esta matéria, da *saisine* envolvida na construção do direito romano-saxão: OLCESE

distinguir em por fim entender de que forma se divide equanimemente o patrimônio, se for o caso (OLCESE, 2012, pág. 44).

No direito romano clássico, não se dispunha deste remédio jurídico, a ser levado a efeito e esgotado em suas possibilidades de interpretação do fenômeno sucessório, pois que gerado no núcleo motor da *saisine*:

No direito clássico os juristas romanos não conheciam a “*sucessio in singularis*” (*sucessão entre pessoas singulares*, grifo meu), uma vez que esta expressão foi introduzida nos textos clássicos por via de interpolação, realizada pelos compiladores do “*Corpus Juris Civilis*”. No direito clássico *sucessio* designava apenas, a sucessão universal; e tanto *sucessio*, quanto as expressões equivalentes a “*sucessio in totum et jus*” ou ainda “*sucessio in jus*”, não significavam no período clássico “*sucessão em direitos*”, mas sim “anteriormente ocupada por outrem. (ALVES, 2019, pp. 705-706).

Quer dizer que tal interpretação, da eficácia e força da *saisine*, em sua capacidade cogente ante o fato da morte, admite-se como causa de uma lógica da continuidade e transmissão a outrem por ligação singular, ou seja, personalíssima ao(à) herdeiro(a) identificado como sucessor, lógica essa fundada nesta condição existencial ontológica: do ciclo do viver e do morrer vinculado a outro elo com a vida (existência do herdeiro) que obriga e transmite o patrimônio. Esta inovação e mutação é inerente ao direito pós-clássico, estágio no qual os herdeiros diretos passaram a receber a “entrega” imediata do patrimônio do morto, que legalmente, por legitimidade “recebe” a “entrega” a posse e propriedade definitivas, em tempos distintos previstos em lei de inventário e assim em geral, o morto faz o herdeiro herdar.⁵³

Assim, este direito de *saisine* é fruto de uma transformação do direito feudal que articulava uma gramática jurídica voltada antes a “relações feudais de suserania e vassalagem, pelas quais se constituíam os direitos reais sobre a terra” (OLCESE, 2012, pp. 43-44). Tais relações marcadas em seu plano processual cuja posse daquele que a detinha fortalecia o direito de título de propriedade; passando a poder comprovar - por seu turno - o seu título. Destarte, ao se refazer se transformar, o “*Droit de saisine*” se consagra na doutrina jurídica francesa, tornando claro o fenômeno de transformações que sofre neste tocante, da sucessão patrimonial familiar como

⁵³ Como já fizemos referência, termo criado por STOLZE, in: <Der Tote erbt den Lebenden: o estrangeirismo indesejável, - Jus.com.br | Jus Navigandi> (2012). Último acesso em 27/11/2023.

imediate passagem dos bens do morto aos seus herdeiros, que recebiam então a propriedade e posse do patrimônio. Contudo, esta originalidade é atribuída ao brocado corrente no meio germânico, cujo senso ainda dominante e rebuscado é: “*Der Tote erbt den Lebenden*” (entendido em sentido mais apropriado: “O morto faz o vivo herdar”).

A partir desta peculiaridade dessas fórmulas acima, tanto em forma francesa provençal como em forma língua alemã, oriundas do direito feudal franco-germânico pós-clássico romano como se vê nas suas formulações, já se tem a saisine como princípio de aceitação ampla, isto é, estendida para o mundo inteiro do direito: Quando o sujeito morre, a sua herança é de imediato transmitida aos seus herdeiros legítimos e testamentários. Portanto, trata-se de uma ficção jurídica que atingiu o seu ponto de catalisação evitando que – durante o tempo que deve tramitar o inventário ou o arrolamento, afasta a hipótese de não haver titular.

Ainda neste sentido, aqueles que seguem vivendo perpetuam o fluxo do direito sobre o todo o patrimônio do falecido sem interrupção dos cuidados necessários, bem como dos princípios e finalidades constitucionais e infraconstitucionais sem interrupção igualmente co-vigentes nos âmbitos legal e real.

Por fim, quanto à fórmula embaraçada em língua alemã: “*Der Tote erbt den Lebenden*” que pode gerar não raro entendimentos equivocados, em termos de sua interpretação, que pode chegar a se ter um sentido completamente inverso ao que se propõe, na verdade consiste em que somente se tem como “herança” do vivo, a herança que foi transmitida pelo morto. Logo, os vivos são a própria “herança” daquele que foi “extinto” (com relação ao patrimônio deixado pelo “de cujus” para os seus legítimos sucessores e ou testamentários).

2.2 – O PRINCÍPIO DA SAISINE NO DIREITO BRASILEIRO

De acordo com o Alvará de 9 de novembro de 1754: transmissão imediata da posse aos herdeiros inscritos ou legítimos. Assento de 16.2.1776, a posse, de que trata o Alvará transmite-se ao mais próximo parente até o 10º Grau. A propriedade transmitia-se imediatamente com a morte, a posse dependia da qualidade do herdeiro, como aduz Clóvis Beviláqua, op. cit. p. 24: “Assim, no estado de nossa legislação anterior ao Código Civil, a propriedade dos bens de herança era transmitida, desde a morte do de cujus, aos herdeiros de qualquer categoria, incluídos mesmo os legatários, se o legado era

incondicional e recaía sobre coisa infungível”. (...) “Em resumo, a posse da herança era transmitida, de plano, somente aos herdeiros necessários, aos colaterais até o segundo grau por direito canônico, e ao herdeiro inscrito”. (JUNIOR: 2020, s. 07)

Como nota-se, esta epígrafe acima trata da recepção do direito sucessório e com este a saisine, sob nova mutação nova consumação em sua permanente presença como princípio de realização deste instituto, também presente no direito familiar, transmitido como praticamente um legado deste mesmo direito. Neste fenômeno há, assim, uma mutação por substituição de sujeitos de direito pelo princípio de hereditariedade em geral, aqui no Brasil, de ordem familiar. Neste sentido, também já notamos o engendramento que antecedeu na passagem no contexto interpretativo mais remoto e mais amplo - do tópico anterior - para este tópico, inclusive em mutação que se deu, mas conservando um núcleo essencial captado pelo mundo jurídico até a atualidade em que perdura este princípio de saisine.

Por conseguinte, nota-se claramente que em nossa sociedade, este instituto praticamente funda o direito sucessório, concedendo o condão de identificar na ordem temporal já a posse indireta do patrimônio de cuja pessoa extinta, adquirindo a designação de “*de cujus*”, gera simultaneamente o direito de posse – inclusive direta - e, ao longo do processo definindo-se em plena realização, da propriedade, sem interrupção da titularidade dos bens.

Já no contexto que alcança até os dias atuais, conserva essas mutações e as transforma em situação presente, mormente na vigência do Código Civil brasileiro (2002), em seu artigo 1.784, cuja premissa mais fundamental é da transmissão por sucessão familiar, onde o extinto é ao mesmo tempo causa da herança do herdeiro necessário legítimo e ou testamentário, assim disposto: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Assim, com base no disposto e outros previstos sobre o tema aqui tratado, neste capítulo cabe-nos tecer algumas considerações sobre o que a doutrina brasileira nos apresenta, em termos de entendimento já pacífico sobre *o princípio da saisine*, sua realização e eficácia.

Com efeito, ao tratar da origem e fundamento do direito das sucessões, GONÇALVES (2009, pág. 1,ss) destaca que o termo sucessão em sentido bem estrito é empregado “para designar tão-somente a decorrente da morte de alguém”, e continua alinhando sua interpretação, dizendo que “aquele de cuja sucessão se trata, enquanto herança também se aplica ao “de cujus” (*de cujus successione agitur*). Neste

sentido, é parte especial do direito civil, que regula a destinação do patrimônio de uma pessoa depois de sua morte” (2009, pág. 2). Assim, trata-se também de um direito que “deve” esgotar e efetivar “a ideia singela, mas imantada de significações, de continuidade para além da morte, que se mantém e se projeta na pessoa (*personae*) dos herdeiros” (Ibid. idem), interpretativamente conotando a situação de que a(s) pessoa(s) do(s) herdeiro(s) atendem à condição capaz de “vir ao lugar de alguém” (2009, pág. 2), que indica perfeitamente a ficção da *saisine* sendo reapresentada em nossos dias por este douto jurista. Saca-se desta interpretação que há aqui o paradoxo de ordem ontológica e lógica, simultaneamente, ao acontecimento inexorável da morte de alguém, em que se sucede o início da própria existência e “vida” do direito das sucessões, fenômeno que gera uma *força de lei* – de sucessão - e, assim, o princípio norteador sacado desde sua gênese entre o morrer e o seguir vivendo no encadeamento de elos (vidas), alcançando uma natureza de lei universal nestas condições específicas, mormente a *saisine* em sua definição, exteriorização de lei, efetivação do universal, necessária e objetivável para definir eficácia, relativamente também à satisfação de princípios constitucionais, sobretudo já elencados (na Introdução).

Mesmo que historicamente o direito sucessório possa remontar à mais alta antiguidade, já vimos que é incerto esta forma no período pós-clássico do direito romano, vinculando-se a uma certa noção de preenchimento de lugar de outrem, seja incerta ou não, posto que à procura de um “sucede a quem”, o fato é que tanto é ausente na Roma antiga, na Grécia e na Índia, segundo FUSTEL (apud GONÇALVES, 2009, pág. 3 ss.); ou seja, não há ideia de ocorrer tal alguma sucessão por fenômeno idêntico à *saisine* por laços de consaguinidade. Comparativamente, já no sistema jurídico brasileiro trata-se do contrário. Somente presente no ritual do culto realizado sobretudo pelo herdeiro na condição de sacerdote na religião, assumida em família; somente assim. Mas ainda ausente em sua inteireza na lei das XII tábuas romanas, onde se concedia a liberdade absoluta de testar reservada ao Pater famílias, a especificidade do *princípio de saisine* atuar por consaguinidade, como passamos a conhecer, somente se definiu mais estavelmente a partir do século XIII com sua origem franco-alemã.

Já com relação a indícios de que este traço encontrado nos dias atuais no sistema jurídico brasileiro, tenha sofrido um processo de formação até o século XIII,

nota-se que este princípio já era aderido por parentesco ou consanguinidade com relação ao “*de cuius*” no direito alemão do século XI (cf. GONÇALVES, 2009, pág. 4).

Ainda, segundo Gonçalves (2009, p. 04), a instituição de origem germânica foi definida enquanto “princípio” da “*saisine*” a sucessão na propriedade e a posse da herança, vinculada intrinsecamente aos herdeiros. Neste sentido, já na interpretação de Veloso (2002, pág. 1597), mais tarde, isto é, no século XIX, o código civil francês (*Code Napoléon*) reza que: “(...) os herdeiros legítimos, os herdeiros naturais e o cônjuge sobrevivente, recebiam pleno direito (*son saisis de plein droit*) os bens, direitos e ações do defunto, com a obrigação de cumprir todos os encargos da sucessão.(VELOSO, 2002, p. 1597). “

Destarte, é vigoroso o pressuposto iniciado historicamente pelos povos germânicos em geral, que no código civil alemão – o BGB, em seus artigos 1.922 e 1.942, seguindo o direito medieval, se entende postular o patrimônio do “*de cuius*” como efetivo direito do herdeiro necessário e legítimo, ou seja, um direito próprio em si mesmo, incontornável. Portanto, comparativamente, esta interpretação é muito próxima à codificação de nossa pátria (GONÇALVES, 2002, pág. 4).

Prosseguindo o nosso cotejo dos doutrinadores na interpretação deste fenômeno jurídico da *saisine* e sua eficácia, já de acordo DIAS enfatiza que os direitos personalíssimos não são transmissíveis nem são extinguíveis com o fato da morte de seu titular (cf. 2011, pág. 99 ss.). Por esta razão, segue-se por seu turno em se fazer ser chamados como sucessores enquanto sujeitos passíveis, aqueles que herdaram o patrimônio do titular extinto: o *de cuius*. Neste sentido, no rol legal há aqueles que por princípio de *saisine* são obrigatoriamente, ou seja, por previsão e determinação legal chamados à presença como necessários herdeiros. Em acréscimo, além de legítimos herdeiros, devem se presentificar diante do fato universal da “*causa mortis*”, descrita no registro civil, o óbito, que formaliza tal constatação, oficialmente reconhecida a extinção da personalidade. Portanto, no momento da morte se dá a sucessão hereditária.

Destarte, todo espólio ou patrimônio do falecido transmite-se de imediato ao(s) herdeiro(s), independentemente de qualquer formalidade. Esta interpretação mais uma vez reforça o que está contido no Código Civil de 2002, insculpido em seu Artigo 1.984, onde se diz: “Na falta de testamenteiro nomeado, a execução testamentária compete a um dos cônjuges, e, em falta destes, ao herdeiro nomeado pelo Juiz.”

Infere-se neste Artigo que a própria lei indicará e haverá necessariamente “alguém”, legalmente previsível a dar um passo adiante para então se incumbir do ritual do processo no levantamento e inventário do patrimônio, devidamente nomeado pelo Juiz. Trata-se da força universal do princípio da *saisine*, também amparada pela Constituição Federal de 1988, que reforça a necessidade uma vez que se relativiza este princípio somente face aos outros princípios elencados na Carta Magna, sendo assim objetivados esses princípios pela Justiça, na presença do Juiz. Trata-se de uma universalidade de natureza primacial, dada a sua capacidade de imantar outros princípios constitucionais em sua força de realização prevista pela Justiça brasileira para ser colocada em efetivação, promovendo justiça social, econômica, de dignidade dos herdeiros e/ou testamentários, sobretudo pelo seu viés de codificação civil-constitucional.

Nesta linha interpretativa de Dias o *princípio de saisine* investe o herdeiro da capacidade de “agarrar, prender, apoderar-se” (cf. 2011, pág. 107) do patrimônio do extinto, à medida em que se considera este, para todos os efeitos do direito, um “*de cujus*”. Termo jurídico cabível para estas prerrogativas legais com força de descerrar uma nova pessoa jungida à posse e ao título de propriedade. Este princípio trata então de facultar uma capacidade de ordem personalíssima em “entrar na posse e alienar para si bens que antes lhe eram, em princípio, alheios, pois pertenciam diretamente a outra pessoa física, que fora sucedida com a extinção de sua personalidade.

Já no viés interpretativo de VENOSA, a “*ficção medieval da saisine*” (cf. 2011, pág. 14) trata-se também de uma “*apreensão por direito natural*” (cf. *Ibid. idem*) e portanto necessária; figura oriunda do direito natural que por ser “necessária” passa então a ser “positivada”, ou seja, objetiva e formalmente torna-se uma “*ordem*” de natureza sucessória, a fim de que os bens, direitos e obrigações não sejam “desfigurados” de personalidade civil exigindo então uma personalidade sucedente, uma vez ocorrida a morte do sucedido enquanto titular que foi de algum patrimônio. Válido notar também, que na interpretação de VENOSA, tal reconhecimento e adoção de *princípio de saisine*, embora não sendo absoluta, pelas razões fundamentais já aludidas em sua força de eficácia, contudo é instituto que obriga suficientemente a vantagem de não correr risco de o patrimônio não se tornar acéfalo.

A acefalia do patrimônio associada ao mau uso e à sorte da manipulação podem se acomodar, e por vezes até mutuamente assumidos em perfis com

personalidade passadista, influenciando na demora de decisões judiciais relativos a partilhas de legítimos herdeiros e/ou testamentários do patrimônio do *de cuius*. Com efeito, a acomodação, a indolência o esbanjamento dos bens são tendências deste caráter passadista assumido na antiga conformação a ser ainda superada em vários estratos de núcleos sociais familiares que, encerrados em seus apetites, concorrem para contrariar o avanço patrimonial e a valorização das individualidades que queiram operosidade sobre o que lhes foi transmitido por direito hereditário ou testamentário. Urge assim, a necessidade da legítima ser partilhada como forma de concorrer à proteção do patrimônio próprios ao regime de propriedade familiar.

Segue-se que este regime atual passou a valorizar a propriedade privada, individualizando esta e harmonizando com o interesse social, na garantia do direito de herança (C.F. Art. 5º, Inc. XXX) e consagrando o direito de propriedade a ser constituída pela família em suas iniciativas individuais e concomitantemente como expressão social. Neste sentido:

“Não há como negar a relevante função social desempenhada pela possibilidade de transmissão *causa mortis*, pois valoriza a propriedade e o interesse individual na formação e avanço patrimonial, estimulando a poupança e o desempenho pessoal no progresso econômico, fatores que direta ou indiretamente, propulsionam o desenvolvimento da própria sociedade, como é consagrado o direito de propriedade (C.F. Art. 5º, Inc. XXII).” (CAHALI & HIRONAKA, 2014, pág. 25).

Destarte, como notamos neste cotejo de alguns juristas, intérpretes e doutrinadores do Direito, com relevantes apreciações sobre este *princípio de saisine*, tratando da *causa* e do *porquê*, de sua razão de ser – ter fundamento em permanecer e seguir sendo um princípio muito relevante a ser considerado no contexto da sucessão, não obstante suas diversas mutações - que exigem um tratamento hermenêutico-jurídico, em termos de interpretações em variadas perspectivas sobre o fenômeno aqui estudado, a fim de evitar a acefalia sobre os sujeitos legítimos que precisam ser invocados à obrigação de empossar, cuidar, administrar, assumir legítima parte, prevendo-se igualmente a partir de princípios, um *télos*, uma finalidade cabível à dignidade das pessoas envolvidas e chamadas à investidura de legítimos herdeiros e/ou testamentários (em mais restrita disponibilidade que na *saisine* dos

legítimos), jungidas(os) todos então intimamente ao patrimônio, como veremos a seguir.

2.3 – INTERPRETAÇÃO DO *PRINCÍPIO DA SAISINE* ALINHADO A PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA C. F. DE 1988.

(...) observância da legítima constitui uma das maiores restrições à autonomia privada e ao direito de propriedade constitucionalmente garantido no art. 5º, inciso XXII, da Carta Magna." (Júnior, 2020, tóp. 8).⁵⁴

Neste tópico trataremos de interpretar o *princípio da saisine* por sua força e determinação cogente, assumido no conjunto de outros princípios fundamentais, contidos na Constituição Federal de 1988, da República Federativa do Brasil. Neste sentido, consoante a epígrafe logo acima neste tópico, a *saisine* definitivamente é reforçada em sua subsunção em relação a princípios fundamentais do Direito Constitucional Brasileiro. Constatar-se-á que há uma vinculação profunda com os fundamentos constitucionais, sendo por isto a sua eficácia socialmente definida.

Assim sendo, o *princípio de saisine* forma elos fortes encobertos às vezes nas disputas de narrativas sobre direitos nesta matéria civil-constitucional, v.g. com princípios da dignidade da tutela da família, das garantias do direito de herança, dos herdeiros que foram feitos por esta força *da saisine*, em elo íntimo com a própria dignidade da pessoa humana de cada herdeiro, e por sua vez, garantindo a sua titularidade de propriedade, passa-se à possibilidade de realização - *in concreto* - da função social da propriedade privada recebida por *saisine* também. Assim, verificou-se:

(...) acerto do legislador constituinte consagrar, entre outros direitos e garantias fundamentais, a sucessão hereditária (C.F. Art. 5º, Inc. XXX: é garantido o direito de herança), como é consagrado o direito de propriedade (C.F. Art. 5º XXII). (CAHALI & HIRONAKA, 2014, pág. 25).

⁵⁴ JÚNIOR, Mairan. **8. A Legítima e Seus Mecanismos de Tutela** In: JÚNIOR, Mairan. **Sucessão Legítima: As Regras da Sucessão Legítima, as Estruturas Familiares Contemporâneas e a Vontade**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/sucessao-legitima-as-regras-da-sucessao-legitima-as-estruturas-familiares-contemporaneas-e-a-vontade/1199049501>>. Último acesso em: 1 de dezembro de 2023.

Como se vê, a constituição federal não tolhe a *saisine*, antes a fomenta e a realiza em harmonia com os princípios constitucionais, como já dissemos – inclusive cláusulas pétreas; por isto, acresce e reembase a força cogente sobre os herdeiros, tornando-a nesta mutação um direito de parte especial, pois amalgamado em *cláusula de pedra*. Todos adquirem vigor de lei destacada relevância. Por isto, conferem e endossam o ‘porquê’ da relevância da *saisine* hodierna no Brasil, no seu “para que”, o seu caráter igualmente teleológico: uma efetividade a ser fruída embasada pelo padrão hierárquico das *cláusulas pétreas* da Constituição Federal de 1988, que definem melhor assim a sucessão da legítima.

Assim, está aliado pois, o *princípio da saisine* no Brasil, aos princípios constitucionais, (como já fizemos notar desde a introdução desta pesquisa, à pág. 9) todos estes detêm força de lei constitucional que presume e restringe o interesse privativo exclusivamente unilateral, sem incluir as outras partes no que lhes é de igual direito sucessório. Esta função é, antes de tudo, socialmente relevante, para o desenvolvimento adequado da família e da propriedade privada, do patrimônio dos bens administrados, numa definição eficaz jungida a uma base constitucional.

Assim, fazer o que deve ser feito; a obrigação de fazer relativamente à distribuição social da riqueza familiar é imperioso nesta definição da *saisine* – inclusivamente ao núcleo familiar, entendido igualmente como uma singularidade da *célula mater* na construção da sociedade de modo benéfico. Logo, o possível dano doloso quanto ao patrimônio familiar também se refere ao tolhimento da realização de princípios fundamentais constitucionalmente previstos na realização do próprio princípio da *saisine* e sua definição. Trata-se então da definição eficaz do “*droit de saisine*”, a mais precisa e verdadeira “*adequatio objectum ad rem*”, a adequação do objeto (patrimônio) à coisa em si (que é a pessoa física do herdeiro), em sua dignidade de pessoa humana, sem dúvida alguma, um ponto de vista especial do direito das coisas, também próprio ao sistema jurídico brasileiro hodierno.

Ora, segue-se que em seu para quê, sua finalidade – a *saisine* e os princípios constitucionais fundamentais fundam equidade social em sua eficácia jurídica; isto é, em termos contributivos e distributivos, e, por conseguinte, na razão direta devem tolher gestos arbitrários de concentração de poder sobre a partilha de forma exclusiva e unilateral por uma das partes envolvidas na sucessão. Isto ocorre então, a restrição, para evitar arbitrariedades unilaterais de vontades particulares em detrimento de uma

partilha coletivamente justa, inclusive na família, de acordo com a ordem jurídica do direito brasileiro.

Neste sentido, o “para quê” que também aqui perquirimos, quer dizer, da finalidade maior, escopo de justiça possível, que seja a mais equânime e igualitária possível, a ser aplicada aos casos concretos deste tema, segue-se uma eficácia do sistema do direito brasileiro cancelada doravante pelo viés de conotação de analogada à *clausula pétrea* nutrida constitucionalmente. Logo, a mais adequada e equânime justiça social extensível objetivamente, à luz do Direito civil-constitucional pátrio. É o que se tem como resultado até o tempo presente em termos de justiça possível a ser protegida, incidindo incontrovertidamente – como veremos neste desenvolvimento progressivo da interpretação constitucional relativamente ao *princípio da saisine* - em matéria sucessória e do direito familiar.

O *princípio de saisine* está assim, entrelaçado invariavelmente com a promoção da riqueza econômica partilhada, que é socialmente fundamental à ordem econômica pluralmente existente, *aí* na nossa realidade existencial. Por isso permite-se estimular a circulação e prosperidade do patrimônio no usufruto e propriedade deste desde o mais íntimo reduto do núcleo familiar (Cf. JUNIOR, 2020, top. 8). Portanto, a sucessão assim vista, deve ocorrer - ao fim e ao cabo - no concurso da realização concreta da dignidade da pessoa humana de cada integrante da sucessão de forma equânime e igualitária, prevista em lei. Assim, tanto da memória do espólio deixado pelo *de cujus*, dirigido ao patrimonial familiar, e assim para cada *persona* que legitimamente deve fazer *jus* e passa a ser chamada para administrar como titular(es) da ordem patrimonial em seu devido e distinto direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana é cogente, atuando no sentido de incidir sobre cada elemento estruturante das repercussões e efeitos do fenômeno sucessório. Esta autonomia é intrínseca à intimidade familiar do herdeiro sucessor legítimo. Logo, o vetor da autonomia é formado/mediado e transformado na família; esta que é também visto como uma instituição-base na formação da sociedade, inclusive em pluralidade, em formação hoje em vários arranjos singulares, não obstante permanece e presentifica-se a autonomia, na qualidade de pessoa e de ente familiar a um só fenômeno, no espaço formativo social. Desta sorte, diversos outros agrupamentos sociais estão articulados socialmente por estas relações jurídicas. Segue-se que, cada pessoa em sua dignidade se encontra em condição de pessoa

para obrigação e fruição; podendo ser entendido como um dos vetores do *para quê* da eficácia do *princípio da saisine*. E não finaliza neste ponto de eficácia, pois a função social da propriedade privada se completa, fazendo-se necessário assumir uma função econômica produtiva relevante, em caso de divisão na forma de partilha, ser repartida respeitando os princípios constitucionais. De maneira que não interfira dolosamente numa das partes, no rol dos herdeiros da legítima. Portanto, estes passam a ocupar o lugar personalíssimo na investidura da propriedade assim como nas incumbências, gerados pela *Saisine*, assumido como princípio condutor/regulativo-normativo contido no fulcro deste princípio de realidade objetiva: “o morto faz o herdeiro herdar.”⁵⁵

Ademais, estes dois princípios - concomitantemente – produzem a força de lei que disciplina a situação jurídica, juntamente com os elementos próprios integrantes do fenômeno da *Saisine* seguindo a uma realização plena na sucessão ao atingir por princípios, fins civis e constitucionais. Tais fins conferem unidade e harmonia enquanto escopo de segurança jurídica. Por conseguinte, os elementos subjetivos e objetivos devem normativamente ser acionados no conjunto da situação jurídica da sucessão em cada caso. Nada está assim separado de forma incomunicável ou estanque na dinâmica de realização do *princípio da saisine*, posto que:

“Agem, concomitantemente, sobre todo o conjunto de elementos integrantes do fenômeno sucessório e disciplinam esta situação jurídica complexa. Merecem destaque, por serem princípios vetores na definição dos elementos do fenômeno sucessório e, dessa forma, na produção de efeitos jurídicos; os princípios da autonomia privada e da saisine, cuja principal consequência é a transmissão imediata dos bens e o princípio da legalidade, na sucessão legítima.” (JUNIOR, 2020, tóp. 7).

A regulamentação, pois, com a devida tutela normativamente prevista, por este dois vetores acima citados por razão da “*mortis causa*” determina a destinação, remetendo aos sucessores enquanto destinatários e estes se definem em subsunção à previsão legal que define e detalha por princípios que conformam a distribuição da herança segundo uma finalidade mais abrangente e acima dos interesses de grupos

⁵⁵ STOLZE, Pablo, in: <Der Tote erbt den Lebenden: o estrangeirismo indesejável, - Jus.com.br | Jus Navigandi> (2012). Último acesso em 27/11/2023.

em manipular, omitir, sonegar em proveito próprio os quinhões de patrimônio a ser fixados como conteúdos. Neste sentido, nota-se que este princípio de saisine em sua eficácia torna-se pedra angular na realização da própria autonomia do sujeito e pessoa, legítimo herdeiro ou testamentário na arquitetura jurídica sucessória e na partilha de legítima. Destarte, as obrigações daí derivada devem ser atos que se produzam desenvolvimento, progressos na dinâmica da sociedade:

“Compreende-se por autonomia privada o poder outorgado ao indivíduo para legitimamente criar normas jurídicas, assumindo obrigações ou exercitando direitos; de modo a poder atuar e desenvolver sua potencialidade como agente produtor de riquezas; de poder celebrar atos e negócios jurídicos e, dessa forma, desenvolver seu patrimônio jurídico, atender as necessidades, contribuindo para a própria sociedade.” (JUNIOR, 2020, Top. 3.1.1).

A autonomia privada do herdeiro ou do testamentário, visto enquanto pessoa em sua intimidade familiar que requer proteção, tutela do Estado, se realiza neste percurso iniciado pelo desencadeamento do *princípio da saisine*. Ora, fora o fenômeno “*mortis causa*” na facticidade da existência que invocou tal exercício da autonomia privada, e por isto, requer tutela de Estado a cada momento que esta mesma realização seja ameaçada em seu auto regulação em função do cumprimento da ordem jurídica prevista em lei. O patrimônio, pois, não pode ser objeto de ameaça a dano e fraude, subversão de sua finalidade para cada quinhão deste, caso haja, de tal modo que devem ser dispostos de forma a regulamentar e produzir os efeitos visíveis. Tais efeitos, como já indicamos em várias passagens atinentes aos direitos fundamentais, devem obedecer a estes sobretudo na finalização harmônica contida na Constituição de 1988, digno de relembrar:

1 - Artigo 1º, Inciso III (C.F. de 1988): “- **a dignidade da pessoa humana**”;

2 – Art. 226º (C. F. de 1988): “**A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.**”

3 – Art. 5º, Inciso XXIII (C. F. de 1988): “**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: (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (...).” (grifos meus).

Seguindo esta perspectiva interpretativa, como afirma LOBO “O *Law in Books* foi ignorado pelo *Law in Action*”⁵⁶(2014, pág.36). O direito em ação se afirma como princípio de primazia da realidade social brasileira, e ao mesmo tempo desconsidera o testamento (registrado em livro, v.g. na forma de um testamento cerrado), demarcando uma mutação na força ampliada da *saisine* e diminuição da força testamentária da vontade exclusiva do testador, que passou a ser mais restrita em seus direitos de testar. Ao se “dizer o Direito” nesta matéria, portanto, a sucessória, a o direito da *saisine* recebe reforço e se reforça alinhada a princípios constitucionais no Brasil.

A sucessão legítima, em seguindo-se à partilha de legítima, deve ser o curso natural desta matéria, sobretudo na ordem do direito de família em sua parte especial. Pois é fruto dos valores sociais que embasam a eficácia social da vigência, com a *saisine* praticada por todas as classes na sociedade brasileira, de forma massiva inclusive:

(...)Além da ascensão dos valores e princípios sociais, que marcaram a trajetória do Direito privado, principalmente a partir do início da segunda metade do século XX, com especial destaque à função social da propriedade, que se convertem em princípio fundamental na Constituição de 1988 (LOBO, 2014, pág. 36).

Logo, neste compasso segue-se a primazia da realidade social, como aporte básico e fundamental na efetivação plena da *eficácia da saisine* em sentido civil-constitucional, uníssonos em finalidades; tal eficácia está *na saisine* jungida aos outros princípios fundamentais constitucionais já elencados logo acima em sua urdidura de vetores de realização do *princípio da saisine*. O testamento passa a dispor de uma condição secundária.

Foi assim ultrapassada esta forma de raciocinar a sucessão, de um direito do papel monopolizado tão somente pela vontade exclusiva do proprietário dos bens a se sobrepor ao interesse maior da função solidária da família na divisão social interna à *célula mater*, inerente ao mais íntimo respeito à privacidade e dignidade pessoal de

⁵⁶ LOBO, Paulo. *Direito Constitucional à Herança, Saisine e Liberdade de Testar*. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família – vol. 09, Belo Horizonte: 2014, 369p.

cada herdeiro legítimo, já desde o ato *da saisine* vinculado ao destino ou fim social do patrimônio familiar. Com efeito, cada personalidade deve ser protegida dos eventuais abusos de vontades que arbitrariamente tentem se sobrepor a este consagrado direito da *saisine* que recebe constitucionalmente a destinação de efetivação de princípios de ordem fundamental, posto que por isto mesmo *cláusulas pétreas*: que não podem ser demovidas, suprimidas, postergadas, e nem sequer intencionalmente canceladas à sorte do acaso. Ficando apenas ressalvados os casos previstos em lei, de incapacidade mental ou por idade.

Ora, a lei dos livros colocada em relação de oposição à lei da ação na vida real, também corrige assim, possíveis contendas familiares que se dão como conflitos de poder concentrado em foro familiar. Apesar da antiga mentalidade presumir tanto poder concentrado, que era acompanhada por copiosa literatura jurídica da doutrina especializada, a mesma foi superada pela própria força dinâmica do potencial de realização, eficácia, do princípio da saisine alinhado na ordem de realização dos princípios assentados em cláusulas pétreas da atual Constitucional. Seguir em sentido contrário a este aqui preconizado pela interpretação jurisprudencial, significa entrar em choque, colidir ontológica e logicamente contra o cume da hierarquia, a fonte maior e mais fundamental do sistema jurídico brasileiro, incidindo em atos de inconstitucionalidade apodítica.

Neste sentido, ainda, a ideia de prevalência do testamento anterior à sucessão legítima de ordem familiar, não mais pode demarcar a primeira *ratio* dos horizontes jurídico-interpretativos sobre sucessão e herança. No passado, do Código Civil de 1916 e da constituição de 1967, por ausência dos elementos subjetivos inerentes à dignidade das pessoas na condição de sucessores legítimos, assim como da tutela da ordem familiar sucessória, a ser protegida em sua força de *saisine*, com benfeitorias economicamente satisfatórias, administração da posse legal à qual se lhe foi imposta por lei de *saisine*, de fazer frutificar o patrimônio para não deixar ao abandono, evita o favorecimento excessivo. Segue-se daí que não é mais tolerável ao indivíduo, embora autônomo, a sobreposição e imposição unilateralizante que, em se valendo de seus direitos de pessoa em sua dignidade, suprime e se coloca como detentor exclusivo do direito de *saisine* e dispositivos constitucionais, excluindo à conveniência de preferências de ordem passional, por laços de afeto de ordem patológica. Trata-se de uma flagrante violação a quem componha a legítima partilha

do patrimônio e por isto tenha direito que precede por ser respeitado, tutelado e compartilhado segundo cada fração aquinhoadada a cada herdeiro titular de saisine. Portanto, o código civil de 1916 embora deixe alguns hábitos arraigados nesta matéria tratada, não deve ser o diapasão para produzir a harmonia necessária atual desses arranjos familiares múltiplos e diversos em suas caracterizações, em termos de partilhas de legítima atual.

Antes era o testamentário o detentor exclusivo da vontade para todos; e cuja vontade última era inamovível, ao mesmo tempo que *conditio sine qua non* prévia, primaz a influir na ordem sucessória sem, contudo, se garantir antes os direitos dos entes envolvidos em sua realidade mais concreta nos arranjos familiares. Hoje, quer dizer, com a Constituição vigente em nosso País e o novo código civil de 2002, há uma ênfase maior ao que ocupava um segundo plano no C.C.-16 e na C.F. de 1967, da herança legítima. Com efeito, temos o fato que a legítima passou a dispor de maior força de legitimidade na ordem sucessória, sobretudo de 1ª linha, perfilando com o princípio de saisine, um redirecionamento teleológico, um fim mais bem justificado, pois que relativizado, mas reforçado e conservado sob maior força, pela comunicação com esses *princípios* ‘relativizadores’: outros princípios tocados por grau mais elevado na pirâmide hierárquica do Direito: Princípios Constitucionais Fundamentais⁵⁷. A realidade social se assenta nas relações intersubjetivas entre pessoas que, dignamente precisam realizar suas capacidades, com direito à integridade de sua subsistência material e suporte psíquico-moral-espiritual, de modo que não sofra danos materiais e/ou de ordens variadas, ao se presumir direitos a fruir de ordem sucessória também. Além disso, tendo as famílias como bases da construção das relações na sociedade, é notório que o princípio de realidade social conter muito maior peso na direção de realização desses princípios. Assomem-se a estes aspectos, a função social que as famílias devem desempenhar na formação ativa de pessoas autônomas cuja tutela o Estado deve promover e prover, colocar ao alcance como

⁵⁷ Sobre esta matéria de importância maior, da realização desses princípios constitucionais fundamentais, que aqui destacamos três deles os mais importantes correlacionados e “relativizadores” mas reforçadores do princípio da saisine, indicamos leitura de **MORAES**, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais; teoria geral: comentários aos arts 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 12 ed. S. Paulo: Atlas Ltda. 2021. E outro de muita importância para entender a arquitetura desta relação aos princípios constitucionais com normas dos nossos códigos, neste caso, do C.C.-02 de onde se evoca o direito da saisine: *Direito Constitucional – atualizado até EC 115, de 10.02.2022*. 38 ed. Revista e atualizada. S. Paulo: Atlas Ltda, 2022. O princípio da saisine está posto em nosso ordenamento jurídico em profunda ligação com tais princípios fundamentais, se interconecta com eles e faz “comunicação de vasos”, formando uma universalidade harmônica, ou seja, em sua integralidade, sobretudo partindo do princípio de reafirmação das leis da vida real hodierna.

mediador principal destas virtualidades em termos de fundamentos de realização plena de vontades verdadeiramente livres: legitimamente autônomas e construtoras das relações econômicas, sociais, morais, no meio do espaço das sociedades.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de conclusão teceremos então algumas considerações, no sentido de notar alguns resultados. Com efeito, a Constituição de 1988 consolidou radicalmente a mudança de paradigma do conceito individualista e liberal das titularidades, como senhorio intocável sobre as coisas, para a subordinação daquelas à função social. Visto que, em tempos recuados da humanidade, nos inícios do processo de socialização mais frequente foi a propriedade coletiva, a principal forma de transmissão de patrimônio; pois inexistia em sua definição concreta, a propriedade individual, os titulares eram reconhecidos como possuidores, os clãs tribais mais próximos, por parentesco e práticas afins, em termos de hábitos morais também. A formação de núcleos sociais esvaziava a possibilidade de fundamento do direito sucessório de modo individual, singular (cf. CAHALI & HIRONAKA, 2014, pág. 22ss.).

Por conseguinte, não havia razão de ser para existência da transmissão do patrimônio no modo *da saisine* quando comparado ao longo do medievo, a partir do séc. XIII até tempos hodiernos: Transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir em sua individualidade, assumida pessoalmente pelo seu registro de confirmação de extinção de pessoa física.

Mas com a evolução das formações sociais e afetivas familiares, a transmissão da vida de pessoa física que sucede, hereditariamente na instituição familiar reconhecida por força do direito, permite a própria perpetuação de um direito transmitido de pai/mãe/avô/tio, etc. para seu(s) herdeiro(s), seguindo-se os testamentários e demais possíveis habilitados. Portanto, hodiernamente no Brasil, socialmente apreende-se a continuidade dos núcleos sociais que transmitem sucessivamente aos legítimos herdeiros para que fruam e favoreçam, multipliquem socialmente o patrimônio herdado que foi transmitido individualmente a cada um conforme o seu direito real em sua plenitude. Transforma-se assim o patrimônio em bem para uma finalidade social. Na herança, o herdeiro recebe assim para manter e

acrescentar um *plus* socialmente reconhecido, em comparação à aquisição primeira dos bens adquiridos pelo titular-herdeiro.

Portanto, nestas considerações finais de ordem interpretativa, colocam-se na linha de uma lúcida consideração, acerca da realidade das leis de ação inerentes à vida real no âmbito pátrio, de significativa mudança; quando comparadas as situações obliquamente com relação ao antigo regime do direito sucessório, do C.C./16 e C.F./67, que foi ultrapassado e fazendo-se mister atualmente recolocar a questão da eficácia da *saisine*, como fizemos neste percurso da pesquisa, trazendo à ordem do dia a sua importância capital, por prevalência do próprio princípio de realidade objetiva *da saisine* nos moldes das sucessões atuais:

Não admitida a transmissão hereditária, falta ao indivíduo incentivo para amealhar e conservar a riqueza, sendo provável que consagre os últimos anos de sua vida a esbanjar um patrimônio que não pôde deixar aos seus entes queridos. Tal comportamento representa prejuízo para a sociedade. Ademais, raramente deixaria de ser burlada, pois, através de doações, ou de liberalidades simuladas em negócios onerosos, o titular tentaria transmitir seu patrimônio a seus herdeiros. (RODRIGUES, 1997, pág. 6).

Consequentemente, é por este risco que preponderava no passado e ainda podendo ameaçar a sucessão legítima que, na atualidade, o direito das sucessões está fundado naqueles mencionados princípios constitucionais, aliados à continuidade de força de lei da *saisine*, todos orientados à frutificação da livre iniciativa do interesse privado voltado à uma função social. Acrescente-se finalmente a mudança de paradigma que impõe uma consideração prioritária ao interesse social, inclusive quanto ao direito da propriedade familiar ao prever a individualização da herança pela partilha de legítima autenticamente declarada, e não mais tanto à herança pelo papel da vontade do testador. De resto, nem a origem biológica ou não biológica dos filhos, a nulidade do casamento ou o divórcio terão capacidade presuntiva legal de negar o igual direito sucessório dos descendentes.

Com base nesta asserção acima e uma vez colocado este estudo a partir da hipótese já mencionada na Introdução deste trabalho de pesquisa, que seguiu em responder durante todo o seu percurso, que vale lembrar: 'Haveria como possibilidade de realização deste *princípio de saisine*, algum conjunto de finalidades a ser satisfeitas, a se combinar concomitantemente, a fim de ocorrer uma plena realização

do direito neste tocante, da sucessão do patrimônio deixado por alguém?’ Como podemos notar nesta altura do percurso, tais ditames existem sim e estão ancorados em princípios sólidos, de ordem civil-constitucional, dentre outros. Notamos então que adquirem a forma de *princípios* com finalidades materiais próprias, para ser fruídos nas experiências sociais em nosso País de modo a fazer prosperar social, economicamente, culturalmente em suas diversas expressões axiológicas. Desta forma, significam uma nova necessidade, em termos de lei em ação, no dizer aristotélico: *actualitas* (atualização máxima); fazendo operar conformidade com direitos personalíssimos, para fruição em sua plenitude, conferindo sentido de patrimônio útil à sociedade. Já não apenas garantias apenas “previstas em lei”, das leis dos livros, testamentos exclusivistas, etc.

Há assim, *pela saisine* e demais princípios constitucionais aqui aludidos detidamente, podemos notar que existe uma *força de lei* operativa, facultada juridicamente a ser aplicada nas circunstancialidades de ordem prática, caso a caso, em ser *a saisine* direcionada por princípios mais fundamentais sem negá-los a ao mesmo turno levar a pleno efeito a tutela de garantias fundamentais. Permite-se neste sentido, a efetivação plena de alguns princípios caros teleologicamente orientados aos beneficiários responsáveis pelo patrimônio herdado, e seguir o viés fazer fluir e de “fazer fruir” das garantias que apenas na forma da lei não são ainda o escopo central do princípio de *saisine* aliado em sua eficácia aos princípios por nós já destacados neste tema da pesquisa.

Encontram, por fim, tais princípios constitucionais fundamentais harmonizados com o *princípio da saisine*, a sua razão de ser na própria realidade social vivida, donde provêm as leis da vida em ação, mais íntima até e mais objetiva, posto que inerentes aos direitos fundamentais dos sucessores. Visto que, a concretização plena destes direitos sob tutela do Estado, em cada caso socialmente posto, seguindo na harmonização das normas de ordem infraconstitucional e em alinhamento às cláusulas constitucionais indispensáveis em ser observadas no âmbito jurídico, como evidenciamos ao longo deste estudo.

Resta também por fim, algo a falar sobre a tutela do Estado no que concerne a este tema *da saisine*, pois a proteção em defesa intransigente que *só* deve ser aos legítimos herdeiros por este instituto, diante das eventuais práticas de atos de liberalidade de fundo meramente egoístico, pois de ordem exclusivista a um

“preferido(a)” em detrimento de suprimir direito líquido e certo por força da saisine; atos que tendem a dar privilégios a algum(ns) ente(s) na medida em que atua excluindo outro legítimo herdeiro na posse e, por esta investidura, a propriedade em forma de titular de direito. Ora, não tão raro ocorre supressão por sobreposição do direito de um dos sucessores legítimos por hereditariedade, preteridos por motivos ou escolhas meramente decorrentes de caprichos e indiferença ao consagrado direito aqui tratado. Afinal de contas, são homens que lidam com leis e não estas em si mesmas teriam o condão de dirigir de per si os atos próprios à sucessão por saisine em sua maior plenitude. Com efeito, tão importante é este detalhe da boa administração do patrimônio recebido por saisine, que na hipótese de sonegação de bens do rol do patrimônio, de propriedade do “*de cujus*” que faz o herdeiro herdar, não se permite causar dano material, psicológica, moral, etc. a nenhum dos herdeiros. A forma desproporcional na distribuição do patrimônio, por motivação egoísta pode produzir assim injustiças graves. Negação de titularidade, seja por deixar indefinição no levantamento de bens, seja ocultando documentos de propriedade em benefício próprio, para adiar a partilha e se apoderar do que seja de todos, uso unilateral abusivo, sem contrapartidas de equidade do todo do patrimônio, passa então a ser mais que urgente a garantia de tutela daquilo que necessita ser partilhado equitativamente:

A sonegação de bens de herança constitui infração grave; consiste em o herdeiro a quem cabe o dever de declarar os bens hereditários apresentando a respectiva relação, omitir nessa relação algum ou alguns bens, não por mera negligência, mas por dolo. No conceito, do dolo cabem tanto as manobras ativas como as dissimuladas (LOBO, 2018, pág. 2016).

Neste passo, requer buscar ao máximo atender ao princípio de realidade fática a se definir em convergência e consonância da realidade jurídica atual, a fim de garantir de pronto a continuidade das possíveis relações e situações jurídicas necessárias aos atos perfeitos desta ordem, para cessar o risco de ausência de direção tutelada equanimemente pelo Estado diante da morte do titular, permitindo conceder a cada sucessor específico o que seja exatamente o seu quinhão na ordem sucessória legítima, pondo em prática a autêntica justiça: “(...) apto a preservar na fruição e gozo dos direitos inerentes a titularidade e, conseqüentemente, propiciando

a produção de riquezas e o atendimento das necessidades. (JUNIOR, 2020, tóp. 7.1.2) “.

Portanto, antes trata-se de melhor seguir os princípios norteadores civis-constitucionais, vistos ao logo desta pesquisa, segundo o postulado de que toda herança tem herdeiro(s) e, mesmo que ausentes os herdeiros ou testamentários, bem como antes que tal situação ocorra do Estado a assumir a titularidade. Fica muito evidente, enfim: Uma nação socialmente próspera se faz com o justo uso de sua riqueza, inclusive pelo *direito da saisine*.

REFERÊNCIAS

1. _____. **Direito Constitucional – atualizado até EC 115, de 10.02.2022**. 38 ed. Revista e atualizada. S. Paulo: Atlas Ltda, 2022.
2. BARRETO, Vicente P. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. 2ª ed. Revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.
3. BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10 ed. S. Paulo: Saraiva Jur. 2022.
4. BERGE, Damião. **O Logos Heraclítico – Introdução aos Estudos dos Fragmentos**. Rio de Janeiro: Instituto nacional do livro, 1969.
5. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil – promulgada em 05 de outubro de 1988**. 28 ed. S. Paulo: EDIPRO, 2019.
6. BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Planalto, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l110406.htm>. Último acesso em 25/11/2023.
7. CARRALI, F.J.; HIRONAKA, G.M.F.N. **Direito das Sucessões**. 5 ed. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos tribunais, 2014.
8. DIAS, Maria B. **Manual das Sucessões**. 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
9. FERRAZ Júnior, Tercio S. **Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: Atlas S.A., 2003.
10. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 1999.

11. GAGLIANO, P.S.; PAMPLONA, R. F. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. São Paulo: Saraiva, 2017.
12. GODOY, Arnaldo.: **Roscoe Pound e a diferença entre a lei dos livros e da vida real**. Conjur. Embargos Culturais, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-abr-27/embargos-culturais-roscoe-pound-diferenca-direito-livros-vida-real/>>. Acessado pela última vez em 05/12/2023.
13. GONÇALVES, Carlos R. **Direito das Sucessões**. Vol. VII. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
14. JÚNIOR, Mairan. **Sucessão Legítima: As Regras da Sucessão Legítima, as Estruturas Familiares Contemporâneas e a Vontade**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020.
15. JÚNIOR, Mairan. **Sucessão Legítima: As Regras da Sucessão Legítima, as Estruturas Familiares Contemporâneas e a Vontade**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/sucessao-legitima-as-regras-da-sucessao-legitima-as-estruturas-familiares-contemporaneas-e-a-vontade/1199049501>>. Acesso em: 29 de novembro de 2023.
16. KANT, IMMANUEL. **A fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: C.E.N.:1964.
17. LIMA, S.M.S. **O Princípio da Saisine do Direito Sucessório**. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/artigos/o-principio-da-saisine-do-direito-sucessorio/653016956>. Último acesso em 30/11/2023.
18. LOBO, Paulo. **Direito Constitucional à Herança, Saisine e Liberdade de Testar**. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família – vol. 09, Belo Horizonte: 2014.

19. MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Metodologia do trabalho científico**: projetos de pesquisa, pesquisa bibliográfica, tese de doutorado, dissertações de mestrado, trabalhos de conclusão de curso. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
20. MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais; teoria geral**: comentários aos arts 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 12 ed. S. Paulo: Atlas Ltda. 2021.
21. NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 28ª ed. Rio de Janeiro: Gen/Ed.Forense, 2022.
22. OLCESE, Thomas. **Formação Histórica da real property law inglesa**: tenures, states, & trusts (Dissertação de Mestrado). São Paulo: FACULDADE DE DIREITO DA USP, 2012.
23. PEREIRA, Caio M. S. **Instituições de Direito Civil – Sucessões**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. VI.
24. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. 22ª tiragem. S. Paulo: Saraiva Jur, 2018.
25. RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Direito das sucessões**, vol. VII. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
26. SÓFOCLES. **Antígone**. Trad. J.B. de Mello Souza. Versão para eBooks.Brasil.com.2005.
27. VELOSO, Zeno. **Novo Código Civil Comentado**. Coord. Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002.
28. VENOSA, Silvo S. **Direito Civil**. Vol. VII – Direito das Sucessões. São Paulo: Atlas, 2011.

29.VV. AA. **Vade Mecum Saraiva**. 34^a ed. S. Paulo: Saraiva Jur, 2023.

O DIREITO DA POPULAÇÃO TRANS PARA QUEM SEGUE O PROCESSO DE RETIFICAÇÃO DE NOME E GÊNERO.

Elba Alayde Cardoso Soares
Marcel Silva Luz

RESUMO: Apresenta uma análise sobre o direito da população trans para quem segue a retificação de nome e gênero em documentos oficiais, considerando o princípio da dignidade humana e o direito à autopercepção. Considera a retificação um processo pelo qual uma pessoa transgênero pode alterar seu gênero e nome legalmente registrados nos documentos oficiais de forma extrajudicial para que correspondam à sua identidade de gênero auto identificada. É realizada uma revisão bibliográfica de cunho exploratório sobre o tema, analisando os desafios enfrentados por pessoas trans durante esse processo, como estigma social e obstáculos burocráticos. Além disso, o artigo discute a relevância da autodeclaração na retificação de gênero, enfatizando a importância de eliminar requisitos discriminatórios e a necessidade da intervenção do legislativo. A garantia o direito à retificação de gênero não enseja apenas uma questão de igualdade, como também a promoção da dignidade e os direitos humanos da população trans.

Palavras-chave: Direitos da população transgênero. Retificação de nome. Retificação de gênero.

ABSTRACT: *This article presents an analysis of the rights of transgender individuals to rectify their gender and name in official documents, considering the principles of human dignity and self-perception. It views rectification as a process through which a transgender person can change their legally registered gender and name in official documents extrajudicially to align with their self-identified gender identity. The study conducts an exploratory literature review, analyzing challenges faced by transgender individuals during this process, such as social stigma and bureaucratic obstacles. Additionally, the article discusses the relevance of self-declaration in gender rectification, emphasizing the importance of eliminating discriminatory requirements and the necessity for legislative intervention. Ensuring the right to gender rectification is not only a matter of equality but also promotes the dignity and human rights of the transgender population.*

Keywords: *Transgender rights. Gender Rectification. Name Rectification.*

1 INTRODUÇÃO

“Transexualidade”, anota Maria Helena Diniz (2010, p. 284), “é a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto”. Ou seja, é uma condição na qual uma pessoa não se identifica com o gênero que lhe foi atribuído no nascimento. Pessoas transexuais frequentemente passam por um processo chamado transição de gênero para alinhar sua expressão de gênero e identidade de gênero com sua identificação de gênero verdadeira. Isto, em muitos casos, envolve adoção de um nome que corresponda à sua identidade, como também a retificação do gênero.

Uma das principais barreiras enfrentadas pela comunidade trans é a dificuldade de obter a retificação do nome e gênero no documento de identidade para refletir a autopercepção de gênero. Neste artigo, vamos abordar o processo de retificação de nome e gênero dessas pessoas, destacando os direitos e privilégios aos quais todos devem estar amparados.

A antiga Lei Registral (LRP 58) consagrava o princípio da imutabilidade relativa ao nome, reivindicando que só era possível vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, provando-se erro ou falsidade do registro (CC 1.604). O que atuava como um grande obstáculo da obtenção de alteração de nome e gênero por parte das pessoas trans.

Contudo, houve significativa alteração pela Lei nº 14.382, de 27 de junho de 2022, onde assegura a retificação de nome para quaisquer pessoas que tenha alcançado a maioridade, não somente os transgêneros, de forma imotivada. Vejamos:

Art. 56. A pessoa registrada poderá, após ter atingido a maioridade civil, requerer pessoalmente e imotivadamente a alteração de seu prenome, independentemente de decisão judicial, e a alteração será averbada e publicada em meio eletrônico.

Para a retificação de gênero, no entanto, não foi criada nenhuma lei específica. Apesar disso, a jurisprudência passou a permitir a alteração e reconhecer a adequação do registro civil, em consideração ao princípio da dignidade humana, podendo ser feita sem a obrigação de ação judicial, não havendo sequer necessidade de impelir a realização de cirurgia de redesignação.

Tal entendimento se originou a partir da ADI 4275 do STF ao julgar o recurso extraordinário 670.422, no qual entendeu que a alteração do prenome e do gênero eram tidos como direitos fundamentais, sendo necessário apenas a manifestação da vontade. Sendo assim, se tornou um passo importante para amparar as pessoas que seguem este processo, como também, auxiliar na criação de um ambiente mais seguro e justo para todas as pessoas trans, “Afinal, não é justo que se imponha a um semelhante o suplício de ser aquilo que ele não é, sob pena de se lhe negar o superior direito à felicidade. (Stolze; Pamplona Filho, 2020, p.135).

A partir disso, o processo de retificação de nome e gênero ganhou mais força. O Provimento nº 73 28/06/2018 foi elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)°, afim de estabelecer o procedimento para a realização da alteração dos documentos através dos Ofícios de Registro Civil:

Art. 2º Toda pessoa maior de 18 anos completos habilitada à prática de todos os atos da vida civil poderá requerer ao ofício do RCPN a alteração e a averbação do prenome e do gênero, a fim de adequá-los à identidade autopercebida.

Deste modo, resta claro a importância da ferramenta da retificação de nome e/ou gênero, na qual permite que as pessoas trans possam alterar seus documentos oficiais e refletir sua identidade de gênero, de modo que deve ser visto como a garantia de vários direitos fundamentais, tais como os direitos da personalidade.

O atual cenário normativo brasileiro impulsiona e desafia uma liberdade cada vez maior na alteração do prenome e gênero das pessoas transexuais, inclusive nos registros de casamento e de nascimento dos filhos, sob pena de revelar situação discriminatória, que não deve ser tolerada em nosso sistema constitucional. (VITOR ALMEIDA, 2023, [s.p])

Contudo, nem todas as pessoas têm acesso fácil aos recursos necessários para realizar o processo de retificação de nome e gênero. Pois, apesar de poder ser feito de forma extrajudicial, há a necessidade de emitir certidões que precisam de pagamento, o que pode ser caro e inacessível para muitas pessoas.

Esse processo pode ser bastante burocrático e demorado, com prazos e exigências que podem dificultar a realização da alteração nos documentos oficiais.

Isso pode causar transtornos e atrasos, pois muitas vezes essas pessoas precisam dos documentos atualizados para acessar serviços básicos, como saúde e educação.

Mesmo quando a retificação de nome e gênero é realizada de forma legal, ainda podem enfrentar discriminação e preconceito por parte de instituições e indivíduos que não reconhecem ou respeitam sua identidade de gênero. Isso pode levar a situações constrangedoras e até mesmo perigosas, como a exposição a violências físicas e verbais.

Apesar da regulamentação do processo de retificação de nome e gênero pelo CNJ, ainda há diferenças entre os estados brasileiros em relação aos procedimentos e exigências para a realização da alteração nos documentos oficiais. Isso pode gerar confusão e dificuldades para as pessoas transgênero que precisam realizar a retificação em diferentes estados.

Profissionais de diferentes áreas, como atendentes em órgãos públicos e profissionais de saúde, muitas vezes não têm conhecimento ou o treinamento necessário para gerar a sensibilidade em relação às questões de gênero e identidade de gênero, o que pode levar a situações constrangedoras e desrespeitosas.

Para buscar entender todas as nuances desse procedimento no nosso ordenamento jurídico, juntamente com o caráter social, tem-se como objetivo principal analisar os obstáculos à retificação de nome e gênero de pessoas trans, tendo em vista as limitações ao acesso extrajudicial. Nesse caráter, como objetivos específicos tende-se a observar um breve histórico da retificação de nome e gênero no Brasil; demonstrar como se dá o processo de alteração do nome e do gênero; examinar se há, de fato, a mitigação do acesso à retificação e suas respectivas causas; e verificar a repercussão omissão legislativa

O Estudo buscará entender, como a falta de informação, a omissão legislativa e o injustificável preconceito afetam a moral e o direito no contexto da retificação de nome e gênero de pessoas trans?

2 BREVE HISTÓRICO DA RETIFICAÇÃO DE NOME E GÊNERO NO BRASIL

Até pouco tempo, havia a patologização da transexualidade, referindo a prática de considerar a identidade de gênero de uma pessoa trans como uma condição patológica ou mental.

Historicamente, era utilizado o termo transexualismo sendo inclusa no Código Internacional de Doenças na categoria de Transtorno de Identidade Sexual, tendo sido somente em 2018, quase 30 anos depois, que a OMS reconheceu não se tratar de uma doença, sendo classificada agora como uma “incongruência de gênero”, saindo efetivamente da categoria de transtornos mentais para integrar o de “condições relacionadas à saúde sexual. “Em outras palavras, deixou de ser um problema psíquico e passou a ser tratado como um problema sexual.” (TURTUCE, FLÁVIO, 2020, P. 183.)

Essa despatologização foi um avanço importante no reconhecimento da identidade de gênero das pessoas trans e na promoção de seus direitos humanos. Um dos reflexos, de fato, é a garantia do direito ao nome, isto pois, como preceitua Zeno Veloso (2021) “O direito ao nome e o direito de usar o nome são direitos da personalidade, fundamentais, em regra, intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

Nesta situação, surge a prática do uso do nome social, que de acordo com Cunha (2018), é o meio pelo qual uma pessoa se reconhece perante a sociedade, mesmo que não revele seu nome real conforme registrado em seus documentos de identificação. Em várias ocasiões, as leis do país já reconheceram a obrigação de respeitar o nome social das pessoas trans, especificando que ele deve ser usado para se referir a elas em serviços de saúde públicos, registros eleitorais, escolas e outras instâncias.

Contudo, o uso do nome social, mesmo com fulcro em garantir os direitos da personalidade, atuando afim de diminuir os impactos prejudiciais do preconceito e da discriminação, ainda assim, não se faz o suficiente, pois “Em todas as outras dimensões da vida terão que continuar se submetendo a todas as situações vexatórias e humilhantes e portar documentos em completa dissonância com suas performances de gênero” (BENTO, 2014, p.175). Tendo em vista o conflito entre o nome e o gênero. Leandro Cunha (2018) reflete sobre o tema:

De plano questionamos a necessidade de que tal informação seja consignada em tais documentos, entendendo que, além de ser dado cujo conhecimento se mostra irrelevante para o restante da sociedade, tem o condão de expor informação situada em âmbito dos mais íntimos da existência da pessoa. Por indicar, ordinariamente, a concepção física genital da

pessoa (ao menos originalmente, a constatada quando do seu nascimento), revela informação situada na esfera da privacidade, mais especificamente da intimidade da pessoa, a qual tem todo o direito de querer mantê-la dessa forma e não se ver compelida a torná-la pública a toda e qualquer pessoa a quem tenha que apresentar seus documentos.

Logo, diante dessa obrigação de constar sexo nos documentos oficiais e o conflito que isso gera acerca do gênero, quando um indivíduo se reconhece como transgênero, surgiu a necessidade dessa população adequar seu prenome e gênero nos documentos de identificação, recorrendo de prantos ao poder judiciário, afim de resguardar suas garantias e interesses. No entanto, essa situação era cansativa devido à lentidão do sistema judicial e à falta de certeza sobre a aprovação do pedido, considerando as muitas decisões anteriores.

Atualmente, é possível realizar a alteração do nome e gênero nos documentos sem a exigência de procedimentos cirúrgicos ou intervenção judicial. Contudo, há pouco tempo atrás a situação era diferente e o processo era árduo.

Foi em 2009 que ocorreu o importante primeiro passo para a facilitação da retificação de forma menos burocratizada, quando o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do REsp 1.008.398 decidiu favoravelmente o recurso de uma mulher trans que havia passado pela cirurgia de transgenitalização, na qual buscava a alteração tanto do nome, quanto do gênero registrado em sua certidão de nascimento.

A Ministra Nancy Andrighi salientou a importância de se ter reconhecida sua identidade sexual e em como isso reflete, para essas pessoas, ter uma vida digna:

Vetar a alteração do prenome do transexual redesignado corresponderia a mantê-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos, que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o recorrente depende da alteração solicitada.

Posteriormente em 2017, houve mais um avanço no entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando a 4ª Turma no Recurso Especial 1.626.739/RS decidiu que a alteração poderia ocorrer independentemente da realização da cirurgia de adequação sexual, sendo necessária a comprovação judicial da condição. O

Relator Luís Felipe Salomão sustenta que a simples mudança do nome das pessoas transexuais não atende ao propósito de proteção estabelecido na norma jurídica subordinada e também não aborda a necessária realização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Ainda esclarece que:

[..] se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante no registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade.

Nesse sentido, estabeleceu ainda merecer evolução o entendimento jurisprudencial que o STJ adotou de ser possível a alteração de nome e do sexo/gênero em casos que houve a cirurgia de transgenitalização, “Tendo em vista que a recusa de modificação do gênero nas hipóteses em que não realizado tal procedimento cirúrgico ofende a cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana.” (STJ, REsp. 1.626.739/RS, 4.^a Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 09.05.2017, DJe 1.^o.08.2017).

Essa decisão promoveu uma mudança pois, até então, a retificação somente era possibilitada para pessoas que tivessem passado pelo processo da cirurgia de redesignação sexual.

Após intensas discussões aos longos dos anos na qual gerava insegurança jurídica, O Superior Tribunal Federal (STF), ao julgar o Recurso Extraordinário 670.422 (Tema 761 da repercussão geral), e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.275 estabeleceu o direito de pessoas transexuais e transgêneros solicitarem a alteração de nome e gênero no registro civil, sem precisar passar pela cirurgia de redesignação sexual. A maioria dos ministros decidiu que não é mais necessário obter autorização judicial para requerer a alteração no documento, podendo ser feita diretamente no cartório de registro civil.

No entanto, o Ministro Marco Aurélio defendeu a imposição de requisitos para a realização da modificação, tal qual a idade mínima de 21 anos e a necessidade de um diagnóstico médico emitido por uma equipe multidisciplinar, além de um acompanhamento mínimo de dois anos conjunto. De acordo com as palavras do Ministro “É inaceitável no estado democrático de direito inviabilizar a alguém a escolha

do caminho a ser percorrido, obstando-lhe o protagonismo pleno e feliz da própria jornada”.

Do mesmo modo, a Ministra Carmen Lucia evidencia o direito de ser diferente e único:

[..] E, por isso, acho que, quando nós dizemos isso, somos todos iguais, sim, na nossa dignidade, mas temos o direito de ser diferentes em nossa pluralidade e nossa forma de ser.

[..]
no direito à dignidade na nossa essência humana e no direito de ser diferente, porque cada ser humano é único, mas os padrões realmente se impõem. E o Estado há que registrar o que a pessoa é e não o que o Estado acha que cada um de nós deveria ser, segundo a sua conveniência.

Em seguida, após as decisões do STF e STJ, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou provimento 73/2018, que futuramente veio a incorporar-se no Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça através do provimento 149, estabelecendo diretrizes para o processo de alteração de nome e sexo de pessoas trans nos cartórios de registro civil.

De acordo com essa normativa, pessoas de 18 anos nas quais não se identifiquem com o gênero indicado no seu registro de nascimento, independente de terem feito ou não a cirurgia de redesignação sexual, tem o direito de solicitar a alteração de forma extrajudicial. “Em termos gerais, a norma administrativa apresenta os requisitos formais para que ocorra tal alteração, sendo criticada por alguns registradores e especialistas da área por trazer muitos entraves burocráticos para tanto”. (Tartuce (2020, p. 183).

Já a partir de 2022, a Lei dos Registros Públicos (14.382) alterou seu artigo 56, permitindo que qualquer pessoa maior de idade, independentemente de ser transgênero ou não, possa solicitar a mudança de prenome a qualquer momento, sem a necessidade de autorização judicial ou sequer justificativa, o que só era possível um ano após atingir a maioridade.

Essa modificação na legislação pode tornar irrisória as realizações anteriores, porém continuam significativas, pois a recente Lei de Registros Públicos não trata de maneira explícita questões relacionadas à sexualidade ou à capacidade de modificar a indicação do sexo nos documentos.

Entretanto, apesar da nova Lei de Registros Públicos excluir a necessidade de certidões negativas, para a população trans ainda são exigidas, de acordo com os padrões do Provimento 73/2018, dificultando, em sua maioria, a efetividade do direito de retificar tanto o nome, quanto o sexo/gênero em seus documentos oficiais.

Em 26 de setembro de 2023, a Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça (CNN/CNJ) emitiu os Provimentos n. 152 e 153 para aprimorar o procedimento extrajudicial de registro e alteração de nome civil e gênero feitos por pessoas trans. Especificamente revisou os artigos previamente estabelecidos no Código Nacional por meio da incorporação do antigo Provimento CNJ nº 73/2018. Nesse processo de atualização, foi abolida a faculdade anterior de apresentação de laudos médicos ou psicológicos que comprovassem a transexualidade. Além disso, foi simplificado o procedimento para os pedidos de alteração feitos por brasileiros que residem no exterior, agora podendo ser encaminhados de forma mais direta às autoridades consulares.

O histórico da retificação de nome e gênero no Brasil demonstra um progresso notável em direção à igualdade e ao reconhecimento dos direitos das pessoas trans, embora haja ainda muito trabalho a ser feito para garantir uma plena inclusão e respeito pela diversidade de identidades de gênero no país, que veremos ao longo desse estudo.

3 COMO SE DÁ O PROCESSO DE ALTERAÇÃO DE NOME E/OU GÊNERO DE FORMA EXTRAJUDICIAL

Em paralelo com o ano de 2009, os dias atuais oferecem uma perspectiva bem mais favorável para a população trans no Brasil, em razão de, hoje, qualquer pessoa que não se identifique com o gênero que lhe foi designado possa fazer a alteração somente do nome, gênero ou ambos, no registro civil sem a necessidade de cirurgias, tratamentos hormonais ou sequer decisão judicial, resguardando de uma vez por todas o direito fundamental desse grupo que há tanto tempo ansiava por uma conquista.

Assevera Luís Roberto Barroso em sede do retromencionado recurso extraordinário 670.422 que:

O processo civilizatório é um certo compromisso de fazer com que todas as pessoas consigam realizar em plenitude os seus projetos de vida e as suas personalidades. Qualquer vida desperdiçada é uma perda para a humanidade. Portanto, não permitir que as pessoas coloquem a sua sexualidade onde mora o seu desejo e que sejam tratadas socialmente da maneira como se percebem é uma forma intolerante e cruel de viver a vida.

Nos dias atuais, a retificação pode ser feita de forma extrajudicial nos cartórios, acompanhando as regras do Código Nacional De Normas, agora atualizadas pelo Provimento n. 152/2023, que padronizou a averbação da alteração, como também trouxe orientação em face do procedimento a ser seguido.

É importante salientar que esse processo é confidencial e sigiloso, o que significa que na certidão não haverá qualquer indicação da mudança; essa informação será registrada apenas no livro arquivado no cartório.

Com isso, de junho de 2018 a dezembro de 2021 houve 6.123 mudanças de nome e gênero em Cartórios. E em 2022 o Brasil registrou um aumento de 70% de mudanças feitas diretamente no cartório, tendo sido realizados 3.164 procedimentos de alteração, enquanto em 2021 foram 1.863, de acordo com o levantamento da Arpen (Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais, 2022).

3.1 ALTERAÇÕES: O QUE E QUEM PODE REALIZAR?

Seguindo as diretrizes do Provimento n. 149/2023 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é possível que qualquer indivíduo com 18 anos ou mais, plenamente capaz para os atos da vida civil, solicite a mudança do nome e gênero na certidão de nascimento ou casamento junto ao cartório de registro civil de origem, sem a necessidade de envolver o sistema judiciário (§1, art. 516)

Assentada a seguinte Tese definida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário 670.422/RS:

O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa

O §2º e 3º do mesmo artigo ainda esclarecem acerca do que pode ser alterado, como adição ou remoção dos agnomes indicativos de gênero, tal qual filho, júnior, neto, etc. Sendo possível apenas a alteração do prenome, ou seja, o primeiro nome do indivíduo, no qual não abrange os sobrenomes, tal qual nomes de famílias.

Contudo, pessoas com menos de 18 anos que desejam solicitar a mudança do nome e gênero em seus registros civis devem fazê-lo através de um processo judicial, o qual requer a autorização dos pais ou representantes legais.

Ademais, uma das exigências na qual não há uma concordância geral por parte dos especialistas no tema, se refere em caso de o requerente possuir filhos, isto pois, é exigido para a alteração do registro dos descendentes, a concordância dos mesmos quando relativamente incapaz ou maiores, ou de ambos os pais, caso sejam menores de 16 anos (§2º, art. 552)

Esta norma é emblemática, pois desconsidera a identidade de gênero das pessoas transexuais e ignora completamente sua atual expressão de vida no contexto dos registros oficiais. Ao exigir a aprovação dos filhos, do pai ou da mãe para a alteração no registro, ela reforça a ideia de apagar a identidade da pessoa transexual. Vitor Almeida (2023) destaca:

A bem da verdade, revela norma discriminatória e atentatória à dignidade humana, bem como a não averbação em nada mudará o fato do ascendente ser pessoa transexual e já ter alterado seu prenome e gênero em seu assento registral. Nem seria cabível suscitar o melhor interesse de crianças e adolescentes, uma vez que não é o fato de o pai ou a mãe ser transexual que violaria tal princípio, mas sim um exercício irresponsável da parentalidade. A eventual discriminação e preconceito sociais que o filho venha a sofrer não é de responsabilidade do pai ou mãe transexual, mas sim um grave sintoma de uma sociedade flagelada pelo estigma e exclusão.

Existe também outra exigência inadequada, nos casos em que o requerente seja casado, que diz respeito à anuência do cônjuge, para a devida averbação da alteração de prenome e gênero no registro de casamento. (§3º). É no mínimo incompatível manter uma certidão de casamento com informações nas quais não refletem mais sua identidade, em razão de uma resistência por parte do cônjuge, no qual está plenamente autorizado a via do divórcio devido a insuportabilidade da vida em comum. Ainda que o provimento autorize uma intervenção judicial em caso de

recusa na averbação (§ 4º), já se afasta da mínima intervenção estatal nas relações de família, sendo assim “Não há fundamentos razoáveis para tal sujeição da identidade à anuência de outra pessoa, ainda que filho ou cônjuge. A identidade de gênero é constitutiva da existência da pessoa em sua intrínseca dignidade e não se submete ao aval alheio para sua concretização” (ALMEIDA, 2023).

Nesse contexto, o Provimento 73/2018 do CNJ representa uma iniciativa significativa para garantir o direito à alteração do nome e gênero de pessoas transexuais. Ao buscar padronizar o procedimento cartorário em todo o país, o provimento apoia a decisão do STF sobre o assunto. Contudo, a exigência de consentimento dos filhos ou cônjuge para a inclusão nos registros de nascimento e casamento demonstra uma preocupação excessiva com a suposta segurança jurídica. Essa exigência não respeita, em nome da dignidade humana, a identidade de gênero e o livre desenvolvimento da personalidade das pessoas transexuais, o que revela sua inconstitucionalidade à luz dos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição.

3.2 PASSO A PASSO: COMO REALIZAR A MUDANÇA EM CARTÓRIO?

O requerente deve apresentar todos os documentos requisitados no §6º do Provimento 149/2023 do CNJ em um cartório de registro civil mais próximo e declarar sua vontade de proceder a adequação da sua identidade perante o nome, gênero ou ambos. Tais como:

- I – Certidão de nascimento atualizada;
- II – Certidão de casamento atualizada, se for o caso;
- III – cópia do registro geral de identidade (RG);
- IV – Cópia da identificação civil nacional (ICN), se for o caso;
- V – Cópia do passaporte brasileiro, se for o caso;
- VI – Cópia do cadastro de pessoa física (CPF) no Ministério da Fazenda;
- VII – cópia do título de eleitor;
- IX – Cópia de carteira de identidade social, se for o caso;
- X – Comprovante de endereço;
- XI – certidão do distribuidor cível do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);

- XII – certidão do distribuidor criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);
- XIII – certidão de execução criminal do local de residência dos últimos cinco anos (estadual/federal);
- XIV – certidão dos tabelionatos de protestos do local de residência dos últimos cinco anos;
- XV – Certidão da Justiça Eleitoral do local de residência dos últimos cinco anos;
- XVI – certidão da Justiça do Trabalho do local de residência dos últimos cinco anos;
- XVII – certidão da Justiça Militar, se for o caso.

A certidão de nascimento precisa ser emitida com no máximo 90 dias, caso ultrapasse os dias estipulados, há a necessidade de procurar o cartório de registro para emissão de novas. Entende-se pela Lei de Registros Públicos, a gratuidade da segunda via da certidão de nascimento, para aqueles que declararem hipossuficiência, porém, esse entendimento não é pacificado perante os cartórios, havendo a alternativa de solicitar gratuidade por meio da Defensoria Pública, o que se estende também a certidão dos Cartórios de Protesto, necessária para o trâmite.

Após reunir todas as documentações exigidas, já é possível se direcionar ao cartório de registro de pessoas afim de requerer a retificação, juntamente com o requerimento declarando sua vontade de proceder à adequação da identidade. Há exigência, pelos cartórios, de pagamento de taxas que variam conforme os estados da federação.

A partir disso, o oficial irá verificar todos os documentos, além de tomar como livre a manifestação expressa. Se houver suspeita de fraude ou má-fé, esses elementos servirão como base para recusa do procedimento, sendo encaminhado para o juiz corregedor. Caso contrário, em situações acordadas fará a alteração no registro e comunicará aos órgãos expedidores. Posteriormente retornará ao cartório em dia agendado em busca da certidão já alterada.

Importante ressaltar que não se está restrito a usar o cartório onde foi registrado inicialmente. Em outras palavras, em caso da pessoa interessada em fazer a retificação viver em uma cidade diferente daquela em que nasceu ou foi registrado, o cartório encaminhará a documentação para o cartório de registro original e receberá

a certidão com as informações corrigidas.

O próximo passo é providenciar a alteração nos demais documentos de identificação, para que assim seja completa e satisfatória o reconhecimento da identidade de gênero perante o próprio indivíduo e a sociedade.

Apesar da retificação extrajudicial ser um avanço para a população trans em termos de garantias individuais, considerando os direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana., ainda há muitos entraves para que esses direitos sejam resguardados na íntegra. É importante admitir que alguns dos dispositivos existentes criam desafios de natureza econômica, administrativa, social e até mesmo burocráticas que dificultam a plena realização dos direitos das pessoas transgênero, aspectos esses abordados na sequência.

4 MITIGAÇÃO DO ACESSO À RETIFICAÇÃO E SUAS CAUSAS

Em 2023, foi publicado um dossiê pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil (Antra) revelando que, apenas no ano de 2022, 131 pessoas transexuais foram vítimas de assassinato no país. Alguns dos maiores obstáculos relacionados à transfobia incluem estigmatização social, barreiras legais, acesso limitado a serviço de saúde, dificuldade de inserção no mercado de trabalho. Logo, esse entendimento acarretou algumas ações afim de combater a discriminação sistêmica contra indivíduos transgêneros.

Apesar de as leis brasileiras permitirem que pessoas trans retifiquem seu nome e gênero nos registros civis desde 2018, a falta de acesso efetivo impede que esse direito seja plenamente exercido. Mesmo com resoluções do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que garantem às pessoas transgênero o direito à retificação de nome e gênero em seus documentos, o procedimento esbarra em falta de informação e conscientização, muitas burocracias, custos elevados, resistência e discriminação, que acarretam muitas vezes em transfobia. Ou seja, verdadeiros obstáculos para alcançar o principal objetivo do procedimento, tornando o acesso integral ao direito de retificação de prenome e gênero por meio cartorial ainda uma realidade não concretizada no Brasil.

Isto, pois, se deve ao fato da retificação de nome e/ou gênero ter se estabelecido como um direito a partir de uma decisão judicial, havendo uma carência

enorme por parte do poder legislativo, ensejando a falta de força normativa afim de que tal direito seja plenamente exercido. Leandro Reinaldo Cunha (2023) assevera que a situação jurídica atual das pessoas transgênero no Brasil, no que diz respeito à possibilidade de modificar seus documentos de identificação para alinhar seu nome e gênero à sua identidade de gênero, mostra alguma melhoria em comparação ao passado. No entanto, essa evolução é mais notável devido às ações do Poder Judiciário do que do Legislativo, que ainda demonstra hesitação em atender plenamente às necessidades desse grupo.

É possível observar a dificuldade enfrentada através da pesquisa Diagnóstico sobre o acesso à retificação de nome e gênero de travestis e demais pessoas trans no Brasil feita também pela ANTRA, donde demonstrou que 63,57% das pessoas que participaram da pesquisa não conseguiram realizar a retificação na documentação. Sendo o motivo dessa dificuldade refletida no excesso de burocracia advinda do Provimento 73 e o alto custo dominando, como principal obstáculo, com 73% dos consultados. Em relação ao tema:

A garantia e a adoção de procedimentos menos burocráticos pelo Estado para a adequação do prenome à realidade autopercebida pela pessoa trans exige respeito aos valores constitucionais e às garantias relacionadas aos direitos humanos. Negar ou dificultar a alteração da identidade social produz inúmeros prejuízos que, somados a questões de preconceito e racismo, traz um sofrimento imensurável para a dignidade e a plenitude das relações sociais das pessoas trans, além de impedir, injustificadamente, a exteriorização integral do “ser” dessas pessoas. (Nota Técnica PFDC nº 1/2023)

Apesar de em 2022 ter sido registrado um aumento de 70% no número de pessoas que prosseguiram com a retificação de nome e gênero através do cartório (ARPEN, 2022), ainda é considerado um número baixo, tendo em vista a população trans e não binária ser estimada em 3 milhões de pessoas (Menon, 2023).

Logo, observa-se que na prática, a ampla lista de documentos exigidos pelo regulamento, além do custo das certidões solicitadas, cria-se complicações que se transformam em desafios significativos para alcançar o objetivo central do processo.

4.1 O PROVIMENTO DO CNJ E SEUS ENTRAVES

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento 73, datado de 28 de junho de 2018 com o intuito de aprimorar o desempenho dos órgãos prestadores de serviço notariais e de registro em suas responsabilidades. Este provimento tem como foco principal regulamentar a averbação da mudança do prenome e gênero nos registros de nascimento e casamento de pessoas transgênero no âmbito do Registro Civil das Pessoas Naturais, fazendo com que padronize em todo o país o processo extrajudicial de alteração do nome e do gênero de indivíduos transexuais, evitando variações regulatórias entre os estados que poderiam entrar em conflito com a decisão da Corte Constitucional. Posteriormente esse provimento foi incorporado ao Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/ CN/CNJ-Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registro, através do provimento 149/2023.

Contudo, em contramão aos fundamentos da decisão do STF, há, sem dúvida, uma notável discrepância entre o direito reconhecido e sua efetiva realização.

Um dos grandes motivos é a exigência a apresentação de extenso rol de documentos, como já mencionado anteriormente. É como preceitua Márcia Fidélis Lima, membro do IBDFAM, a oficiala de registro civil “O Provimento 73 do CNJ trouxe a prometida regulamentação ao ato de averbação que altera o registro civil dos transgêneros, mas nos surpreendeu negativamente com o nível de dificuldade imposto à realização do ato”.

A mesma faz um paralelo onde tais exigências sequer são feitas à alteração de nome após o casamento, ou até mesmo filho maior que é reconhecido pela mãe ou pelo pai e deseja alterar o sobrenome. Sobressaltando a incompatibilidade com a tese do STF através da ADI 4275 sobre não haver a necessidade de nenhum requisito imposto, além da simples manifestação da vontade por parte da pessoa que deseja adequar seu nome e gênero ao que lhe convém.

Essa dificuldade é notória dado ao fato de que a maioria das pessoas nessa comunidade se encontra em uma situação de extrema vulnerabilidade social, já que se faz necessário reunir até 17 documentos de acordo com o documento do CNJ, onde é bastante possível que nem todos consigam adquirir online; muitos deles

precisam ser obtidos pessoalmente e levados aos cartórios para dar início ao processo, o que pode ser um desafio significativo para essa população e acabar impedindo o acesso.

Maria Berenice Dias questiona a necessidade de apresentar tantos documentos e destaca que, em situações semelhantes, como quando uma mulher adota o sobrenome do marido após o casamento, nenhum documento é requerido. “É uma tentativa de barrar o avanço significativo da decisão do STF. É, no mínimo, retrógrado. O CNJ tem mostrado um perfil que não corresponde aos avanços que a Justiça vem garantindo neste século à essa população tão vulnerável, que é a população LGBTQ+”. (DIAS, 2018).

Ademais, de acordo com “Diagnóstico sobre o acesso à retificação de nome e gênero de travestis e demais pessoas trans no Brasil”, pesquisa levantada pela ANTRA, há uma falta de uniformidade no procedimento pelos cartórios, onde existem diversos relatos de cartórios que impõem exigências descabidas de documentos - como a solicitação de laudos médicos ou pareceres psicológicos que já não são nem facultativos. Tem-se que a pesquisa identificou que a maioria em 84,8% das pessoas que ainda não retificaram, apontam a despreparação dos cartórios para garantir a alteração do nome e/ou gênero de pessoas trans. (MENON, 2022).

A Associação destaca a relevância do nome social para todas as pessoas, independentemente de terem retificado seus documentos ou não. Esse procedimento permite adicionar o nome escolhido ao RG, sem a necessidade de alterar a certidão de nascimento. Surpreendentemente, mais de 91% daqueles que não fizeram a retificação do registro civil optam por utilizar o nome social. (SILVA, 2022)

Contudo, o principal obstáculo está alojado no não reconhecimento por parte do provimento e do legislativo da necessidade da gratuidade do procedimento de retificação extrajudicial.

4.2 AUSÊNCIA DE GRATUIDADE E ALTOS CUSTOS

A não gratuidade das certidões exigidas pelo cartório no procedimento de retificação de nome e gênero representa uma significativa barreira para a população trans no Brasil.

O Provimento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que define o trâmite

administrativo para a alteração de nome e gênero de pessoas trans, não prevê isenção de taxas cartoriais para aqueles que não têm meios de arcar com esses custos. Essa falta de gratuidade acentua as desigualdades sociais e econômicas, tornando o processo de retificação inacessível para muitas pessoas trans de baixa renda. Aqueles que já enfrentam marginalização social e discriminação têm suas dificuldades agravadas pela necessidade de financiar um procedimento legal e burocrático.

Não há disposições para garantir o pleno exercício do direito à autodeterminação e identidade de gênero para aqueles em situação de vulnerabilidade econômica, apesar de o CNJ poder, com base no suporte constitucional (artigo 5º, inciso LXXIV), conceder a isenção de custas. Esse direito à assistência jurídica completa é assegurado e possibilita o acesso à justiça como um meio essencial para exercer a cidadania e efetivar os direitos fundamentais. Isto, pois, a negativa de gratuidade pela via administrativa, acaba por gerar ações judiciais, completamente em desacordo a Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo STF.

É amplamente reconhecido que a comunidade transgênero no Brasil enfrenta um grande desafio ao tentar entrar no mercado de trabalho. Muitas dessas pessoas não têm os recursos financeiros para pagar pelas mais de dez certidões necessárias, conforme exigido pelas regulamentações. O não acesso a escolaridade, e muitas vezes devido à pressão social, a sobrevivência dessas pessoas é forçada a depender da prostituição como única opção de subsistência, e a falta da documentação retificada dificulta ainda mais a entrada no mercado de trabalho.

Portanto, o processo que deveria facilitar o exercício do direito à dignidade acaba se tornando um obstáculo significativo para eles, pois a entrada nesse procedimento é difícil devido às barreiras financeiras.

. Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) assevera a necessidade de revisão para a contemplação da retificação por parte da população trans hipossuficiente através da gratuidade:

Em um país onde se estima que cerca de 90% da população de travestis e mulheres transexuais se encontra no mercado da prostituição e a maior parte dessas pessoas ainda vivenciam um processo de alta vulnerabilidade e precarização por falta de oportunidades formais de emprego, negar a gratuidade e exigir altas taxas cartoriais para que este grupo acesse um direito fundamental não só é incongruente à realidade do Brasil, mas também inconstitucional.

Enquanto as diretrizes não se tornam mais claras, existem diversas interpretações doutrinárias e decisões judiciais que consideram a isenção de taxas nos cartórios como um requisito essencial para garantir o acesso total à justiça às pessoas em situação de vulnerabilidade econômica, conforme estabelecido pela Constituição.

Até porque mesmo aqueles que comprovem ser beneficiários da assistência jurídica gratuita por serem hipossuficientes, ainda assim não conseguem a retificação. Conforme informação prestada pela Defensoria Pública de São Paulo, os gastos podem chegar a aproximadamente R\$ 500,00, por exemplo.

Por outro lado, além de suportar as despesas referentes as certidões e documentos solicitados para a devida alteração em registro civil, também é obrigada a custear a emissão de novos documentos como RG, CPF, Título de Eleitor, CTPS, Carteira de Habilitação etc., donde deveria haver uma comunicação expressa do cartório com os órgãos responsáveis pela expedição de tais documentos.

Leandro Cunha (2023) elucida que a importância do Provimento acerca de facilitar a retificação de nome e gênero não exime a omissão que existe por parte do poder legislativo:

Ante a ausência de uma legislação específica tratando do tema o Estado esquizofrênico, mais uma vez, revela sua condição patológica, apresentando a usual leniência legislativa no quanto tange a questões atinentes à sexualidade, fazendo com que muitos cheguem a crer que o Provimento 73/18 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) seria a legislação pátria a tratar dos interesses trans, já que acaba por se estabelecer como o que há de mais próximo a isso em nosso ordenamento.

Mister ressaltar mais uma vez que persiste a omissão do Estado e sua leniência legislativa, não tendo positivado o tema com o escopo de garantir os interesses e necessidades desse grupo vulnerabilizado, reforçando o nosso entendimento de que a concepção de vulnerabilidade de um grupo social serve para conferir-lhe maior proteção estatal, menos se tal condição for oriunda da sexualidade.

Nessa seara, a importância da defensoria pública é mais do que fundamental. Recomendando-se acioná-la em casos para garantir o direito à gratuidade, para aqueles que não possuem condições de arcar com as custas, como também expedição de certidão de nascimento ou casamento, principalmente quando não há a

possibilidade de acesso ao cartório de registro. Além disso, emissão de certidões negativas na internet, quando for impossível pro requerente ter acesso as mesmas, ou simplesmente quando o cartório se negar a dar gratuidade.

A defensoria Pública de São Paulo recorreu ao Supremo Tribunal Federal, através de uma reclamação constitucional 53.235, endereçada ao ministro Luís Roberto Barroso, relator responsável por garantir o direito à retificação civil, questionando a Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo que teria negado a gratuidade para pessoas vulneráveis, usando como pretexto a falta de norma legal.

A defensoria alega que tal interpretação tem prejudicado as pessoas vulneráveis, tendo em vista que para garantia da gratuidade, é necessário a judicialização. Segundo Yasmin Pestana (2022), membro do IBDFAM, "Defendemos que os cartórios cumprem um serviço de relevante função social e, por isso, também estão subordinados ao mandamento constitucional de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (art. 5, LXXIV, CF)".

Resta claro, portanto, que a exigência de taxas para efetuar a mudança representa uma violação da decisão do Supremo Tribunal Federal, que garantiu às pessoas trans o direito de modificar seu registro civil diretamente nos cartórios, sem custos adicionais.

Há um Projeto de Lei 3667/20 no qual propõe a proibição da cobrança de taxas ou emolumentos em cartórios para qualquer procedimento relacionado à retificação do registro de nome e gênero de pessoas transgênero, travestis, intersexuais ou não-binárias. O projeto tem como proposta inserir a gratuidade na Lei de Registros Públicos, tendo em vista, a mesma menciona-la apenas para certidão de nascimento ou de óbito.

Nesse cenário, a demora do Estado em tomar decisões administrativas resulta em pedidos de mudança de nome que ficam pendentes de decisões judiciais, sem previsão para serem emitidas, gerando ansiedade e prejudicando a capacidade de exercerem plenamente seus direitos pessoais e sua autonomia.

A gratuidade de taxas, certidões e documentos para quem atravessa o processo de retificação de nome e gênero é, de fato, não somente um reflexo da decisão do Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer que o procedimento deve ser feito sem nenhum obstáculo, como também uma garantia individual, pois ao eliminar

os custos associados a essas alterações, a sociedade está reconhecendo o valor da autoidentificação de gênero e está trabalhando para minimizar as disparidades enfrentadas por indivíduos menos favorecidos. Além disso, essa iniciativa não apenas remove obstáculos econômicos, mas também contribui para a redução da discriminação, promovendo a inclusão e o respeito para todos os cidadãos.

Logo, é de reconhecer os esforços feitos por meio do provimento do CNJ para avançar nessa questão. Contudo, é crucial analisar de maneira crítica sua eficácia e abrangência. Somente através desse exame cuidadoso será viável prosseguir na implementação plena do conjunto de leis que garantem à comunidade transgênero o direito à retificação de seus registros, de forma acessível, garantindo que não haja empecilhos para o seu pleno exercício, direito esse essencial para preservar sua dignidade.

Que o Estado concentre maior atenção na garantia do direito à autodeterminação de gênero das pessoas trans, assegurando que esse direito seja plenamente reconhecido, sem quaisquer barreiras ou restrições.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A retificação de nome e gênero refere-se ao processo legal pelo qual uma pessoa pode alterar as informações registradas em seu documento de identidade, como o nome e o gênero, para que correspondam à sua identidade de gênero atual. No contexto da população transgênero, esse processo é particularmente importante, pois permite que indivíduos vivam de acordo com sua identidade de gênero verdadeira. Um marco significativo para garantia desse direito resultou da decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil, na ADI 4.275, que permitiu a retificação extrajudicial nos cartórios, eliminando a necessidade de ação judicial para essa finalidade.

Após a decisão do STF, O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu o Provimento 73/2018 que estabelece regras e diretrizes para a retificação de nome e gênero no registro civil de pessoas transgênero. A medida serviu para facilitar o procedimento de retificação, permitindo que pessoas trans possam ter seus documentos de identidade refletindo sua identidade de gênero de forma mais rápida e acessível. Isto, pois, esclarece que indivíduos com 18 anos ou mais, que não se

identificam com o gênero indicado em seu registro de nascimento, têm o direito de solicitar a alteração de forma extrajudicial, independentemente de terem realizado ou não a cirurgia de redesignação sexual.

O provimento, contudo, traz consigo uma série de exigências que criam dificuldades para os indivíduos que buscam realizar a retificação, incluindo um rol extenso de certidões, necessidade de anuência do cônjuge ou dos filhos para averbação e, principalmente a não previsão de isenção de taxas e emolumentos por parte dos cartórios.

A falta de gratuidade para pessoas hipossuficientes gera uma série de problemáticas significativas, pois impede o acesso igualitário, resultando em situações de discriminação e marginalização, afetando não apenas a dignidade das pessoas envolvidas, mas também limitando suas oportunidades de emprego, educação e participação plena na sociedade. Tais objetos não se comunicam com a decisão do Supremo Tribunal Federal, já que essa é embasada na pura garantia do bem-estar e respeito à dignidade humana, tendo sido, por vez, o resquício de atuação em prol da proteção dos direitos desse grupo, o que se leva a questionar qual o papel do Poder Legislativo.

A omissão evidente do Estado e sua negligência na legislação tornam-se aparentes, uma vez que o tema não foi devidamente regulamentado para salvaguardar os interesses e necessidades desse grupo. Isso reforça a falha do Estado em fornecer a devida proteção necessária, quanto a fragilidade e vulnerabilidade de um grupo social, que está relacionada à sexualidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vitor. **Tutela do nome da pessoa transexual à luz do direito à identidade pessoal: Uma análise crítica do provimento 73/2018 do CNJ a partir da lei 14.382/22. 2023. Disponível em:** <https://www.anoregpr.org.br/artigo-a-tutela-do-nome-da-pessoa-transexual-a-luz-do-direito-a-identidade-pessoal-uma-analise-critica-do-provimento-73-2018-do-cnj-a-partir-da-lei-14-382-22/> Acesso em: 04 nov. 2023.

ARPN. Mudança de Nome e Gênero no Cartório de Registro Civil. ARPN, 2023. Disponível em: <<https://arpenbrasil.org.br/wp-content/uploads/2022/06/Transgeneros-2.pdf>> Acesso em: 13 mar. 2023.

Assessoria de Comunicação do IBDFAM. **CNJ padroniza alteração de nome de pessoas trans em cartório; burocracia imposta por conselho é criticada por especialistas 2018**. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/noticias/6681/CNJ+padroniza+altera%C3%A7%C3%A3o+de+nome+de+pessoas+trans+em+cart>. Acesso em: 04 nov. 2023

Benevides, Bruna G. **Dossiê: assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2022**. ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) – Brasília, DF: Distrito Drag; ANTRA, 2023. 109p disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2023/01/dossieantra2023.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2023

BENTO, Berenice. **Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal**. In: Contemporânea. v. 4. nº 1. 2014.

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

em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm.> Acesso em:

17 setembro 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.382**, de 27 de junho de 2022. Dispõe sobre o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos, bem como moderniza e simplifica os procedimentos relativos aos registros públicos de atos e negócios jurídicos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 jun. 2022. Seção 1, p. 1. 2022. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14382.htm.>. Acesso em: 13 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta De Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal**. Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Red. p/ o Acórdão Min. Edson Fachin, j. 28.02 e 1.º.03.2018. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. REsp. 1.626.739/RS, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 09.05.2017, DJe 1.º.08.2017. Disponível em:

<<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=016373>.> Acesso em: 24 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. REsp 1008398 / SP. 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, 15.10.2009, DJe 18.11.2009. Disponível em:

<<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22REsp%22+com+%221008398%22>.> Acesso em: 24 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 670.422 Rio Grande Do Sul. Plenário. Min. Dias Toffoli, 11.09.2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752185760>>. Acesso: 27 set. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 73**, de 28 de junho de 2018. Dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN). DJe/CNJ nº 119/2018, de 29 de junho de 2018, p. 8. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2623>>. Acesso em: 13 mar. 2023

CUNHA, Leandro Reinaldo. **Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro.2018, p. 172.

CUNHA, Leandro Reinaldo. **Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro. 2018, p. 186

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14ª Ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 182.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual Do Biodireito**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOV.BR. **OMS retira transexualidade da lista de doenças e distúrbios mentais**. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/junho/organizacao-mundial-da-saude-retira-a-transexualidade-da-lista-de-doencas-e-disturbios-mentais>.> Acesso em: 24 set. 2023.

GHERINI, Pamela; VALENTIM, Giovanna. Antra Brasil. **Guia para retificação do registro civil de pessoas não cisgêneras**. Agosto 2019. Disponível em:https://antrabrazil.files.wordpress.com/2020/03/guia_retificacao_genero.pdf. Acesso em: 27 set 2023.

MENON, Isabella. **Brasil registra recorde de mudança de nome e gênero em 2022** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/01/brasil-registra-recorde-de-mudanca-de-nome-e-genero-em-2022.shtml>. Acesso em: 05 nov. 2023.

SILVA, Camila. **Acesso de pessoas trans à retificação de nome é escasso no Brasil, aponta pesquisa**. 2022. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/acesso-de-pessoas-trans-a-retificacao-de-nome-e-escasso-no-brasil-aponta-pesquisa/>. Acesso em: 05 nov. 2023.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. 4º. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 135.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 10ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 183.

VELOSO, Zeno. **Artigo – Sobre o Nome no Direito Civil**. 2021. Disponível em: <<https://www.arpensp.org.br/noticia/99650>.> Acesso em: 24 set. 2023.

REFUGIADOS AMBIENTAIS: A INSUFICIÊNCIA NORMATIVA BRASILEIRA E INSTABILIDADE SOCIAL

Yohan Pontes Asevêdo*
Marcel Silva Luz**

RESUMO:

O conceito de "Refugiados Ambientais," emergente em 1970 e notabilizado em 1985 por Essam El-Hinnawi, do Programa da ONU para o Meio Ambiente, designa indivíduos forçadamente deslocados devido a perturbações ambientais ameaçadoras. Contudo, a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados, de forma rígida, exclui esses refugiados do quadro de perseguições políticas, religiosas e étnicas, gerando uma lacuna legal e dependência de Organizações não governamentais. O presente artigo se propõe a examinar a trajetória histórica da desproteção legal dos refugiados ambientais à luz do direito internacional. Além disso, este estudo se dedica a identificar e explorar estratégias jurídicas visando à melhoria das condições desses deslocados ambientais, alinhando-se com o escopo do direito internacional dos refugiados e das normativas ambientais, a fim de promover um amparo mais efetivo e digno para esta crescente categoria de indivíduos em situação de vulnerabilidade.

Palavras-chave: Norma Jurídica. Refugiados Ambientais. Direito Internacional. Convenção de 1951. Direitos Humanos. Administração Pública. Desproteção Legal.

ABSTRACT:

The concept of "Environmental Refugees," emerging in the 1970 and made famous in 1985 by Professor Essam El-Hinnawi, from the UN Environment Programme, who designates individuals forcibly displaced due to threatening environmental disturbances. However, the 1951 Convention on the Status of Refugees rigidly excludes these refugees from political, religious and ethnic persecution, creating a legal gap on non-governmental organizations. This article aims to examine the historical trajectory of the legal lack of protection of environmental refugees in the light of international law. Furthermore, this study is dedicated to identify and explore legal strategies aimed at improving the conditions of these environmentally displaced people, aligning with the scope of international refugee law and environmental regulations, in order to promote more effective and dignified support for this growing category of individuals in vulnerable situations.

Key words: Juridical Rule. Environmental Refugees. International Rights. 1951 Convention. Human Rights. Public administration. Legal Unprotection.

* Bacharelado em Direito no Uniesp.

** Professor orientador.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno dos refugiados ambientais, embora intrínseco à história do planeta, ganhou notoriedade tardiamente em termos de reconhecimento legal e atenção internacional. Enquanto desastres naturais e mudanças climáticas sempre foram parte do contexto global, somente em 1970 foi cunhado o termo "Refugiados Ambientais," uma categorização que se tornaria significativa em 1985 com o artigo seminal do Professor Essam El-Hinnawi, publicado pelo Programa da ONU para o Meio Ambiente. A ironia de que um desafio tão antigo tenha sido discutido apenas nas últimas cinco décadas não deve ser subestimada. A pesquisa de El-Hinnawi definiu:

[...] forçadas a deixar seu habitat natural, temporária ou permanentemente, por causa de uma marcante perturbação ambiental (natural e/ou desencadeada pela ação humana), que colocou em risco sua existência e/ou seriamente afetou sua qualidade de vida. (EL-HINNAWI, 1985, apud RAIOL, 2010)

No contexto do século XX, marcado por conflitos globais e guerras, a noção de refugiado político predominou, atraindo a atenção das organizações internacionais e governos para amparar aqueles que enfrentavam perseguição com base em raça, religião, nacionalidade ou opinião política. Isso culminou na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, um marco importante, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, que estabeleceu critérios para a aplicação do termo "refugiado" a indivíduos ou grupos com temores bem fundamentados de perseguição, desde que não encontrassem proteção em seu país de origem.

Entretanto, a rigidez desse conceito, embora adequada para proteger aqueles em perigo de perseguição política, é incapaz de abranger as situações complexas enfrentadas pelos refugiados ambientais, que não se deslocam devido a fatores políticos, religiosos ou étnicos, mas, em vez disso, são impelidos por desastres naturais, degradação ambiental e mudanças climáticas. Esse cenário cria uma lacuna normativa que deixa esses indivíduos desprotegidos sob o direito internacional e brasileiro. O resultado é que os refugiados ambientais frequentemente dependem da assistência de organizações não governamentais (ONGs) para atender às suas necessidades básicas e garantir uma qualidade de vida mínima.

Adicionalmente, é importante destacar a diferença entre as terminologias "Refugiado" e "Migrante," pois estas são frequentemente usadas de forma intercambiável. Enquanto o primeiro termo é claramente definido e compreendido, o último permanece vago, abrangendo uma ampla gama de movimentos populacionais que não envolvem perseguição, mas sim a busca por melhores condições de vida, como trabalho e educação, de acordo com a Agência da ONU para Refugiados (ACNUR). No entanto, ambas as categorias são inadequadas para abranger a complexidade das situações dos refugiados ambientais.

Neste contexto, esta pesquisa tem como objetivo traçar a trajetória histórica da falta de amparo legal para os refugiados ambientais e examinar sua atual condição precária. Buscando explorar caminhos para melhorar essa situação, não necessariamente com a resolução imediata dessas disfunções, mas sim, apontando um caminho viável para garantir um amparo mais eficaz e digno para essa crescente categoria de indivíduos em situação de vulnerabilidade.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E FUNDAMENTAÇÃO FILOSÓFICA

A questão dos refugiados ambientais é um tema que, embora faça parte da realidade nacional, frequentemente passa despercebido nas discussões políticas internas do Brasil. No entanto, é essencial reconhecer que essa temática não se limita a pesquisas e estudos; a arte brasileira desempenha um papel significativo ao destacar essas problemáticas para a população em geral, a mídia e os legisladores. Um exemplo notório é a obra de arte "Os Retirantes," criada por Candido Portinari em 1944. Esta pintura, frequentemente discutida nas salas de aula do ensino fundamental brasileiro, representa de forma marcante a realidade de muitos refugiados ambientais que foram compelidos a deixar suas terras de origem em busca de condições de vida melhores, principalmente devido às adversidades climáticas que assolavam suas regiões.

É relevante observar que, na época da criação de "Os Retirantes," ainda não havia uma definição consolidada para o cenário ao qual milhões de pessoas estavam submetidas em todo o mundo. Nesse contexto, é fundamental recordar a citação do professor Essam El-Hinnawi, do Programa da ONU para o Meio Ambiente,

previamente mencionada neste projeto. O pensamento de El-Hinnawi é uma base crucial para qualquer pessoa que deseje se aprofundar na discussão desse tema.

O renomado sociólogo Zygmunt Bauman dedicou parte de suas reflexões finais à análise da crise dos refugiados, abordando a questão de uma perspectiva singular e provocativa. Em particular, ele explorou o temor inerente à concepção de refugiados, destacando a complexidade dessa problemática. Refugiados, em sua visão, são indivíduos que, até recentemente, levavam vidas ordinárias, semelhantes à de qualquer outra pessoa comum, mas que, devido a ações humanas, se viram abruptamente destituídos de tudo o que possuíam, forçados a abandonar suas terras contra sua vontade.

A análise da situação dos refugiados ambientais, entretanto, acrescenta uma camada adicional de complexidade. Isso porque as causas subjacentes a suas migrações são frequentemente mais misteriosas do que conflitos armados ou perseguições por intolerância religiosa ou política. Ao contrário, refugiados ambientais são impulsionados a fugir de crises ambientais e climáticas que podem ocorrer em qualquer lugar do mundo, minando assim a sensação de segurança que normalmente se associa a outras formas de refúgio.

A mera existência de refugiados ambientais lança uma sombra de insegurança sobre todos nós, ressaltando a vulnerabilidade universal diante de eventos ambientais extremos. Essa sensação de vulnerabilidade contribui para o medo e a aversão frequentemente associados a indivíduos nessa situação.

É, portanto, possível que as razões subjacentes à lacuna legislativa em relação aos refugiados ambientais, em grande parte, residam no individualismo e na xenofobia. Esses fatores dificultam a discussão aberta e a criação de políticas eficazes para lidar com essa realidade crescente. Bauman nos fornece um olhar aguçado sobre os principais motivos por trás dessa lacuna normativa, destacando o papel desses fatores sociais e culturais em perpetuar a falta de ação nessa área crucial.

[...] Os refugiados simbolizam, personificam nossos medos. Ontem, eram pessoas poderosas em seus países. Felizes. Como nós somos aqui, hoje. Mas, veja o que aconteceu hoje. Eles perderam suas casas, perderam seus trabalhos. O choque está apenas começando. [...] (Zygmunt Bauman, 2016, Why the world fears refugees?)

Partindo agora para outro sociólogo importante, Jürgen Habermas foi responsável por trazer a discussão em respeito ao direito de asilo, dissertando que o mesmo se apresenta como um direito humano, e qualquer indivíduo que pedir asilo deve ser tratada de forma justa e, se for o caso, deve ser acolhida com todas as consequências. Direito este que está propriamente fundamentado na declaração universal dos direitos humanos e abraçado pelo sistema normativo brasileiro.

1. Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países. 2. Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por atividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas. (Declaração universal dos direitos humanos, 1948, art. 14)

Mesmo estando explicitamente fundamentando em umas das declarações mais importantes da época contemporânea, a lacuna normativa ainda se prova gigantesca uma vez que a perseguição sofrida por tais indivíduos não se faz por alguém e sim por algo. O artigo 4º da Constituição de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil baseia suas relações internacionais em dez princípios. Entre esses princípios estão a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos e a defesa da paz. O último inciso X do artigo estabelece explicitamente a concessão de asilo político.

Apesar dessa regra constitucional, o Brasil demorou a criar mecanismos legais para implementar o Estatuto do Refugiado em nosso país. Embora o Estatuto seja de 1951, somente em 22 de julho de 1997 a Lei n. 9.474 foi promulgada para fornecer os instrumentos legais necessários para a efetiva aplicação desse documento na ordem jurídica nacional.

Ao explorar a ausência de uma estrutura legal adequada, é essencial discutir os impactos socioeconômicos e políticos que surgem como resultado da falta de proteção jurídica aos refugiados ambientais. A insegurança jurídica e a vulnerabilidade desses indivíduos podem levar a problemas sociais, como marginalização, exclusão e agravamento dos conflitos.

É relevante enfatizar que o direito ao asilo tem sua origem no reconhecimento internacional da necessidade de respeitar os Direitos Humanos, surgindo como uma resposta aos horrores e violações ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial. Esse

direito decorre do reconhecimento de que tais direitos abrangem a liberdade plena do exercício da cidadania no âmbito de um Estado.

[...]O Direito Humano pressupõe a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio, pois a provação da cidadania afeta substantivamente a condição humana, uma vez que o ser humano, privado de suas qualidades – o seu estatuto político – vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos outros como semelhante, ou seja, o Estado deve ser instrumento dos homens e não o contrário [...] (ARENDETT, 2007, p. 8-10).

Por fim, é importante ressaltar a importância de uma abordagem multidisciplinar e colaborativa para lidar com a problemática dos refugiados ambientais. A cooperação entre governos, organizações internacionais, sociedade civil e acadêmicos é essencial para a criação de normas e políticas adequadas, visando à proteção dos direitos dessas pessoas e à promoção da estabilidade social.

2.1 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE REFUGIADOS AMBIENTAIS: UMA ANÁLISE HISTÓRICA

No século XX, o pensamento ambientalista ganhou destaque devido a estudos pioneiros de cientistas como Roger Revelle e Hans Suess, que desenvolveram a teoria do efeito estufa, abrindo caminho para discussões sobre o impacto das ações humanas no meio ambiente e na espécie humana. Esse período foi influenciado por conceitos econômicos anteriores que promoviam agendas ambientais.

Após a Segunda Guerra Mundial, com a Europa enfrentando crises, o pensamento do "primeiro mundo" surgiu como uma forma de equilibrar e auxiliar países subdesenvolvidos, compartilhando conhecimento industrial e científico. No entanto, esse modelo industrializado e capitalista era considerado o único válido (Duarte2005).

Paralelamente, emergiu uma crítica ao estilo de vida progressista baseado no consumismo, ganhando destaque em 1962 com a publicação de Rachel Carson, que alertou para os danos causados pelo uso indiscriminado de inseticidas. Esse alerta teve um grande impacto na conscientização pública, levando à "Revolução Verde" e

ao movimento hippie dos anos 60, que promoviam um estilo de vida alternativo à sociedade consumista.

Esses eventos evidenciam que, entre os séculos XIX e meados do século XX, a preservação ambiental e o uso responsável dos recursos começaram a se integrar à consciência humana, marcando o início de uma nova era na qual a importância de um ecossistema equilibrado ganhou destaque, mesmo que ainda não estivesse plenamente associada ao desenvolvimento econômico e tecnológico.

Uma vez esclarecido o contexto socioambiental do Séculos XIX e XX, se faz viável o estudo acerca dos fluxos migratórios. Estes fluxos se referem ao deslocamento de pessoas, seja de forma permanente ou temporária, de suas residências, impulsionado por uma variedade de fatores. Isso inclui motivos econômicos e laborais, quando indivíduos ou grupos buscam melhorias na qualidade de vida ou oportunidades de trabalho (ODERTH, 2002).

Portanto, as migrações podem ser compreendidas como um mecanismo estratégico desenvolvido pelo ser humano em sua busca pela sobrevivência (AFIFI; JÄGER, 2010). Além disso, é importante ressaltar que os movimentos populacionais ocorrem em razão de migrações, nas quais as pessoas deixam seu país de origem devido a uma série de motivos, tais como questões políticas, perseguições de natureza política, religiosa ou étnica, conflitos armados e outras circunstâncias semelhantes.

A concepção da Convenção de Genebra de 1951, se deu em um contexto pós Segunda Guerra Mundial, no qual os fluxos migratórios aumentaram exacerbadamente, pelos motivos de milhares de pessoas estarem deixando suas terras de origem buscando locais com condições de vidas mais favoráveis em razão das destruições causadas pela guerra. Nesse contexto, a comunidade internacional, ao se deparar com as atrocidades perpetradas por governos totalitários, procurou fortalecer ainda mais a proteção dos direitos humanos.

[...] Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao

referido temor, não quer voltar a ele. [...] (Estatuto dos Refugiados, 1951, art.1, seção A-02).

Dessa forma, torna-se claro que a Convenção de 1951 estabeleceu de forma inequívoca quem pode ser considerado como um refugiado, evitando qualquer confusão com outras categorias de migrantes, como migrantes internos, econômicos e refugiados ambientais. Isso se deve ao fato de que essas outras categorias não apresentam os critérios essenciais para serem classificados como refugiados no sentido tradicional.

O debate ambiental nas últimas décadas tem sido moldado por eventos significativos, como a criação do Clube de Roma em 1968 e a Conferência de Estocolmo em 1972. Esses eventos destacaram a importância da preservação do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável, redefinindo a agenda mundial.

À medida que as questões ambientais ganharam destaque global, surgiram discussões anteriormente negligenciadas. Notou-se que os chamados "refugiados ambientais" enfrentavam uma lacuna jurídica, pois não se enquadravam na definição de refugiados estabelecida pela Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados. Isso ocorreu porque os refugiados ambientais não fogem de perseguições religiosas, étnicas, políticas ou sociais, mas sim de desastres ambientais e degradação ambiental.

Essa constatação é importante, pois mostra que os fluxos migratórios podem ser impulsionados não apenas por busca por uma vida melhor ou perseguição, mas também por questões ambientais. O conceito de "fluxo migratório ambiental" surgiu na década de 70, dando origem ao conceito de "refugiados ambientais". Embora esse termo ainda não seja amplamente reconhecido internacionalmente, tem sido objeto de discussão na comunidade acadêmica devido ao aumento da migração causada por mudanças climáticas e fatores ambientais. Isso destaca a crescente importância dos critérios ambientais na definição dos fluxos migratórios e na compreensão dos refugiados ambientais. No entanto, no contexto brasileiro, há uma insuficiência normativa para lidar eficazmente com essa questão, o que pode resultar em instabilidade social e desamparo legal para os refugiados ambientais.

3 A REALIDADE DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS NO BRASIL

A questão dos refugiados ambientais no Brasil emerge como um tema de relevância crescente no contexto do direito internacional e das políticas públicas nacionais. À medida que as mudanças climáticas e os desastres ambientais se intensificam em escala global, o Brasil, com sua vasta extensão territorial e diversidade ambiental, não está imune a essas transformações. Os refugiados ambientais representam uma realidade cada vez mais tangível em nosso país, demandando uma análise aprofundada das implicações legais e sociais desse fenômeno.

Neste contexto, é crucial observar casos práticos que evidenciam a presença e o impacto dos refugiados ambientais no Brasil. Um exemplo notório é o caso da comunidade de Barreiras, no estado do Maranhão, que tem enfrentado a erosão costeira causada pelo avanço do mar, levando à perda de suas casas e terras. Esses habitantes, agora deslocados devido às mudanças climáticas, representam um desafio tanto para as políticas de adaptação quanto para as normativas de refúgio em nosso país.

Além disso, a Amazônia, nossa maior floresta tropical, enfrenta incêndios florestais recorrentes, desmatamento desenfreado e alterações climáticas drásticas, impactando não apenas a biodiversidade, mas também comunidades indígenas e ribeirinhas que dependem diretamente dessa região para sobreviver. O deslocamento forçado dessas populações devido à degradação ambiental merece atenção especial, tanto no âmbito legal quanto no desenvolvimento de políticas públicas que garantam sua proteção.

3.1 ESTUDOS DE CASOS E EXPERIÊNCIAS DE REFUGIADOS AMBIENTAIS NO BRASIL

É essencial ressaltar que o termo "refugiados ambientais" não possui um reconhecimento amplo na legislação brasileira ou internacional, o que expõe a lacuna legal que deixa muitas pessoas em situação de vulnerabilidade. Embora costumemos citar exemplos de grande visibilidade na mídia ao discutir esse tema, é importante

perceber que essa realidade está profundamente enraizada no contexto brasileiro, muitas vezes passando despercebida.

Um dos casos mais emblemáticos de deslocamento causado por eventos ambientais no Brasil é o da seca no Nordeste. Essa situação tem levado e continua levando milhares de pessoas a se deslocarem, em um êxodo rural, em direção às grandes cidades em busca de condições de vida melhores. Estas pessoas se veem obrigadas a deixar suas terras devido ao risco iminente de passarem fome. Os "retirantes", como foram retratados de maneira comovente por Cândido Portinari, enfrentam uma jornada árdua em busca de sobrevivência. No entanto, ao chegarem às cidades, muitas vezes se encontram sem qualquer proteção normativa que lhes permita reconstruir suas vidas devastadas pelas mudanças climáticas. Esta falta de amparo por parte do poder público constitui uma violação direta dos princípios dos Direitos Humanos e ignora preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

Além do caso da seca no Nordeste, outras situações no Brasil merecem destaque quando se trata de refugiados ambientais. Por exemplo, a degradação da Amazônia devido ao desmatamento e às mudanças climáticas também tem impactado comunidades indígenas e ribeirinhas, forçando muitas delas a abandonar suas terras tradicionais em busca de segurança e meios de subsistência. Essas populações frequentemente enfrentam dificuldades ao buscar assistência e proteção das autoridades competentes. Os próprios incêndios florestais na Amazônia em 2019 têm impactado comunidades indígenas e ribeirinhas até os dias atuais que dependem diretamente da floresta para sua subsistência. A degradação ambiental tem levado algumas dessas comunidades a buscar refúgio em áreas urbanas ou em outras regiões, resultando em deslocamento interno.

O caso dos Yanomamis, que ganhou destaque nas mídias no início de 2023, revela um quadro alarmante de negligência normativa em relação a essas comunidades indígenas. Essa crise perdura há pelo menos nove anos, evidenciando a falta de ação efetiva por parte do governo brasileiro em atender às necessidades dessas populações, que enfrentam surtos recorrentes de malária e desnutrição.

Os Yanomamis, uma comunidade indígena que habita a região amazônica, têm lutado contra problemas de saúde crônicos, incluindo a malária, devido às condições precárias de vida e à exposição constante a mosquitos transmissores da doença. Além disso, a desnutrição é uma preocupação constante, uma vez que o acesso a

alimentos nutritivos é limitado, e as práticas agrícolas tradicionais têm sido afetadas negativamente pelo desmatamento e pela exploração de recursos naturais em suas terras.

O governo brasileiro, ao longo dos anos, falhou em fornecer serviços de saúde adequados, infraestrutura básica e assistência alimentar às comunidades Yanomamis, violando seus direitos fundamentais à saúde e à alimentação adequada. Os apelos dessas comunidades por ajuda foram amplamente ignorados, resultando em sofrimento e perdas de vidas.

A situação chegou a um ponto em que a intervenção de um órgão internacional se tornou necessária. A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi acionada para abordar essa grave violação dos direitos humanos e exigir que o governo brasileiro tome medidas efetivas para garantir a saúde e a segurança das comunidades Yanomamis. Esta intervenção internacional destaca a gravidade do descaso normativo e a necessidade urgente de proteger os direitos dessas comunidades.

O desastre da barragem em Mariana, ocorrido em 2015, exemplifica os impactos devastadores dos desastres ambientais nas comunidades locais e ressalta a questão dos refugiados ambientais. O rompimento da barragem de rejeitos da Samarco resultou em uma avalanche de lama tóxica que destruiu vilarejos, causou poluição de rios e resultou em perdas de vidas. Isso forçou muitos moradores a deixarem suas casas e terras devido aos danos irreparáveis e à falta de moradias adequadas, levando a um deslocamento forçado.

Embora o termo "refugiados ambientais" não seja amplamente reconhecido legalmente, o caso de Mariana destaca como os desastres ambientais e as mudanças climáticas podem forçar a migração daqueles que perdem suas casas e sustento. Além disso, evidencia a necessidade de uma resposta eficaz por parte do governo e das empresas responsáveis, incluindo a compensação adequada e o reassentamento seguro das comunidades afetadas. A discussão sobre refugiados ambientais é crucial no contexto jurídico e de políticas públicas para garantir a proteção dos direitos das pessoas afetadas por desastres ambientais, como visto em Mariana, incluindo a prevenção de futuros desastres e a assistência às comunidades afetadas.

3.2 ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS E SEU PAPEL NA ASSISTÊNCIA AOS REFUGIADOS AMBIENTAIS

As Organizações Não Governamentais (ONGs) desempenham um papel crucial no cuidado e assistência às pessoas em situação de refúgio ambiental em todo o mundo, preenchendo frequentemente lacunas deixadas por governos e agências internacionais. Essas instituições desempenham um papel multifacetado, oferecendo ajuda humanitária, apoio jurídico, conscientização pública e advocacia em prol dos refugiados ambientais.

Um importante exemplo de manifestação a respeito da problemática é a Plataforma sobre Deslocamento por Desastres (Global Platform on Disaster Displacement - GPDD). Que assume um papel de extrema importância no cenário dos refugiados ambientais, abordando complexidades e desafios inerentes ao deslocamento provocado por desastres naturais e ambientais. A GPDD representa uma coalizão de várias entidades, incluindo organizações não governamentais (ONGs), agências das Nações Unidas e governos, trabalhando de forma colaborativa para enfrentar questões ligadas à migração forçada decorrente de desastres ambientais, mudanças climáticas e degradação do meio ambiente.

O objetivo primordial da GPDD é estabelecer um fórum onde Estados, organizações internacionais e ONGs possam cooperar na formulação de políticas, compartilhar melhores práticas e desenvolver soluções efetivas para enfrentar o desafio dos refugiados ambientais. Essa plataforma atua como um espaço de coordenação e defesa, fomentando o reconhecimento da problemática dos refugiados ambientais em âmbito global e pressionando por medidas concretas.

A GPDD se empenha em sensibilizar a comunidade internacional para os obstáculos enfrentados por aqueles obrigados a se deslocar em razão de desastres ambientais e climáticos, frequentemente carecendo de proteção adequada sob o escopo do direito internacional. Além disso, a plataforma está engajada na identificação de soluções que visam à prevenção de futuros deslocamentos e à salvaguarda das comunidades afetadas, incluindo a promoção da resiliência e o estabelecimento de condições seguras para o reassentamento.

Cabe ressaltar, o importantíssimo papel do Greenpeace, Organização não governamental extremamente famosa por desempenhar um papel fundamental no

cenário ambiental, atuando na prevenção de desastres, na prestação de ajuda humanitária em crises ambientais e na conscientização pública sobre questões relacionadas aos refugiados ambientais. A organização combate causas subjacentes das mudanças climáticas e da degradação ambiental, buscando trazer ações preventivas a problemática para que busquem reduzir a ocorrência de situações desastrosas antes que as mesmas possam sequer criar cenários de refugiados ambientais. Além disso, oferece assistência em desastres e educa o público sobre os impactos das mudanças climáticas e da degradação ambiental, influenciando políticas e práticas para minimizar a necessidade de refúgio ambiental.

4 CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DA MIGRAÇÃO AMBIENTAL FORÇADA

A migração forçada devido a fatores ambientais é um fenômeno complexo que abrange uma ampla gama de causas e implicações. Conforme previamente discutido, esse contexto se materializa quando indivíduos se veem compelidos a abandonar seus lares e comunidades em virtude de transformações ambientais significativas e eventos naturais catastróficos. Com isso em mente, é pertinente destacar de forma concisa algumas das principais razões associadas a essa forma de deslocamento populacional.

Primeiramente, as mudanças climáticas representam um fator preponderante nesse cenário. O aumento das temperaturas globais, o derretimento das calotas polares, a elevação do nível do mar e a ocorrência de eventos climáticos extremos, como furacões e prolongadas secas, são consequências das mudanças climáticas que podem tornar regiões inteiras inabitáveis. Vale ressaltar que essas mudanças podem ocorrer de maneira gradual, considerando a história da Terra, que já vivenciou diversas eras com diferentes padrões climáticos. No entanto, a ação humana em relação ao meio ambiente e os efeitos do aumento do efeito estufa estão acelerando significativamente essas transformações climáticas.

Além disso, a degradação ambiental desempenha um papel relevante. Ela se manifesta por meio da degradação do solo, desertificação, desmatamento e esgotamento dos recursos naturais, todos os quais podem prejudicar as condições de vida em várias regiões, levando as comunidades a buscar ambientes mais sustentáveis para sua subsistência. Ao contrário das mudanças climáticas, a

degradação ambiental tem um impacto quase imediato, uma vez que as ações diretas do ser humano sobre o meio ambiente alteram permanentemente o ecossistema local, afetando diretamente os indivíduos que dependiam dele para sobreviver.

Por último, mas não menos importante, estão os desastres naturais, como terremotos, tsunamis, enchentes e erupções vulcânicas. Esses eventos podem causar a destruição de comunidades inteiras e forçar a evacuação em massa. Muitas vezes, esses eventos ocorrem de forma repentina e, mesmo quando previstos, sua inevitabilidade e a extensão de seus danos são avassaladoras. Os desastres naturais são, sem dúvida, uma das causas mais devastadoras de migração forçada, deixando um rastro de refugiados ambientais em seu rastro.

A migração ambiental forçada desencadeia uma série de impactos significativos, afetando tanto os indivíduos deslocados quanto as comunidades receptoras. Este estudo se concentra na questão dos "Refugiados Ambientais" e vai além dos efeitos amplamente reconhecidos, como o deslocamento forçado e a perda dos meios de subsistência, explorando detalhadamente implicações menos conhecidas.

A migração ambiental pode desencadear conflitos e tensões nas áreas receptoras, à medida que a competição por recursos escassos, empregos e habitação se intensifica, resultando em conflitos socioeconômicos. Essa dinâmica também impacta consideravelmente as regiões que recebem migrantes ambientais, criando desafios significativos relacionados à capacidade de infraestrutura, escassez de recursos naturais e provisão de serviços públicos. A pressão adicional sobre as comunidades locais e os sistemas de apoio existentes exige uma abordagem estratégica e cuidadosa.

Refugiados ambientais frequentemente enfrentam maior vulnerabilidade à exploração, incluindo o tráfico humano, devido à falta de proteção legal adequada e assistência apropriada. Suas condições de vida precárias os tornam alvos fáceis para abusos. Além disso, o deslocamento forçado muitas vezes resulta na perda de identidade cultural e na desconexão das raízes culturais e territoriais, tornando a preservação da cultura e do patrimônio um desafio significativo para esses indivíduos.

O aumento da migração ambiental forçada representa um desafio ao sistema legal internacional, que muitas vezes não está preparado para lidar adequadamente com essa forma de deslocamento. Questões como o reconhecimento do status de

refugiado e a proteção dos direitos humanos desses indivíduos exigem uma revisão e adaptação das normas existentes. Portanto, é fundamental que a comunidade internacional, incluindo organizações governamentais e não governamentais, se envolva ativamente na busca por soluções abrangentes que abordem as complexas consequências da migração ambiental forçada, garantindo a proteção dos direitos e da dignidade dos refugiados ambientais, bem como a promoção de medidas preventivas para enfrentar as causas subjacentes desse fenômeno, tópico este que será discutido posteriormente nesta pesquisa.

5 A NORMATIVA E SUA INSUFICIÊNCIA NO CONTEXTO DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS

Compete ao Direito desempenhar um papel crucial na construção de uma estrutura que ofereça proteção, mecanismos ou medidas para minimizar os impactos dos deslocamentos, garantindo aos "refugiados" tratamento em consonância com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. É importante ressaltar que, de forma isolada, políticas públicas, promulgação de leis, criação de normas ou a articulação de conceitos não constituem uma solução abrangente para a problemática dos "refugiados ambientais". Essas medidas devem ser implementadas de maneira integrada, fundamentadas nos valores e princípios que orientam a sociedade.

É crucial observar a ausência de uma legislação internacional direcionada explicitamente ao conceito de "refugiados ambientais". Contudo, indivíduos deslocados devido a mudanças climáticas, desastres naturais e degradação ambiental frequentemente encontram-se em uma posição de vulnerabilidade. A Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967 delineiam o status de refugiado e os direitos a ele associados, concentrando-se primariamente em pessoas que fogem de perseguição baseada em raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. Migrantes ambientais muitas vezes não se enquadram claramente nessas categorias, o que complica o reconhecimento legal e a garantia de proteção.

Entretanto, observam-se iniciativas e avanços em curso tanto no âmbito internacional quanto no nacional para abordar a problemática dos refugiados ambientais. A Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes, adotada em

setembro de 2016, compromete-se a desenvolver um pacto global para refugiados e outro para migração segura, ordenada e regular. Esses documentos têm implicações abrangentes e podem influenciar as políticas nacionais relacionadas aos refugiados ambientais.

Adicionalmente, alguns países estão reconhecendo a necessidade de promulgar legislação específica para enfrentar os desafios apresentados pelos refugiados ambientais. Essas leis podem abranger a criação de categorias especiais de status de residência, procedimentos de asilo aprimorados e cooperação internacional para lidar com esse fenômeno.

Nesse sentido, a proposição de alternativas e possíveis soluções deve ser fundamentada em técnicas como a ponderação ou harmonização de valores. Além disso, princípios como o da Solidariedade devem guiar as relações entre os Estados e entre os particulares. Por outro lado, a aplicação do princípio da Proporcionalidade deve orientar a elaboração de medidas que responsabilizem os Estados, garantindo que tais ações sejam adequadas e necessárias diante das circunstâncias.

5.1 A NORMATIVA BRASILEIRA RELATIVA AOS REFUGIADOS AMBIENTAIS

A legislação brasileira relativa ao refúgio, estabelecida pela Lei nº 9.474/1997, incorpora as definições da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967, concentrando-se principalmente na proteção de indivíduos que enfrentam perseguições por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. No entanto, refugiados ambientais, cujas motivações estão ligadas a desastres naturais, mudanças climáticas ou degradação ambiental, podem enfrentar obstáculos na obtenção do status de refugiado de acordo com a legislação em vigor.

Para estabelecer medidas eficazes em relação à proteção dos "refugiados ambientais", é essencial observar e respeitar o princípio da solidariedade. Este princípio, consagrado pela Constituição brasileira de 1988, destaca que um dos objetivos fundamentais do Estado é a formação de uma sociedade livre, justa e solidária. Assim, a solidariedade é reconhecida como um princípio constitucional no Artigo 225, indicando que todos têm o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado, e o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Portanto, o princípio de solidariedade não deve ser percebido apenas como um ato de caridade, mas como uma obrigação imposta pela Constituição Federal. A preservação do meio ambiente não é apenas uma responsabilidade do poder público e da coletividade, mas também dos particulares. Em situações de grandes desastres, onde o Estado não consegue atender adequadamente a todos os afetados, os particulares devem, dentro de suas capacidades, agir positivamente, impulsionados pelo dever de solidariedade, ou seja, ajudar os necessitados.

O principal objetivo de qualquer solução para os "refugiados ambientais" deve ser a preservação da integridade de todos os indivíduos. A Constituição Brasileira, em seu artigo 1º, inciso III, consagra a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. A noção de dignidade da pessoa humana está sujeita a constantes transformações e permanece em um processo contínuo de construção, fundamentando-se nos princípios propostos por Immanuel Kant.

A formulação kantiana coloca a ideia de que o ser humano não pode ser empregado como simples meio [...] para a satisfação de qualquer vontade alheia, mas sempre deve ser tomado como fim em si mesmo [...] em qualquer relação, seja em face do Estado seja em face de particulares.

Existe um amplo consenso doutrinário que estabelece a necessidade de o Estado e a sociedade garantirem direitos mínimos aos "refugiados ambientais". Segundo Tiago Fensterseifer, a dignidade só pode ser verdadeiramente assegurada quando todos desfrutam de uma vida saudável, o que implica necessariamente a qualidade, segurança e equilíbrio do ambiente onde a vida humana está situada.

A dignidade está ligada à ideia de tratamento justo e igualitário, reconhecendo a singularidade de cada ser humano. No contexto jurídico, é frequentemente utilizada como um princípio orientador na interpretação e aplicação das leis, especialmente quando se trata de direitos fundamentais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, por exemplo, enfatiza a dignidade como o fundamento dos direitos humanos, afirmando que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dessa mesma forma, Fladimir Martins, ao abordar o conceito de "dignidade" proposto por Ingo Sarlet, destaca que:

[...] constitui qualidade inerente de cada pessoa humana que a faz destinatária do respeito e proteção tanto do Estado, quanto das demais pessoas, impedindo que ela seja alvo não só de quaisquer situações desumanas ou degradantes, como também garantindo-lhe o direito de acesso a condições existenciais mínimas.

Assim, a dignidade da pessoa humana é reconhecida como um direito inerente a todos, independentemente de nacionalidade, raça ou religião, sendo suficiente a mera existência do ser humano como 'requisito' para tal.

5.2 A RESPONSABILIDADE ESTATAL REFERENTE AS CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS AO MEIO AMBIENTE E AOS REFUGIADOS AMBIENTAIS

No contexto da responsabilidade estatal referente aos "refugiados ambientais", Marcia Bühring enfatiza a necessidade de compreendê-la como uma resposta, uma prestação por parte do Estado. Inicialmente abordada de maneira subjetiva, a responsabilidade hoje é tratada de forma objetiva, especialmente no que diz respeito aos danos ambientais. Isso implica que é dever do "agente" assumir todos os riscos decorrentes das atividades empreendidas.

Em termos normativos, é crucial examinar a legislação brasileira relativa aos refugiados ambientais e seu alinhamento com os princípios internacionais de direitos humanos. A ausência de uma definição específica para refugiados ambientais na legislação nacional ressalta uma lacuna que precisa ser abordada, dada a crescente relevância desse fenômeno global. A busca por soluções legais e estruturas normativas que reconheçam e protejam os direitos dessas pessoas é uma etapa fundamental na construção de uma resposta eficaz.

A responsabilização diante de questões ambientais se desdobra em três esferas distintas: civil, administrativa e penal. No âmbito da responsabilidade civil, a ênfase recai sobre a obrigação de reparar os danos causados, enquanto a responsabilidade administrativa está associada à imposição de sanções e à implementação de medidas corretivas. A responsabilidade penal, por sua vez, envolve a imputação de punições legais diante de condutas que transgridam normas e legislações ambientais.

A evolução na compreensão da responsabilidade estatal ressalta a importância não apenas de remediar os danos ao meio ambiente, mas também de adotar medidas preventivas e corretivas. Essa abordagem visa não apenas proteger os "refugiados ambientais" de potenciais impactos adversos, mas também estabelecer a responsabilidade social e ambiental como pilares fundamentais na atuação do Estado.

Além disso, a responsabilidade estatal se manifesta na implementação de políticas públicas e estratégias que visam a prevenção, mitigação e resposta a eventos ambientais que possam levar ao deslocamento forçado. Isso inclui a criação de planos de contingência, o fortalecimento da infraestrutura de proteção civil e a promoção de práticas sustentáveis para evitar a degradação ambiental.

Na condição da assistência direta aos refugiados ambientais, o Brasil pode desempenhar um papel significativo ao colaborar com organizações não governamentais e agências internacionais para fornecer abrigo, assistência médica, educação e outros serviços essenciais. A cooperação internacional e o engajamento em fóruns globais são igualmente relevantes para compartilhar boas práticas, aprender com experiências de outros países e promover uma abordagem coletiva na gestão dos refugiados ambientais.

Dessa forma, no contexto da responsabilidade civil por danos ambientais, destaca-se sua natureza objetiva, dispensando a necessidade de comprovação de dolo e/ou culpa. Essa abordagem encontra respaldo no parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição, que assegura o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, imputando tanto ao Estado quanto à coletividade a responsabilidade por essa missão. Essa premissa encontra também respaldo na Lei que regula a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.º 6.938/81).

No escopo da Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98), a responsabilidade penal é estendida a pessoas físicas e jurídicas de maneira equitativa, desde que tenham contribuído para a prática dos crimes estabelecidos por essa legislação.

Por outro lado, a responsabilidade administrativa, incorporada à Lei de Crimes Ambientais (Lei n.º 9.605/98), considera como infração qualquer ação ou omissão que contrarie a promoção, proteção e recuperação do meio ambiente. Nesse contexto, o Decreto n.º 6.514/08 estipula que a responsabilidade da administração pública é prevenir danos e, na ocorrência destes, é seu dever ressarcir o dano causado. Essa

abordagem reforça a importância da prevenção e da reparação na gestão ambiental pública.

Assim, em conformidade com o princípio da Proporcionalidade, não há a alternativa de inação por parte do Estado. Em vez disso, é imperativo que o Estado intervenha de acordo com as diretrizes estabelecidas no artigo 225 da Constituição, seja promovendo a educação ambiental, protegendo a fauna e a flora por meio de medidas afirmativas, ou adotando medidas restritivas. Nesse contexto, é fundamental que os poderes: judiciário, legislativo e executivo dediquem esforços à realização dos direitos fundamentais, especialmente no que concerne à dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, o Estado é obrigado a implementar medidas que assegurem a proteção do meio ambiente, uma vez que a omissão estatal seria considerada uma prática inconstitucional. Portanto, a atuação estatal se torna essencial na busca pela concretização dos direitos fundamentais e na preservação da dignidade da pessoa humana.

Por fim, ao se abordar interesses difusos, como o direito ao ambiente, a doutrina não reconhece as excludentes de ilicitude, como força maior, caso fortuito ou fato de terceiro, devido à aplicação da teoria do risco integral. No que diz respeito à excludente de força maior, especialmente em situações envolvendo eventos naturais, é necessário realizar uma análise específica do caso concreto.

6 POLÍTICAS PÚBLICAS E ESTRATÉGIAS DE INTEGRAÇÃO

É de conhecimento geral que os refugiados ambientais não são contemplados nos termos da Lei 9.474/97, a qual delinea as características que determinarão o reconhecimento formal como refugiado. Nesse contexto, não há uma distinção de natureza pessoal, mas sim de caráter social e político. Em outras palavras, qualquer indivíduo pode potencialmente se tornar um refugiado, desde que esteja iminente a sofrer perseguição por diversas razões, conforme anteriormente delineado nos capítulos precedentes.

Dessa forma, mesmo em face da inexistência de regulamentações específicas em outras legislações, ainda existem iniciativas por parte de governos municipais e estaduais para a mitigação do problema exposto a exemplo do Departamento

Municipal de Habitação de Porto Alegre - DEMHAB que vem adotando algumas medidas para proporcionar suporte a essas pessoas. Dentre essas iniciativas, destacam-se o Aluguel Social e as Casas de Emergência.

Sendo assim, Aluguel Social consiste na concessão de um subsídio mensal equivalente ao valor de um aluguel popular, concedido por um período de cinco meses a famílias sem moradia. Seu objetivo principal é viabilizar o reassentamento de famílias alojadas em áreas de risco, preservação ambiental ou que tenham sido impactadas por catástrofes ambientais. Essa abordagem demonstra uma tentativa concreta de resposta às necessidades imediatas dessas comunidades, mesmo diante da lacuna normativa que permeia a questão dos refugiados ambientais.

Uma proposta adicional consiste no estabelecimento de compromissos entre os Estados como meio de enfrentar o desafio dos deslocamentos populacionais. Essa abordagem sugeriria a criação de uma nova Convenção fundamentada em princípios gerais de direito, sem fazer distinções em relação às motivações por trás dos deslocamentos. A meta principal seria atenuar as consequências adversas dessas migrações e implementar medidas que reduzam as causas subjacentes aos deslocamentos, imputando responsabilidade aos Estados que mais contribuem para o aumento do número de deslocados.

Num contexto de sociedade globalizada permeada por riscos, é imperativo consolidar e fortalecer as estruturas de poder. Nesse sentido, a convicção é de que os Estados devem desenvolver a habilidade de cooperar e negociar normas transnacionais, as quais busquem garantir direitos para todos. Essa abordagem visa proporcionar uma maior capacidade de conciliação entre a realidade do nacionalismo e a emergente dinâmica do transnacionalismo (BECK, 2006).

Propõe-se a elaboração de acordos bilaterais para resolver questões regionais mais específicas e urgentes, a exemplo das situações enfrentadas pela Ilha de Tuvalu, situação que inclusive já foi discutida na COP-26 em exótico caso no qual o ministro da ilha discursou de dentro do mar em protesto contra risco de a ilha desaparecer.

Contudo, é importante ponderar que esses acordos podem potencialmente resultar na exclusão de indivíduos situados fora das fronteiras nacionais dos Estados que aderirem a tais pactos. Apesar dessa ressalva, a autora destaca a importância desses acordos como ferramentas eficazes para lidar com desafios imediatos e circunstâncias regionais específicas.

Dessa maneira, ao optar por compromissos entre os Estados, através de uma nova Convenção e acordos bilaterais, abre-se espaço para uma abordagem mais abrangente e adaptável aos variados contextos de deslocamento populacional. Estabelecer responsabilidades compartilhadas entre os Estados e buscar soluções específicas para casos regionais pode representar um passo significativo em direção a uma resposta mais eficiente e justa diante do complexo fenômeno dos deslocamentos humanos.

É imprescindível ressaltar a importância de conduzir pesquisas mais abrangentes a fim de avaliar a relação entre a migração decorrente de crises e seu impacto no meio ambiente. Tal investigação deve considerar a possibilidade de efeitos retardados, os quais podem derivar, entre outros fatores, do aumento do consumo de bens e serviços por parte daqueles que, atualmente categorizados como refugiados, se integram à sociedade e experimentam melhorias no poder aquisitivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À medida que mergulhamos nas complexidades do fenômeno dos refugiados ambientais ao longo deste artigo, torna-se evidente que esta é uma questão que não pode ser ignorada ou abordada de maneira fragmentada. Desde a análise histórica e filosófica do conceito até a exploração da realidade dos refugiados ambientais no Brasil, deparamo-nos com um desafio que transcende fronteiras e exige respostas globais, éticas e coordenadas.

A evolução do entendimento sobre refugiados ambientais revelou não apenas uma mudança nos padrões climáticos, mas também uma transformação na narrativa humanitária. Essa evolução, entrelaçada com a complexidade das causas e consequências da migração ambiental, destaca a necessidade premente de abordagens colaborativas e proativas para enfrentar os desafios crescentes. A normativa, tanto brasileira quanto global, revelou-se insuficiente, clamando por revisões e adaptações que reflitam não apenas a urgência da situação, mas também os princípios fundamentais de justiça social.

Ao contemplarmos a realidade dos refugiados ambientais no Brasil, através de estudos de casos e experiências concretas, somos confrontados com a urgência de ações coordenadas que transcendam as respostas pontuais. As organizações não

governamentais, desempenhando um papel crucial na assistência aos refugiados ambientais, apontam para a necessidade de parcerias sólidas entre setores público e privado, fortalecendo uma rede de suporte capaz de lidar com as dimensões multifacetadas desse desafio.

A responsabilidade estatal, seja na mitigação das causas ambientais ou na assistência humanitária, emerge como um princípio orientador. Concomitantemente, a sociedade civil desempenha um papel crucial ao pressionar por políticas mais robustas e participar ativamente na implementação de estratégias que promovam a integração e a dignidade dos refugiados ambientais.

As políticas públicas e estratégias de integração, por sua vez, não podem ser meramente reativas. Devem ser moldadas por uma visão proativa que não apenas lide com as consequências imediatas, mas que também enderece as raízes profundas do problema. A cooperação entre governos, organizações não governamentais e a sociedade civil emerge como a espinha dorsal para o sucesso dessas políticas, destacando a necessidade de uma abordagem holística e inclusiva.

Em última análise, a conclusão a que chegamos é que a questão dos refugiados ambientais não é apenas um desafio, mas uma oportunidade para a humanidade demonstrar solidariedade, compaixão e responsabilidade global. A conscientização sobre a interconexão entre meio ambiente, direitos humanos e segurança global é crucial. À medida que enfrentamos as consequências cada vez mais tangíveis das mudanças climáticas, a busca por soluções deve ser marcada pela cooperação internacional, pela promoção de políticas ambientais sustentáveis e pela proteção efetiva dos direitos fundamentais dos refugiados ambientais. Trilhar esses caminhos requer não apenas ações imediatas, mas também um compromisso duradouro com a construção de um futuro mais justo, resiliente e solidário para todos.

REFERÊNCIAS

AFIFI, Tamer; JÄGER, Jill. *Environment, Forced Migration and Social Vulnerability*. Heidelberg: Springer, 2010.

ANDRADE, Bruno Yves Batista Barbosa de. A AUSÊNCIA DE TUTELA NORMATIVA QUANTO AOS REFUGIADOS AMBIENTAIS. In: ANDRADE, Bruno Yves Batista Barbosa

de. A AUSÊNCIA DE TUTELA NORMATIVA QUANTO AOS REFUGIADOS AMBIENTAIS. Orientador: Prof. Me. Ulisses da Silveira Job. 2018. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em ciências jurídicas) - UFPB, Santa Rita, 2018. f. 29.

ARENDT, H. Origem do totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BAUMAN, Zygmunt. A Modernidade Líquida. In: BAUMAN, Zygmunt. A Modernidade Líquida. Brasil: Zahar, 2002. p. 9-260.

BECK, U. Cosmopolitan vision. Trad. Ciaran Cronin. Cambridge: Polity, 2006. Disponível em: Acesso em: 06 maio de 2018.

BRASIL. Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados. Promulgada pelo Decreto n. 50.215 de 28 de janeiro de 1961. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D50215.htm>. Acesso em: 27 set. 2023.

BÜHRING, Marcia Andrea. A responsabilidade do estado por danos ambientais: o nexo causal e a questão dos “refugiados” ambientais. In: ZAVASCKI, Liane Tabarelli; JOBIM, Marco Félix (Org.). Diálogos constitucionais de direito publico e privado. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2011.

CARLSON, Rachel. Primavera Silenciosa. Nova York: Portico, 1962.

DA, C.; BUENO, S. “REFUGIADOS AMBIENTAIS”: EM BUSCA DE AMPARO JURÍDICO EFETIVO 1. [s.l: s.n.]. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/claudia_bueno.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2023.

DA COSTA, Alessandra Leandro. ENSAIOS SOBRE MIGRAÇÕES E IMPACTOS AMBIENTAIS. In: DA COSTA, Alessandra Leandro. ENSAIOS SOBRE MIGRAÇÕES E IMPACTOS AMBIENTAIS. Orientador: Reinaldo Farias Paiva de Lucena. 2019. PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DESENVOLVIMENTO E MEIO AMBIENTE - PRODEMA (Pós Graduação) - UFPB, João Pessoa - PB, 2019. f. 44.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris: ONU, 1948.

DEMOLINER, Karine Silva. O princípio da solidariedade no contexto de um estado socioambiental de direito. 2011.283f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2011. p. 135-140.

EL-HINNAWI, Essam. Environmental refugees. 1. ed. Nairobi, Kenya: United Nations Environment Programme, 1985. 41 p. ISBN 9280711032.

FENSTERSEIFER, Tiago. A responsabilidade do Estado pelos danos causados às pessoas atingidas pelos desastres ambientais ocasionados pelas mudanças climáticas: uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do Estado e da correspondente proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente. In: LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanêsa Buzelato (Org.). Direito e Mudanças Climáticas. Responsabilidade Civil e mudanças climáticas 2. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2010. p 104.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. Dignidade da pessoa humana. Princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2012. p.120.

ODERTH, Reidar. An introduction to the study of human migration: an interdisciplinary perspective. Lincoln: iUniverse, 2002.

RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Org.). 60 Anos de ACNUR perspectivas de futuro. São Paulo: CL-A Cultural, 2011.p 124.

REFUGIADO ou Migrante? O ACNUR incentiva a usar o termo correto. In: EDWARDS, Adrian. Refugiado ou Migrante? O ACNUR incentiva a usar o termo correto. Genebra: ACNUR, 1 out. 2015. Disponível em:
<https://www.acnur.org/portugues/2015/10/01/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-a-usar-o-termo->

SEGURANÇA JURÍDICA: GARANTIA CONSTITUCIONAL E STF

Helma Gomes Rodrigues*
Marcel Silva Luz**

RESUMO

O ativismo judicial é um fenômeno recente no sistema judicial brasileiro e que se faz sentir mais significativamente no Supremo Tribunal Federal. Na relação dos três poderes, é preciso lembrar que os direitos e deveres de algumas pessoas conflitam com os de outras. Sendo assim, quando demandado, o Judiciário deve julgar. Ocorre que essa intervenção no comportamento e o julgamento mais ancorado em princípios, mais casuístico e menos dogmático, traz muita insegurança jurídica. O objetivo deste estudo foi analisar a amplitude da segurança jurídica e a sua garantia constitucional e STF. Para o alcance dos objetivos, este estudo trata-se de uma pesquisa de método descritivo, onde foram usadas as técnicas de análise documental e também revisão bibliográfica. A segurança jurídica é um tema que perpassa a história e se confunde com o surgimento do direito. Inicialmente, as sociedades eram regidas por religiões politeístas, cujas crenças eram baseadas em um poder divino mais forte e inexplicável, que dominou desde os primórdios da civilização até a Idade Média. Na verdade, a segurança jurídica é atualmente vista como a própria segurança do direito, um conceito contemporâneo de princípio no direito positivo (constitucional e subconstitucional) que permeia a maioria dos sistemas jurídicos estrangeiros.

Palavras-chave: Segurança jurídica, Constituição, Ativismo judicial, STF.

ABSTRACT

Judicial activism is a recent phenomenon in the Brazilian judicial system and is most significantly felt in the Federal Supreme Court. In the relationship between the three powers, it is necessary to remember that the rights and duties of some people conflict with those of others. Therefore, when requested, the Judiciary must judge. It turns out that this intervention in behavior and judgment that is more anchored in principles, more casuistic and less dogmatic, brings a lot of legal uncertainty. The objective of this study was to analyze the extent of legal security and its constitutional and STF guarantee. To achieve the objectives, this study is a descriptive research method, where document analysis techniques and bibliographic review were used. Legal security is a theme that runs through history and is intertwined with the emergence of law. Initially, societies were governed by polytheistic religions, whose beliefs were based on a stronger and inexplicable divine power, which dominated from the beginnings of civilization until the Middle Ages. In fact, legal certainty is currently seen as the security of law itself, a contemporary concept of principle in positive law (constitutional and subconstitutional) that permeates most foreign legal systems.

Key words: Legal security, Constitution, Judicial activism, STF.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 incorporou o princípio da segurança jurídica ao nosso ordenamento jurídico. Este princípio está relacionado com a fiabilidade do sistema jurídico e aplica-se quando não existem julgamentos unilaterais e alterações inadequadas na jurisprudência dominante sobre um assunto específico (Delgado, 2011).

No que diz respeito ao conceito de segurança jurídica, Canotilho (2002) explica que um indivíduo tem o direito de acreditar que seus atos ou decisões públicas afetam seus direitos, situação ou relações jurídicas com base nas normas legais válidas para essas ações judiciais. As autoridades deixam os poderes legais obrigatórios previstos e prescritos por estas normas com força legal. Portanto, uma das questões que tem suscitado debates sobre a insegurança jurídica em nosso país está diretamente relacionada ao chamado ativismo judicial.

O ativismo judicial é um fenômeno recente no sistema judicial brasileiro e que se faz sentir mais significativamente no Supremo Tribunal Federal. Corresponde à expressão criativa de juízes que buscam uma nova hermenêutica para gerar suas decisões, com o objetivo de tornar válidos os direitos consagrados na constituição, principalmente na ausência de poderes que tenham como função precípua regulá-los (Ribeiro, 2022).

Os poderes legislativo e executivo vivem atualmente uma crise institucional e democrática, muitas vezes fugindo de suas funções constitucionalmente atribuídas, desacreditando a sociedade brasileira como um todo.

Em face dessa circunstância não pode o Poder Judiciário se manter omissivo quando provocado, precipuamente, o Supremo Tribunal Federal que é o guardião da Constituição. Atualmente, é nítida a transferência para Supremo Tribunal Federal da competência para se manifestar sobre temas de extrema relevância para o País, como por exemplo, pesquisas sobre células-tronco, relações homoafetivas, demarcação de terras indígenas, dentre outras (Ribeiro, 2022).

O ativismo judicial suscita, assim, debates relacionados a sua constitucionalidade, devido a defesa por parte da doutrina que a prática do ativismo judicial é uma ferramenta de defesa dos direitos fundamentais, já que a Carta Magna redemocratizou o país e deu ao Judiciário o poder de intervir em diversas

demandas.

Conseqüentemente o ativismo social pode ser visto como uma garantia de direitos fundamentais na ausência do poder legislativo e executivo. Contudo, para outros estudiosos o ativismo judicial viola o princípio da segurança jurídica, pois, subentende-se que viola o princípio da segurança jurídica porque quando os limites da lei são ultrapassados, os juizes tornam-se legisladores e enfrentam assim um desequilíbrio entre os três poderes.

Na relação dos três poderes, é preciso lembrar que os direitos e deveres de algumas pessoas conflitam com os de outras. Sendo assim, quando demandado, o Judiciário deve julgar. Ocorre que essa intervenção no comportamento e o julgamento mais ancorado em princípios, mais casuístico e menos dogmático, traz muita insegurança jurídica. Nesta nova realidade, a construção de segurança e certeza torna-se crucial, pois a segurança implica uma maior aceitação da interdependência entre os indivíduos nas relações sociais, ou seja, um nível mínimo de confiança necessário para viver em sociedade. (Camargo; Bailarini, 2012).

O ativismo judicial é uma forma de atuação ativa do judiciário diante das decisões e questões inerentes que envolvem os outros dois poderes da república: o legislativo e o executivo. Em outras palavras, o ativismo judicial é a intervenção judicial em atos ou ações praticadas por agentes dos poderes executivo e legislativo. A aplicação adequada do ativismo judicial é a linha tênue entre agir para prevenir o abuso de poder, manter a segurança jurídica, relações harmoniosas e (in)dependência entre os poderes.

Mesmo diante da independência teórica entre os poderes, eles estão claramente inter-relacionados e dependentes. No entanto, o poder judiciário vem modificando o direito com sua Jurisprudência, isso se chama ativismo judicial.

Um questionamento que surgiu nos últimos anos é que o ativismo judicial muitas vezes impõe certos limites, exercendo poder sobre o legislativo e o executivo, intervindo excessivamente e até sendo relativamente parcial.

O equilíbrio entre os poderes deve ser respeitado. É claro que, para manter o equilíbrio necessário, todos os poderes devem respeitar seus limites e regras de atuação, pois a infração a essas disciplinas gera crise no sistema representativo, que gera crise no sistema executivo, e faz com que o poder judiciário tenha muita força e com a ideia de um neoconstitucionalismo, que o autoriza na construção de decisões

com base em princípios, intervindo diretamente em áreas muito importantes como a saúde, a educação, a moradia. O julgamento amparado em princípios atrapalha a segurança jurídica e os limites dogmáticos aos julgados. Sendo que a dogmática é um limite ao julgador.

A presente pesquisa buscou contribuir com informações acerca da segurança jurídica e a sua garantia constitucional e STF. Para avaliar a extensão desse fenômeno e suas peculiaridades, torna-se necessário perquirir acerca de importantes elementos da dogmática constitucional e sobre a repercussão político-social do ativismo.

A correta aplicação do ativismo judicial é uma linha muito tênue entre o dever de agir para impedir abusos de poder, mantendo a segurança jurídica, a relação harmônica e (in)dependência entre os poderes. A forma de se resolver essa tensão criada pelo ativismo judicial em excesso é a adequação dos atos praticados pelos poderes, se cada um agir dentro das normas e nos limites previstos, não é necessária a intervenção e conseqüentemente se mantém o respeito às ações praticadas, criando a conseqüente segurança jurídica, pois um está diretamente relacionado ao outro.

O estudo buscou responder: 1. Existe ativismo judicial na atividade jurisdicional do STF? 2. E ocorrendo esse ativismo judicial, ele gera insegurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro? De que forma? 3. É possível estabelecer parâmetros ou limites jurídicos para a verificação do ativismo judicial?

Diante do exposto este estudo tem como objetivo geral: Analisar a amplitude da segurança jurídica e a sua garantia constitucional e STF. E como objetivos específicos: investigar o ativismo judicial na atividade jurisdicional do STF; analisar parâmetros ou limites jurídicos para a verificação do ativismo judicial; examinar a insegurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro.

Para o alcance dos objetivos, este estudo trata-se de uma pesquisa de método descritivo, onde foram usadas as técnicas de análise documental e também revisão bibliográfica a qual consiste no desenvolvimento de uma pesquisa a partir de material já elaborado, ou melhor, desenvolve-se a partir da resolução dos problemas através de referenciais teóricos (GIL, 2002). Realizada no corrente ano, usando base de dados online e artigos impressos, com o fito de analisar a segurança jurídica e a sua garantia constitucional e o STF.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SEGURANÇA JURÍDICA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A segurança jurídica é um tema que perpassa a história e se confunde com o surgimento do direito. Inicialmente, as sociedades eram regidas por religiões politeístas, cujas crenças eram baseadas em um poder divino mais forte e inexplicável, que dominou desde os primórdios da civilização até a Idade Média (Vainer, 2006).

Assim, a busca pela segurança da relação jurídica remonta aos primórdios da positivação e codificação do direito, incluindo os valores e figuras da sociedade que vão consolidando a situação fática ao longo do tempo, como vem sendo praticado desde regimes de direito romano como o a aquisição de bens por usucapião, regime jurídico da Lei das XII Tábuas com claro enfoque na proteção jurídica (Coelho, 2015).

Para a literatura profissional, porém, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1879, legado histórico da Revolução Francesa, foi um marco importante no reconhecimento da segurança jurídica no campo do direito positivo, e para o estabelecimento de normas jurídicas e o consequente reconhecimento da segurança jurídica. Na contemporaneidade, porém, sob a ótica do positivismo jurídico da Revolução Francesa pós-revolucionária, o problema da segurança jurídica se intensificou e passou a ser abordado sob outro prisma, à luz dos conceitos neodogmáticos avançados pelos grandes pensadores do século XX (Mosiman, 2019).

Conforme ensina o eminente estudioso Celso Antonio Bandeira de Mello (2000, p. 165), o princípio da segurança jurídica "é, porém, a essência do próprio direito e, principalmente, do Estado Democrático de Direito, de modo que faz parte do ordenamento constitucional como um todo". Deste modo, é certo que, quer se faça ou não referência explícita ao direito à segurança jurídica, se enraizou a ideia de que um verdadeiro estado de direito é também em princípio sempre um estado juridicamente seguro, pois segundo Ingo Sarlet (2004, p. 130):

do contrário, também o 'governo das leis' (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades. (...) Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional.

No direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988, além de mencionar a segurança como valor fundamental em seu preâmbulo, incorporou-a juntamente com os direitos elencados no caput do artigo 5º, bem como os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade. Significa que eles têm caráter elevado e precisam orientar as ações do país (Ribeiro, 2022).

Sendo os direitos justapostos à segurança jurídica os chamados direitos fundamentais, cujo reconhecimento e garantia são considerados essenciais à efetivação da dignidade da pessoa humana, fica claro que a proteção desses direitos só é possível se houver um mínimo de segurança jurídica (Abreu, 2013).

2.1 A SEGURANÇA JURÍDICA E A SUA IMPORTÂNCIA COMO ELEMENTO DO ESTADO DE DIREITO

O princípio da segurança jurídica, ou princípio da confiança jurídica, é um dos princípios básicos do Estado de Direito e faz parte de todo o sistema constitucional, sendo, portanto, também um dos mais importantes princípios jurídicos gerais. O seu objetivo é garantir a estabilidade de relações já fortes face às inevitáveis evoluções jurídicas a nível legislativo e jurisprudencial. Este princípio tem diversas aplicações, como a proteção de direitos adquiridos, atos jurídicos aperfeiçoados e coisa julgada (Carvalho, 2022).

A segurança jurídica, tanto objetiva quanto subjetivamente, representa grande proteção contra ações descabidas que possam ser cometidas sob a égide do poder arbitrário, sem quaisquer consequências ou justificativas. O direito, como norma universal e abstrata que vinculava a todos, era entendido como a maior garantia de direitos porque representava uma ruptura com o modelo absolutista vigente na época (Vasconcelos; Braga, 2016).

Nesse contexto, é possível compreender o papel central assumido pelo princípio da legalidade (ou do rule of law na tradição inglesa), segundo o qual deveria haver uma supremacia política do Legislativo, submetendo o Poder Executivo a fazer apenas aquilo que a lei lhe permitia e limitando o Poder Judiciário à função de “boca da lei” (Carvalho, 2022).

Esta concepção das respectivas competências dos três poderes foi o resultado do triunfo dos conceitos liberais na Europa após a Revolução Francesa, uma vez que

o legislativo submetia outros poderes, mas estava sujeito ao controlo da burguesia, geralmente através da limitação do poder legislativo. voto. Essa dinâmica é extremamente benéfica para as organizações capitalistas porque “os laços que ligam ou vinculam as funções do Estado ao direito geral protegem o sistema liberal codificado do direito privado burguês e da economia de mercado” (Canotilho, 1993).

Ou seja, pode-se dizer que a economia de mercado opera com a lógica da previsibilidade do risco de investimento e do Estado de Direito, santificando o procedimento de emissão de normas como único critério de efetividade, e assim alcança uma prosperidade sem precedentes (Santamaria, 2011), reduzindo sobremaneira os riscos das operações comerciais.

No que diz respeito ao ambiente de negócios, as proteções legais, aliadas a itens básicos como infraestrutura, qualidade educacional, formação profissional e um sistema de administração pública desburocratizado, servem como pilares fundamentais para atração, criação e manutenção de empresas e empregos (Portal da Indústria, 2021).

Por outro lado, a insegurança jurídica cria muita desconfiança entre instituições e investidores. Pois, conseqüentemente, as empresas não conseguem prever as conseqüências das suas ações com base nas normas legais aplicáveis devido à complexidade do texto ou às diferenças na compreensão da sua interpretação. Quanto mais estável e clara for a lei e as possíveis sanções em caso de incumprimento, maior será a oportunidade para os investidores investirem e realizarem transações comerciais num determinado mercado (Portal da Indústria, 2021).

Desta forma, a insegurança jurídica afeta diretamente a economia de um país porque, é pouco provável que os investidores confiem em um poder judicial cujas decisões são incompletas e cuja jurisprudência está em constante mudança. É crucial para os investidores que as conseqüências das suas ações sejam conhecidas. Por fim, a falta de segurança jurídica também aumenta a pressão sobre o Judiciário para judicializar situações que podem ser resolvidas sem recurso à Justiça quando a lei é mais clara.

2.2. SEGURANÇA JURÍDICA FORMAL E AS INICIATIVAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

As garantias jurídicas formais e a iniciativa da nova lei processual civil entendem as garantias jurídicas como segurança jurídica e garantias de alterações retroativas, permitindo dividir as instituições em dois aspectos: garantias jurídicas objetivas e garantias jurídicas subjetivas (princípio da confiança) (Carvalho, 2022).

Contudo, esta divisão não é suficiente. Algumas pessoas acreditam que a compreensão da proteção jurídica no Estado de direito democrático deve ser considerada a partir de duas dimensões: uma é a forma e a outra é a substância. Em primeiro lugar, a dimensão formal da segurança jurídica é a garantia da previsibilidade jurídica e da rápida resolução dos conflitos (Vasconcelos; Braga, 2016).

Ao analisar os tribunais nas sociedades contemporâneas, com foco no caso português, Santos (1996) descreve a presença de litigantes frequentes, que se envolvem em litígios 410 similares ao longo do tempo (repeat players), ao passo que outros buscam o poder judiciário apenas esporadicamente (one shot players).

Os autores explicam ainda que a frequência ou habitualidade de um litigante depende não só do tipo de litígio em que está envolvido, mas também dos recursos que possui e das suas relações com o poder judiciário.

Esta situação resultou numa invasão da própria estrutura pública. As grandes empresas aproveitam a irrevogabilidade da jurisdição para organizarem os seus negócios tendo em conta a possibilidade de conflito e estruturarem-se para poderem realizar diferentes procedimentos, o que significa que os custos contenciosos são menores em comparação com a construção de departamentos especializados (Carvalho, 2022).

Por outro lado, os litigantes esporádicos raramente recorrem ao poder judicial e, quando o fazem, por não terem as estruturas necessárias para o fazer, não dispõem dos meios adequados para conduzir o litígio e não recebem a necessária resposta rápida do poder judicial. O judiciário está sobrecarregado com numerosos casos movidos por litigantes frequentes (Carvalho, 2022).

O Conselho Nacional de Justiça (2011) realizou estudo para apurar quais são os cem maiores litigantes do Brasil e apresentou os seguintes dados:

Observa-se (...) que o setor público federal e os bancos representam cerca de 76% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais, enquanto o setor bancário corresponde a mais da metade do total de processos

pertencentes aos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual (54%).

Os dados acima comprovam a ocupação das estruturas públicas acima mencionadas. Esta “colonização” da estrutura judicial conduziu a uma crise estrutural insustentável de sobrelotação de processos e até colocou em causa a legitimidade do poder judicial.

Essa situação resultou em uma taxa de congestionamento no Judiciário (representando o percentual de processos que não foram baixados naquele ano) de 71,4% em 2014 (CNJ, 2015).

Na verdade, esta situação é alarmante e incentiva diversas reformas que buscam soluções para a referida crise. A última grande reforma destinada a lidar com esta situação foi a aprovação da Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil).

O referido projeto de lei (Brasil, 2010) utiliza o termo “segurança jurídica” nove vezes. No entanto, a preocupação com a segurança jurídica articulada no projeto acima mencionado é a mesma que a articulada no Documento Técnico 319 do Banco Mundial acima mencionado, na medida em que se limita à previsibilidade dos atos jurídicos, expressando claramente a intenção dos atos jurídicos. Incluindo a atuação do Judiciário, veja:

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. (Brasil, 2010).

A proposta apresentada pelo Novo Código de Processo Civil foi denominada “microssistema para resolução de casos duplicados” pelo Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis (Nunes, 2015).

Neste microssistema não estão incluídos os pedidos reiterados de eventos de liquidação (artigo 133 e seguintes da Nova Lei de Processo Civil) e de presunção de jurisdição (artigo 947 da Nova Lei de Processo Civil), o que não apenas atende ao objetivo deste artigo, mas também corporiza o novo processo civil. O poder do

conceito de jurisdição vertical adotado pela lei.

A julgar pelo sistema proposto pelos dois incidentes acima mencionados, a questão das taxas de congestionamento é resolvida através do fortalecimento dos precedentes judiciais, tais como a tomada em consideração de resumos vinculativos que ocorreram anteriormente. O objetivo deste estudo não é analisar em profundidade os eventos acima mencionados, mas a julgar pela implementação no Brasil, a adoção do sistema de precedentes é obviamente mais para reduzir a taxa de congestionamento do sistema judicial, estabelecendo precedentes obrigatórios. Aplicar um julgamento mais justo do que alcançar (Carvalho, 2022).

3. ASPECTOS TÉCNICOS E FORMAIS DO ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO

Na nova fase constitucional brasileira da Constituição Federal de 1988, o Judiciário, com seus princípios básicos e garantias fundamentais, passou de uma instituição puramente técnica para a esfera política. A redemocratização abre espaço para que as pessoas possam fazer valer seus direitos sociais de forma mais dinâmica e com bem-estar, nos termos constitucionalmente prescritos. Assim como há um positivismo intensificado neste país, pede-se aos operadores do direito que saiam de seus tecnicismos entrando em questões que deveriam ser tratadas pelas instituições políticas por sua atribuição imediata (típica) ou primária (Abreu, 2013).

O ativismo judicial nasceu e se desenvolveu nos Estados Unidos. No entanto, o fenômeno se espalhou para outros países, inclusive o Brasil. Dado o princípio da separação de poderes, a conceituação de ativismo judicial continua a gerar intenso debate acadêmico (Ribeiro, 2022).

O ativismo judicial é uma espécie da judicialização da política, sendo descrito como “uma atitude, ou seja, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (Abreu, 2013, p. 140). Esse autor, sobre o tema, relata que, “enfim, podemos concluir que o ativismo judicial se mostra como a ampliação do poder dos tribunais no controle dos demais poderes, pelo viés constitucional” (p. 142).

Não obstante o ativismo judicial seja encontrado com maior facilidade na Corte Suprema, o instituto pode ser visto também em outras instâncias, embora menos frequentes. Nos ensinamentos, Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes dispõe que o ativismo judicial pode ser dividido em judicial ou extrajudicial, posto que “o primeiro é realizado na prestação jurisdicional dos magistrados, sobretudo da Corte Constitucional”; Fernandes (2012) continua relatando que “o segundo, refere-se à forma como os magistrados se portam perante os demais Poderes, a sociedade e a opinião pública, como, por exemplo, quando concedem entrevistas, discursos e outras formas de pronunciamento externo ao processo” (p. 106).

No pensamento de Luís Roberto Barroso (2019), o ativismo judicial apresenta as seguintes características: a aplicação direta da Constituição a situações não explicitamente consideradas em seu texto, sem levar em conta as manifestações dos legisladores ordinários; Declarar inconstitucionais atos normativos promulgados por

legisladores com base em padrões menos rigorosos do que patentes e violações flagrantes da constituição; e imposição de atos ou abstenções de poderes públicos, especialmente em questões de ordem pública.

O ativismo judicial tem duas características: uma é que invade o campo do poder legislativo, inova ativamente o ordenamento jurídico e priva os cidadãos de seus direitos democráticos de serem representados por pessoas que elegem; omissões foram supridas e novos precedentes foram criados. Notavelmente, um juiz poderia ter tomado uma decisão usando a lei estabelecida, que incluía normas, precedentes, súmulas e muitas outras ferramentas que se aplicavam a ele; no entanto, inovou no sistema jurídico, que, em poucas palavras, transformou a conclusão do magistrado em legislador atuante, esta é uma questão típica do poder legislativo, corpo político representado democraticamente por cidadãos eleitos (Ribeiro, 2022).

Tipicamente cabe ao Poder Legislativo a inegável garantia constitucional de editar leis. O Brasil encontra-se doutrinariamente num país “codicístico”, no qual se vê a grande necessidade de edição de normas para fundamentar uma situação, como se isso fosse garantir ao cidadão sua mais grandiosa “justiça”. Nesse sentido, o ativismo judicial ultrapassaria os limites impostos pela Constituição Federal, adentrando na esfera do Legislativo, perfazendo um conflito jurisdicional. Assim, “os juízes não são eleitos, bem como não são responsáveis perante os eleitores, como ocorre com os legisladores, logo não poderiam criar leis” (Abreu, 2013, p. 229).

O ativismo judicial no Brasil é, assim, objeto de controvérsias e controvérsias doutrinárias. Na maioria dos casos, porém, sua aplicação no sistema brasileiro se justifica, pois, os tribunais exigem uma abordagem mais agressiva e arrogante para fazer valer os valores e preceitos contidos na Constituição Federal de 1988. Essa discussão levanta questões como se essa prática é legal em nosso ordenamento jurídico. E traz a tona o termo “supremocracia”, que diz respeito à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente. Neste sentido, finalmente o Supremo Tribunal Federal tornou-se supremo.

3.1. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO ATIVISMO JUDICIAL

Alguns juristas que se opõem ao ativismo judicial acreditam que a intervenção excessiva do poder judicial causará um desequilíbrio entre os três poderes, e que o

poder judicial não tem legitimidade para intervir a seu critério, causando assim um desequilíbrio entre os três poderes.

3.1.1 Fenômeno do Pamprincipiologismo

O pamprincipalismo é um fenômeno que surgiu na jurisprudência brasileira, especialmente nas últimas décadas. É um fenômeno de "criação" de princípios. Esses princípios perderam sua natureza normativa e estão separados do sistema jurídico. O objetivo de sua criação é confirmar a decisão que foi previamente determinada por um juiz. (Ciena, Pedroso, Tiroli, 2020)

Desta forma, é compreensível que o Poder Legislativo perca a sua legitimidade e o Poder Judiciário não respeite as inovações jurídicas do Poder Legislativo baseadas nos princípios de interpretação e aplicação da Constituição acima da própria lei. (Camargo, 2016).

O uso indevido de princípios nas decisões judiciais fragiliza a autonomia dos direitos marcada pelo positivismo e, na opinião do autor, na falta de interpretação do direito apropriado. O intérprete deve fazer uso deste princípio teoria porque, na ausência de um princípio aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo (Streck, 2012).

3.1.2 Discricionariedade nas decisões judiciais

A discricionariedade é o poder que a administração pública tem numa determinada situação para escolher uma das diversas soluções legalmente permitidas. Dessa forma, o Poder Executivo pode fazer escolhas no desempenho de suas funções e ter certo grau de liberdade em termos de conveniência, oportunidade, interesse, conteúdo e justificativa dos atos administrativos (Cunha Júnior, 2014).

É, portanto, uma definição decorrente do direito administrativo e fornece permissão legal para os administradores agirem dessa maneira. Porém, no campo judicial, o conceito do termo é muito diferente, pois o termo discricionariedade refere-se ao espaço dentro do qual um juiz pode formular legalmente uma solução adequada para um caso que lhe foi submetido para julgamento. No entanto, isto significa que o juiz estabelece realmente uma estipulação para o caso que não é apoiada pelo

sistema jurídico antes de a decisão ser tomada, ou que vai além das restrições semânticas e chega à arbitrariedade, como acontece frequentemente. (Streck, 2013).

Em suma, a discricionariedade que o ativismo judicial pode gerar pode representar um obstáculo significativo à democracia, razão pela qual "nos regimes democráticos e nos sistemas jurídicos, não há (mais) espaço para que as convicções pessoais dos 'juízes' se tornem a solução para a lei. O "padrão" de incerteza é, em suma, a solução para "casos difíceis". (Streck, 2013).

3.1.3 Violação à separação de poderes

O principal argumento contra o ativismo judicial é que ele é prejudicial à democracia porque a separação de poderes é uma disposição permanente da Constituição Federal de 1988.

O principal argumento contra o radicalismo é que apenas o legislativo e o executivo são eleitos pelo povo. Portanto, apenas os membros do poder legislativo são autorizados pelos cidadãos a elaborar leis que respondam às suas exigências e reivindicações. Por sua vez, uma vez que o poder judiciário não passa pelo direito de voto, numa perspectiva positivista jurídica, o poder judiciário seria desqualificado para fazer leis por meio de decisões judiciais porque tal comportamento desafia o sistema de freios e contrapesos inspirado em Montesquieu, que equilibra a atração gravitacional entre as leis e/ou três tipos de poder (VITORIO, 2011).

Portanto, alguns estudiosos têm certos temores sobre a "ditadura judicial". Desta forma, o ativismo judicial pode tornar-se um fator pernicioso na harmonia do poder, de tal forma que o Judiciário interfere na administração pública e no poder constitucional.

3.2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO ATIVISMO JUDICIAL

Quanto à linha de pensamento adotada por alguns juristas que apoiam o ativismo judicial, ela se baseia na ideia de que o Judiciário tem legitimidade e deve intervir porque a Constituição Federal de 1988 confere essa autonomia.

3.2.1 Ativismo judicial como garantia de direitos fundamentais

A Constituição Federal de 1988 é o parâmetro dentro do qual todos os ordenamentos jurídicos devem ser lidos e interpretados. Todas as interpretações jurídicas tornam-se, portanto, interpretações constitucionais, uma vez que a Carta Magna constitui, na verdade, uma ferramenta operacional indispensável para a implementação da lei (Camargo, 2014).

Nesse sentido, é compreensível que os juízes tenham o dever de salvaguardar os direitos fundamentais, seja protegendo-os de leis, práticas normativas ou ações governamentais incompatíveis com a constituição, seja pela falta de regulamentação das pessoas sob sua jurisdição sobre esses direitos.

Durante grande parte da história constitucional, na relação entre o Estado e os seus cidadãos, estes recorreram ao poder judiciário para decidir ou garantir a aplicação da lei a casos específicos. No entanto, atualmente parece que os cidadãos exigem asilo do judiciário, minando assim a “hiperinflação legislativa” (Camargo, 2014).

Deve-se também levar em conta que no novo contexto constitucional, para respeitar a dignidade humana, deve ser preservada a existência de um mínimo, ou seja, a efetividade mínima dos direitos fundamentais, ainda que isso exija uma intervenção prévia. Contra majoritário pelo fato de questões políticas básicas serem judicializadas, ou seja, questões polêmicas de significativo interesse social podem transferir o poder para o judiciário porque as instituições políticas tradicionais não atendem às expectativas da sociedade e sofrem com a crise de representação de direitos e legitimidade (Camargo, 2014).

Se o artigo 3º da Constituição Federal representa o veículo por meio do qual o Estado atinge os objetivos a que se propõe, então a atuação do Judiciário brasileiro na consecução das políticas públicas é de fato realizada sob a autoridade da própria Constituição. (Camargo, 2014).

3.2.2 Legitimidade para invalidar atos do Poder Legislativo e Executivo

Barroso (2009), afirma que a legitimidade tem duas bases: uma é normativa e a outra é filosófica. A base normativa diz respeito ao fato de que a Constituição Brasileira confere explicitamente esse poder ao Judiciário, em particular ao Supremo

Tribunal Federal. Já a legitimidade filosófica significa que a constituição tem duas funções: estabelecer as regras do jogo democrático e proteger os valores e direitos fundamentais.

O bom exercício da jurisdição constitucional é, portanto, uma garantia, e não um risco, para a democracia. Contudo, uma observação final se faz necessária. É claro que a importância da Constituição e do poder judicial como o seu maior intérprete não pode sobrepujar o papel da política, do governo majoritário ou do legislativo. A Constituição não pode estar em todo o lado. Escolher entre visões alternativas de uma sociedade pluralista, em conformidade com os valores e propósitos constitucionais, por lei, votação parlamentar e aprovação presidencial (Barroso, 2009).

Portanto, o STF deve respeitar as deliberações do Congresso. Tal como acontece com tudo o resto, exceto o que é necessário para salvaguardar a democracia e os direitos fundamentais, os protagonistas da vida política devem ser aqueles que têm os votos. Os juízes e os tribunais não podem assumir demasiada responsabilidade sobre si próprios – na verdade, ninguém deveria fazê-lo nesta vida – por imporem as suas próprias escolhas, preferências e desejos. As suas ações só são legais se puderem justificar razoavelmente as suas decisões ao abrigo da Constituição (Barroso, 2009).

As atividades judiciais que invalidem os atos, decisões e normas dos poderes executivo e legislativo não violarão a separação de poderes permitida pela própria Constituição. Além disso, os magistrados não agem subjetivamente em seu próprio nome, mas de acordo com o mandato da lei e da própria Constituição, no interesse dos direitos fundamentais e da própria democracia. (Camargo, 2014).

3.3 ASPECTOS DA AUSÊNCIA DE SEGURANÇA JURÍDICA

Como foi demonstrado, a segurança jurídica é de grande importância no plano constitucional, pois é um princípio que permeia todas as atividades do Estado, além de ser indispensável pela sua natureza de parte integrante do Estado de Direito e de desempenhar um papel ativo entre os estados.

Embora pouca investigação tenha sido feita, este princípio parece ser fundamental para alcançar os objetivos nacionais desejados pelos cidadãos. Em muitos casos, a segurança jurídica é violada ou enfraquecida em vez de ser observada em nome de interesses pessoais, dos interesses de uma determinada classe, ou

mesmo dos interesses dos cidadãos em oposição aos interesses do Estado (Carvalho, 2022).

É um fato histórico que as organizações nacionais, especialmente as do Brasil, estão em constante processo de mudança e que ajustes nas estruturas e instituições de poder, no caso do Brasil, levam a desequilíbrios institucionais. Os chamados desequilíbrios institucionais criam fraquezas e contradições que, em última análise, provocam subprodutos como factos, atitudes e até normas, cujo resultado é a ação estatal em resposta à insegurança (Carvalho, 2022).

A segurança jurídica está fragilizada em ambos os níveis, expondo vários aspectos que evidenciam a insegurança causada por ações estatais incompatíveis com os objetivos decorrentes do contrato social sob o qual os cidadãos usam parte da sua liberdade em troca da segurança proporcionada pelo coletivo. O momento social é turbulento, o que torna ainda mais necessária a intervenção estatal para uma sensação de segurança, mas isso nem sempre acontece.

3.4 A DESARMONIA DOS PODERES

Na verdade, a separação de poderes ocupa um lugar importante na organização do Estado brasileiro e é um dos alicerces do Estado tal como o conhecemos, remontando à França revolucionária na época de Montesquieu.

Uma vez separado o poder, ele passa a fazer parte do "sistema de freios e contrapesos". As principais funções do poder são separadas, mas também existem funções de supervisão mútua, e interseções de funções de poder exercido por outros poderes (Carvalho, 2022).

No que diz respeito ao poder legislativo, este não tem o carácter exclusivo de legislar, mas esta é a sua função principal. Em certas matérias, o poder está relacionado com outros poderes, mas o poder legislativo não é enfraquecido ou esvaziado (Vasconcelos; Braga, 2016).

Em circunstâncias normais, existe uma divisão de autoridade que mantém o equilíbrio e a harmonia entre os poderes. Contudo, o que emerge no Brasil é um desequilíbrio em que o papel do poder legislativo é de apenas aprovar as iniciativas legislativas do poder executivo (Carvalho, 2022).

Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari (2002, p. 78), é possível explicar a separação dos poderes da seguinte forma: “[...] o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância [...]”.

Pelo texto acima, vemos claramente que o Estado se expressa de forma unificada e atua em sua singularidade, porém, opera com competências descentralizadas, pois sem divisão de competências, os departamentos especializados do Estado seriam centralizados, conseqüentemente, o antigo regime tinha tendências autoritárias e era incompatível com a democracia. O curso de Gilmar Ferreira Mendes (1998, p. 147) traz reflexões teóricas e mostrou que a pesquisa no Brasil deve levar em conta as especificidades do país:

Na Constituição do Brasil, esse princípio, que está estampado no seu art. 2º, onde se declara que são Poderes da União – independentes e harmônicos – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, é de tamanha importância e possui o status de cláusula pétrea, imune, portanto, a emendas, reformas ou revisões que tentem aboli-lo da Lei Fundamental. Inicialmente formulado no sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam. Nesse contexto de “modernização”, esse velho dogma da sabedoria política teve que flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas com força de lei – bem assim para a legislação judicial, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é freqüente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade.

Ao explicar a teoria dos freios e contrapesos decorrentes da separação de poderes, acreditamos que a separação de poderes é crucial para o funcionamento normal do país e o respeito pelos valores democráticos. Dallari (2002) destacou que o sistema de separação de poderes estipulado na constituição está associada à democracia em quase todo o mundo. As ideias do Estado foram interligadas e deram

origem a uma estrutura doutrinária engenhosa, um sistema de freios e contrapesos. Segundo esta teoria, os atos praticados pelo Estado podem ser de dois tipos: atos gerais ou atos especiais.

O autor supracitado afirma ainda que os atos gerais só podem ser praticados pelo poder legislativo e constituem a edição de normas gerais e abstratas, sem saber no momento da sua promulgação a quem irão afetar. Desta forma, o poder legislativo apenas implementa comportamentos gerais e não afeta especificamente a vida social. Não há como abusar do poder e não há como buscar benefícios ou danos para indivíduos ou grupos específicos. Somente após a promulgação de normas gerais é que é possível ao Poder Executivo atuar por meio de normas especiais. O executivo dispõe de meios de ação específicos, mas também não pode agir arbitrariamente porque todas as suas ações estão sujeitas às ações gerais implementadas pelo órgão legislativo. Se algum poder for excessivo, o poder judiciário tomará medidas de supervisão para forçar todos a agir dentro dos seus respectivos poderes.

A função básica do poder legislativo é elaborar leis e outros projetos de lei normativos, porém, esta tarefa não se limita ao poder legislativo e em alguns casos outros poderes também são responsáveis pelas iniciativas legislativas. Não poderia ser de outra forma, pois a suposta exclusividade da atividade legislativa invalidaria a teoria dos freios e contrapesos, tornando outros poderes reféns do legislativo, o que não é o caso.

4 IMPORTÂNCIA DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ÂMBITO JUDICIAL

Considerando que o Judiciário é responsável por reprimir os conflitos sociais e interpretar a legislação, inclusive a Constituição, a segurança jurídica é um dos bens protegidos pela sua atuação. A interpretação da legislação deve considerar cuidadosamente todos os princípios e normas, especialmente a máxima eficácia da Constituição. Qualquer atuação que ignore estas premissas viola todo o sistema jurídico e é um ato inconstitucional, pois tem a função de zelar pela observância da ordem jurídica.

O julgamento judicial é, sem dúvida, a personificação da vontade do Estado, que está ligada aos objetivos e princípios de um país democrático e de Estado de Direito. Portanto, a vontade do Estado é alcançar a estabilidade social através da aplicação da lei. Para alcançar o resultado mais justo possível, ou nas palavras de Sergio Bermudez (2004, p. 48), “a substância da coisa julgada surge da vontade do Estado e se transforma nas normas imperativas que as regulam”.

As questões das decisões judiciais também estão relacionadas aos princípios morais, uma vez que os juízes utilizam diferentes princípios e meios para integrar o sistema jurídico. Portanto, quando os magistrados interpretam a legislação para buscar justiça, o fazem de acordo com os preceitos constitucionais aos quais todo o sistema jurídico deve obedecer e buscar validade, sendo a constituição federal a maior fonte de justiça e legalidade direta para implementar os princípios do Estado organizado, incluindo garantias legais. No que diz respeito à relação entre constituição e justiça, é interessante observar a lição de Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 78)

A ideia de que o intérprete constitucional deve sempre buscar a resposta moralmente mais correta para preencher o conteúdo aberto das normas constitucionais ou para solucionar um conflito entre princípios decorre da percepção de que as Constituições não podem ter sua legitimidade limitada à sua positividade legal, a uma questão de fato. As constituições, se pretendem ser válidas, devem ser intrinsecamente boas, funcionando como “reserva de justiça” para os sistemas políticos e jurídicos que organizam.

Das lições da transcrição, podemos inferir que a Constituição pretende dar uma resposta moralmente correta, tendo em conta a justiça e todos os princípios que

fundamentam o sistema jurídico, esclarecendo a Constituição em maior medida do que o texto positivo faria para a sua eficácia máxima. A constituição é adotada por decisão do magistrado. Sendo um dos grandes princípios decorrentes diretamente do Estado democrático de direito e, portanto, um dos princípios mais importantes da Constituição, deve estar sujeito à consideração obrigatória dos juízes.

A “reserva de justiça” da Constituição tem como componente todos os princípios constitucionais e pressupostos já mencionados. A segurança jurídica é uma das matérias-primas da justiça e os princípios são a base de normas. A tomada de decisões tem uma base: sem a realização dos objetivos nacionais não haverá justiça. Recordamos que quando o Estado não consegue atingir os seus objetivos, os cidadãos não têm razão para apoiar uma entidade coletiva, levando à quebra do contrato social e à desintegração do Estado. Obviamente, o final descrito é um caso limite, mas é correto na forma e na substância, e isto foi repetido no passado, com movimentos revolucionários subsequentes (Vasconcelos; Braga, 2016).

Dado que o poder judiciário tem a responsabilidade de garantir que a lei seja corretamente aplicada a todos os cidadãos, a justiça é o seu produto. Quando o Estado, através de um dos seus poderes (no caso, o Judiciário), não presta aos cidadãos os serviços que propõe, é responsabilidade do cidadão exigir melhores serviços do Estado (Carvalho, 2022).

Conforme explicado ao longo deste estudo, a segurança jurídica está presente em tudo o que o Estado faz, incluindo a interpretação constitucional, e está relacionada com os princípios que fundamentam o sistema constitucional, incluindo a segurança jurídica, que proporciona aos cidadãos a estabilidade necessária para que possam exercer as suas funções.

No entanto, a marca da segurança jurídica nas atividades judiciais é indelével, e as atividades judiciais têm a obrigação de aplicar a lei a todos e devem garantir a realização da justiça e segurança nacionais esperadas pelos cidadãos. Assim, quando o Estado atinge seus objetivos, o resultado é a evolução, mas o fracasso leva à ruptura, reafirmando o quão importante é para a sociedade que os princípios constitucionais, incluindo a segurança jurídica, informem as posições judiciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na verdade, a proteção jurídica é um dos princípios orientadores de um país democrático e respeitador do direito. Porém, invocar a ideia de segurança jurídica como uma certeza para manter o status quo, mesmo que incompatível com os valores que fundamentam a nossa sociedade, com base apenas em critérios processuais, é esvaziar o princípio e aprisioná-lo na lei.

Este é um conceito anacrônico incompatível com a função jurisdicional do Estado democrático de direito. Uma conceituação adequada de segurança jurídica deve superar a divisão entre segurança jurídica objetiva e subjetiva para ser compreendida em duas dimensões, uma formal e outra substantiva.

Atualmente, no atual contexto de relações sociais e jurídicas instáveis, extremamente complexas e dinâmicas, não há dúvidas sobre a importância da segurança jurídica como elemento de estabilidade jurídica, em que se observa o princípio da segurança jurídica, envolvendo legitimidade e legalidade em todos os aspectos. A compreensão torna-se importante como garantia de estabilidade nas relações entre os indivíduos e entre os indivíduos e o Estado.

Na verdade, a segurança jurídica é atualmente vista como a própria segurança do direito, um conceito contemporâneo de princípio no direito positivo (constitucional e subconstitucional) que permeia a maioria dos sistemas jurídicos estrangeiros.

Diante desse cenário de extrema importância, parece haver uma convergência na doutrina profissional de que a segurança jurídica desempenha um papel de destaque inegável no sistema jurídico-constitucional do Brasil e possui status de segurança jurídica além de ser um elemento estrutural do Estado de Direito, direitos humanos básicos e a ordem jurídica do país.

No Brasil, embora a grande maioria das doutrinas profissionais acredite que o princípio da segurança jurídica seja um princípio constitucional implícito, são inegáveis a importância, a autoridade e a posição de destaque do princípio da segurança jurídica no sistema constitucional jurídico - como exercício deste condições de princípio e de realização de inúmeros direitos e garantias fundamentais - constam de vários dispositivos sem dúvida importantes da Constituição Federal de 1988, que também aparecem no âmbito da Constituição, na qual há alguns indícios do princípio da segurança jurídica.

Na atual situação extremamente complexa e dinâmica das relações jurídicas, os tribunais, especialmente os Tribunais Superiores, desempenham um papel importante na garantia da segurança jurídica, e as questões jurídicas que definem através da jurisprudência nortearão toda a vida social, bem como outros juízes e tribunais.

Embora a prática judicial brasileira mostre clara instabilidade em termos de interpretação jurídica, não podemos negar a evolução do Tribunal Superior no desenvolvimento da jurisprudência para consolidar a proteção da confiança e da segurança jurídica como elementos estruturais da ordem atual do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

ABREU, João Paulo Pirôpo de. **A autonomia financeira do Poder Judiciário: limites traçados pelo princípio da independência e harmonia dos poderes.** Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista [Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012a. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Revista Atualidades Jurídicas – **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**. Ed. 4. janeiro/fevereiro 2009.

BERMUDES, Sérgio. **Coisa julgada ilegal e segurança jurídica.** In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Org.). Constituição e Segurança Jurídica: Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada - Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum. 2004.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil.** – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

CAMARGO, Daniel Marques de; DOMINGOS, Fernanda Cristina Rosseto. **Ativismo Judicial: limites, possibilidades e reflexos na efetivação de direitos humanos fundamentais.** In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos (org.). Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional. São Paulo: Editora Boreal, 2012. p. 67-85

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7.ed. Editora Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias Constitucionais e Segurança Jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. 159 p.

CARVALHO, Maria Eduarda Reges. **Ativismo judicial: garantia de direitos fundamentais ou violação do princípio da segurança jurídica**. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **100 maiores litigantes**, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ - **Justiça em números**, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELGADO, José Augusto. **Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2011.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira**. Revista Confluências, Niterói, v. 12, n. 2, p. 106-128, out. 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**, 2ª ed., 4ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998

MOSIMANN, Ítalo Augusto. **A Segurança Jurídica como elemento estruturante do estado de direito**. 2019.

NUNES, Dierle. CPC Referenciado - **Lei 13.105/2015** / Dierle Nunes, Natanael Lud Santos e Silva. 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

PORTAL DA INDÚSTRIA. **Segurança Jurídica**: o caminho para um bom ambiente de negócios. 2021. Disponível em: <https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-az/seguranca-juridica/>. Acesso em: 04 de setembro de 2023.

RIBEIRO, M. L. **O ativismo judicial no brasil à luz do princípio da segurança jurídica**. Anápolis – 2022

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **El neoconstitucionalismo transformador El Estado y el derecho em la constitución** de 2008. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2011.

SANTOS, Boaventura et. al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. 2ª. ed. Porto: Afrontamento, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro**. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 85-130.

STRECK, Lênio. **Entre o ativismo e a judicialização da política: A difícil concretização do Direito Fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada**. Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2012.

VAINER, Bruno Zilberman. Aspectos básicos da segurança jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, [s.l.], v. 56/2006, p.5- 26, jul. 2006.

VASCONCELOS, Antônio Gomes; DA COSTA BRAGA, Renê Moraes. **O conceito de segurança jurídica no estado democrático de direito**. 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva **Cândido. O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma**

leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin. Tese de Doutorado. Direito Público.
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.