

Organizadoras:
Gabriela Maciel Lamounier
Luciana de Castro Bastos
Renata Lourenço Pereira Abrão

DESAFIOS DO DIREITO

NA CONTEMPORANEIDADE VOL.2



EXPERT
EDITORA DIGITAL

O Direito, objeto de tão fascinantes mudanças nas últimas décadas, traz uma marca própria do conhecimento científico: a propagação das pesquisas, a submissão de novas hipóteses e reflexões ao especializado olhar alheio, a partilha das conclusões alcançadas nos mais recentes estudos. (...) O sistema jurídico, antes estático e fechado, agora aberto e dinâmico, exige soluções que dialoguem com essa complexidade. Há uma busca por um "direito humanizado" em todos os seus aspectos. Esta obra irá refletir vivamente esse andar ágil dos nossos dias. Poucos institutos refletem de modo tão ágil as mudanças sociais e as novas tendências que comparecem nos estudos aqui apresentados. São vários os eixos temáticos com diversas reflexões sobre o Direito Público e o Direito Privado na contemporaneidade, um campo temático que por si só evidencia tantas alterações e tantos desafios que temos socialmente experimentado.



ISBN 978-65-89904-71-7



9 786589 904717 >


EXPERT
EDITORA DIGITAL

DESAFIOS DO DIREITO

NA CONTEMPORANEIDADE VOL.2



EXPERT

EDUCAÇÃO



Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini

Professora Associada IV e membro do corpo permanente do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Dra. Amanda Flavio de Oliveira

Professora associada e membro do corpo permanente do PPGD da faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Dr. Eduardo Goulart Pimenta

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/MG

Dr. Francisco Satiro

Professor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP – Largo São Francisco

Dr. Henrique Viana Pereira

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas.

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Leonardo Gomes de Aquino

Professor do UniCEUB e do UniEuro, Brasília, DF.

Dr. Luciano Timm

Professor da Fundação Getúlio Vargas - FGVSP e ex Presidente da ABDE (Associação Brasileira de Direito e Economia)

Dr. Marcelo Andrade Féres

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

Dra. Renata C. Vieira Maia

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Professor Adjunto na PUC Minas e na Faculdade de Direito Milton Campos, vinculado ao Programa de Mestrado.

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/MG

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho

Revisão:Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

LAMOUNIER, Gabriela Maciel, BASTOS, Luciana de Castro, ABRÃO, Renata Lourenço Pereira.(Org)

Título: Desafios do direito da contemporaneidade vol.2 - Belo Horizonte - Editora Expert - 2022.

Organizadores: Gabriela Maciel Lamounier, Luciana de Castro Bastos, Renata Lourenço Pereira Abrão.(Org)

ISBN: 978-65-89904-71-7

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Direito 2.Contemporaneidade 3.Sistema jurídico 4.Mudanças; I. I. Título.

CDD: 340

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



EXPERT
EDITORA DIGITAL

ORGANIZADORES

Gabriela Maciel Lamounier
Luciana de Castro Bastos
Renata Lourenço Pereira Abrão

AUTORES

Alice Andrade Pereira
Amanda Ferraz Rodrigues de Almeida
Andreia Fagnoli Barbosa
Angélica Santos Lopes
Camila Cunha Lima
Carolina Aquino de Sousa Nunes
Cristiane Trani Gomes
Daniela da Silva Costa
Élio Vasconcellos Vieira
Fernando Luiz da Silva
Guilherme Borges e Silva
Jéssica Rodrigues Godinho
Jefferson Max Delfino
José Lúcio da Silva Martins
Karoline Lúcia Alves dos Santos
Larissa Aparecida de Oliveira Santos
Luciana de Castro Bastos
Luciene Rufino Carvalho
Mariella Guerra Moreira de Castro
Marina Coelho Godinho
Raimundo Bartolomeu França
Renata Lourenço Pereira Abrão
Renata Suellen Ferreira Coelho
Robert Willian Marcelino de O. Pereira
Sylvia Carvalho de Resende
Verônica Gonçalves Estrella
Vinícius Oliveira Lopes

PREFÁCIO

Dia após dia, os profissionais do direito se veem instados a se engajar na compreensão de que sua área de atuação, antes “engessada” pelas tradições e pelo conservadorismo jurídico, agora apresenta dinâmicas que se renovam constantemente.

Dentre os aspectos que conduzem à dinâmica da atuação jurídica na atualidade, é possível citar a aplicação das diversas vertentes da tecnologia em relação ao direito, as novas configurações familiares, as relações contratuais, as relações internacionais e as relações humanas de maneira geral, que, sem sombra de dúvida, são alguns dos que mais se destacam, sobretudo no contexto da pandemia de COVID-19, que tanto modificou nossas relações com o mundo – e, também, com o direito.

Tantas mudanças merecem cada vez mais a atenção da doutrina a fim de que as transformações diuturnas da prática jurídica se tornem mais compreensíveis à classe e, ao mesmo tempo, seja exercido um controle epistemológico em relação às inovações nem sempre bem-vindas, impostas muitas vezes de modo irrefletido, parecendo buscar uma automaticidade esvaziada de fundamentos, ao invés de uma racionalidade estruturada da atuação jurídica.

A velocidade das transformações nas diversas áreas jurídicas, tanto em relação ao direito material quanto em relação ao direito processual, permite-nos afirmar que a existência de obras como a presente, em que se analisam aspectos selecionados dos diversos desafios dos profissionais do direito, é absolutamente necessária e muito bem-vinda!

Obras como a presente dão voz aos profissionais e pesquisadores que se debruçam sobre os problemas do direito do mundo real, viabilizando uma melhor compreensão de temas corriqueiros e nem sempre refletidos, jogando luz sobre temas tão caros à atuação jurídica. Boa leitura!

Natanael Lud
Mestre em Direito Processual – PUC/MG
Professor do Programa de Pós-Graduação
Latu Sensu do IEC PUC/MINAS
Advogado CRON Advocacia

SUMÁRIO

O contrato de NDA e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro	11
<i>Alice Andrade Pereira, Cristiane Trani Gomes, Daniela da Silva Costa, Vinícius Oliveira Lopes</i>	
Os efeitos da precarização da vida no sistema prisional em tempos de pandemia	31
<i>Amanda Ferraz Rodrigues de Almeida</i>	
<i>Birdnesting</i> : a nova modalidade do divórcio	63
<i>Andreia Fagnoli Barbosa, José Lúcio da Silva Martins</i>	
O processo de titulação de comunidades quilombolas: o caso do Quilombo do Pimentel em Pedro Leopoldo - MG.....	77
<i>Angélica Santos Lopes</i>	
A importância dos tratados internacionais no âmbito do direito internacional público	109
<i>Camila Cunha Lima, Karoline Lucia Alves dos Santos, Robert Willian Marcelino de O. Pereira</i>	
(Im) possibilidade da destituição do poder familiar face à psicopatia de um dos pais	123
<i>Carolina Aquino de Sousa Nunes, Jéssica Rodrigues Godinho</i>	
O conceito de fornecedor para caracterização da relação de consumo: o profissionalismo como requisito objetivo	153
<i>Élio Vasconcellos Vieira, Luciana de Castro Bastos, Renata Lourenço Pereira Abrão</i>	

MERCOSUL: Bloco econômico da América Latina..... 187

*Fernando Luiz da Silva, Larissa Aparecida de Oliveira Santo, Luciene Rufino
Carvalho, Raimundo Bartolomeu França*

Uso da tecnologia no escritório jurídico: novos paradigmas
transformando a vida prática com ênfase na utilização cibernética e
na mudança do *mindset* 201

Guilherme Borges e Silva

Direito e pandemia (covid-19): as relações internacionais 219


Jefferson Max Delfino, Renata Suellen Ferreira Coelho

O adquirente de boa-fé e a necessária perquirição do bem objeto do
negócio jurídico 233

Mariella Guerra Moreira de Castro, Sylvia Carvalho de Resende

Dos herdeiros necessários e da participação do companheiro na união
estável 257

*Marina Coelho Godinho, Renata Lourenço Pereira Abrão, Verônica Gonçalves
Estrella*



O CONTRATO DE NDA E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*Alice Andrade Pereira
Cristiane Trani Gomes
Daniela da Silva Costa
Vinícius Oliveira Lopes*

O CONTRATO DE NDA E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Alice Andrade Pereira¹

Cristiane Trani Gomes²

Daniela da Silva Costa³

Vinícius Oliveira Lopes⁴

RESUMO: O presente estudo aspira examinar e refletir a respeito do *Non Disclosure Agreement* (NDA) sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro. O problema objetivado a se explorar nesta pesquisa foi a entrada de uma modalidade contratual atípica baseada no sistema jurídico da *common law*, no cotidiano brasileiro. Em busca desse objetivo, como recurso metodológico, além da apuração bibliográfica, utilizou-se embasamento normativo através de dispositivos legais constitucionais e infraconstitucionais, visando um melhor exame desta espécie contratual utilizada como recurso para proteção de informações sensíveis. Diante da inovação proposta pelo contrato de NDA, a presente pesquisa visa um debate acerca da busca por soluções para a anomia jurídica que circunda o presente tema.

Palavras-chave: Contrato. NDA. Confidencialidade.

1 Advogada. Bacharel Direito pela PUC/MG. MBA em andamento em Gestão Tributária pela USP; Pós Graduada em Prática da Advocacia Cível pela ESA; Pós Graduada em Direito Constitucional pelo Instituto Grupo Prominas; Pós Graduada em Direito do Trabalho pelo Instituto Grupo Prominas; Pós Graduada em Direito Médico e da Saúde pelo Instituto Grupo Prominas. E-mail: aliceandrade@outlook.com.

2 Advogada com formação sistêmica e colaborativa (IBPC). Mediadora Judicial e extrajudicial Professora da graduação e pós-graduação da PUC Minas. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, mestre em Direito Empresarial pela Faculdades Milton Campos, especialista em Gestão Financeira pela PUC Minas/ IEC e especialista pelo PREPES/PUC Minas em Docência e Gestão do Ensino Superior: novas linguagens e novas abordagens. Doutoranda em Direito pela Universidad Nacional de Mar del Plata - República Argentina. Coordenadora do curso de Pós Graduação lato sensu Leis Sistêmicas aplicadas ao Direito da PUC Minas. Presidente da Comissão de Direito Sistêmico da subseção Barreiro/BH da OABMG 2019-2022.

3 Advogada. Bacharel Direito pela PUC/MG. E-mail: daniela_silvacosta@hotmail.com.

4 Advogado. Bacharel Direito pela PUC/MG. E-mail: lopesvinicius09@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Assistindo ao segundo episódio da terceira temporada da série *The Good Fight* o que era para ser apenas um momento de entretenimento se transformou em questionamento jurídico, uma espécie contratual de extrema utilidade se destaca em meio a fala dos personagens, o contrato de *Non-Disclosure Agreement (NDA)*.

Utilizado com frequência no Direito Consuetudinário, mais conhecido como *Common Law*, este instrumento vem se destacando também no Brasil, uma vez que várias indústrias e empresas se depararam com a necessidade de resguardar o conteúdo de informações que as colocam em perigo se estes forem vasados. Sendo assim, o presente estudo tem como problema a aplicabilidade do NDA em âmbito nacional conforme o prisma da legislação brasileira.

Como objetivo geral, a pesquisa visa analisar o NDA em sua essência, desde seu conceito até os seus elementos. Os objetivos específicos, por sua vez, são as análises acerca da pertinência de tal modalidade contratual, os seus efeitos, compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e desdobramentos após sua eventual assinatura.

O presente artigo abordará em primeiro plano a definição e conceito do NDA, bem como suas espécies. Posteriormente, dedicar-se-á a uma análise do instrumento frente a Teoria Geral do Contratos e normas do Código Civil. Também serão apresentadas as diferenças e semelhanças entre “segredo” e “sigilo”, demonstrando a relevância da proteção destes por meio da celebração de um contrato inovador e seguro.

Destarte, o presente artigo tem como escopo salientar a necessidade e as vantagens do contrato de NDA, trazendo uma abordagem cível acerca desta espécie contratual pouco conhecida, evidenciando a forma e as sanções que as partes devem se atentar ao firmar o referido acordo.

Para tanto, serão utilizadas obras de diversos juristas, dentre eles Maria Helena Diniz, que integrara uma metodologia de pesquisa dinâmica e explicativa neste estudo.

1 CONCEITO E DEFINIÇÃO DO CONTRATO DE NDA

Um caso de assédio sexual vem à tona e para evitar um escândalo midiático que destruiria a reputação de um famoso escritório de advocacia - cenário do crime – a celebração de um contrato é apontada como solução. Neste a vítima receberia uma pensão de valor generoso durante dez anos em troca de seu silêncio. Sabendo que seu agressor (sócio majoritário do escritório em questão) já havia falecido, a vítima aceita a oferta que lhe foi apresentada, celebrando assim um contrato de NDA.

Assistindo a este perturbador episódio da série *The Good Fight* a curiosidade foi de encontro a uma sigla: NDA. O que é esse contrato? Sua existência é permitida no Brasil? Com base nesta obra internacional fictícia, iniciamos uma análise realista e jurídica acerca do contrato de *Non-Disclosure Agreement* (NDA) e sua aplicabilidade conforme o prisma da legislação brasileira.

Advinda do idioma norte americano, a sigla NDA também pode ser traduzida como Acordo de Não Divulgação ou apenas Contrato de Confidencialidade. Este instrumento se perfaz em forma de um contrato ou de uma simples cláusula, tendo como finalidade resguardar informações ditas como privilegiadas podendo atuar sobre diversos assuntos como apresentação de ideias a novos investidores ou o famoso *know-how*⁵.

Em síntese, é um contrato que visa a proteção de informações estratégicas onde as partes concordam (*agree*) em não divulgarem o conteúdo pactuado.

Não existe uma regra específica ou restrição quanto ao uso deste contrato, sendo mais frequente sua utilização na esfera corporativa,

⁵ Saber fazer, conhecimento processual ou descrição de conhecimento prático.

profissional ou em questões comerciais, podendo ser devidamente registrado em Cartório de Registro de Títulos e Documentos para atribuição de maior confiabilidade, garantindo rigidamente sua eficácia.

No Brasil o contrato de NDA se concentra predominantemente na área empresarial e tecnológica, funcionando como um mecanismo que traz a seus celebrantes a possibilidade de alcançar seus objetivos sem que valiosas informações, algoritmos ou combinações criptográficas sejam reveladas, por exemplo.

1.1 ESPÉCIES DE NDA

O Direito, assim como a sociedade de forma geral, está sempre em constante evolução, na medida em que se apresentam novas relações surgem também novas necessidades; estas por sua vez, devem ser intermediadas pela legislação vigente, sendo através deste fenômeno social e jurídico que resultam novas modalidades de contrato, dentre estes o NDA.

Tartuce (2011) afirma que cada modalidade de contrato constitui um negócio jurídico em sublimidade, onde seu objeto deve ser lícito, obedecendo a todo o momento, desde sua formação e homologação até seu encerramento/finalização, os princípios norteadores da matéria e forma que lhe irá compor.

Assim, o contrato ou cláusula de sigilo apresenta-se de forma: **unilateral**, onde um dos celebrantes, aqui chamado de transmissor, irá fornecer as informações ou afins, enquanto outro, chamado de receptor, apenas as receberá e se comprometerá a resguardar os dados recebidos; **Bilateral**, onde ambas as partes divulgarão dados privilegiados e, conseqüentemente, ambas firmarão um contrato se comprometendo com a não divulgação dos dados compartilhados entre si; **Plurilateral**, onde concorre a manifestação de três ou mais sujeitos em prol da troca de informações e sustentação do sigilo, gerando obrigações paralelas, todas direcionadas a mesma finalidade

(confidencialidade dos dados e/ou elementos expressos no contrato). O NDA pode ainda se amalgamar a outras espécies como contratos trabalhistas ou de prestação de serviços, por exemplo.

2 O NDA FRENTE À TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Sendo uma espécie de contrato, o *Non-Disclosure Agreement* não foge às regras norteadoras gerais, pois antes mesmo de se formalizar o acordo de confidencialidade, é necessário que se façam análises prévias. Em um primeiro momento, o princípio da função social se sobressai, uma vez que as partes envolvidas devem fazer uma análise detalhada acerca da pertinência e cabimento da instituição da confidencialidade. Sobre o prisma do mencionado princípio, o art. 421 do Código Civil o define como a capacidade de atuar limitando o exercício a liberdade contratual.

Neste sentido, Renata Rapold Mello complementa:

[...] este artigo apresenta alguns pontos polêmicos. O primeiro deles é de que não se trata de liberdade de contratar, e sim de liberdade contratual, já que é esta que está relacionada com o conteúdo do contrato. O outro erro é que a função social não é razão do contrato, a função social é limite do contrato. (MELLO, 2011, p. 4 *apud* PAIM, 2015, p. 5, grifo nosso).

No âmbito da Teoria Geral dos Contratos, a boa-fé aparece como aspecto a ser observado desde o princípio de tudo na fase pré-contratual. No NDA, em exercício da boa-fé, o *compliance* e a diligência prévia se mostram como efetivos meios garantidores frente aos riscos. Nas tratativas do NDA, as partes devem apurar fatos que antecederam a negociação, para averiguar se alguma das partes, em algum momento, descumpriu um prévio acordo de não divulgação, bem como se foi capaz de arcar com as sanções decorrentes do descumprimento.

O ordenamento jurídico contemporâneo se baseia na concepção de que um contrato produz efeitos que se restringem apenas às partes que dele participam. Trata-se do princípio da relatividade dos contratos, pelo qual os efeitos de um contrato celebrado por partes, somente a elas se restringem, de forma que não beneficiam ou lesam terceiros (MARTINS, 2011).

Todavia, Orlando Gomes apresenta uma exceção, pois, alguns contratos, “fugindo à regra geral, estendem seus efeitos a outras pessoas, quer criando, para estas, direitos, quer impondo obrigações” (GOMES, 2000, p. 44).

No âmbito dos efeitos, o *NDA* se apresenta com uma certa peculiaridade quanto a relatividade dos contratos diante da possibilidade de que os seus efeitos possam extrapolar as partes contratantes, uma vez que há o dever de omissão para com toda a sociedade

2.1 DAS PARTES ENVOLVIDAS

Quando se trata da “pessoa” dos celebrantes a primeira implicação é a verificação da capacidade de assinar, já que a ausência de poderes e capacidade para celebrar tal ato acarreta nulidade, e conseqüentemente, a inexistência de manter o sigilo.

Nesse ponto, destaca-se a possibilidade da mútua confidencialidade, sendo de suma importância a definição acerca da bilateralidade obrigacional dentro do contrato. Neste, o sigilo mútuo traduz o sinalagma em que uma obrigação é causa da outra, ou seja, ambas as partes têm interesses a serem protegidos.

Em uma segunda hipótese, o contrato de sigilo poderá ser unilateral, onde somente uma parte fornece informação para outra parte. Sendo assim, temos que as partes podem se denominar cedente e receptor, respectivamente. Aqui, o *compliance* se mostra ainda mais pertinente na medida em que é recomendável que a parte cedente se certifique de que a receptora possui fundos e solidez idôneos de forma

a arcar com as sanções provenientes do não cumprimento do acordo de sigilo.

Todavia, o contrato confidencial unilateral pode demonstrar algumas implicações. Um exemplo disso é a inserção de cláusulas que retiram da parte receptora, os direitos da informação que recebe. Ou seja, compartilhar uma informação confidencial não necessariamente atribui à parte receptora quaisquer direitos sobre ela. Obviamente, tal orientação é cabível em ambas as modalidades.

Ademais, no tocante as partes, um dos pontos críticos consiste na eventual inobservância de terceiros que, indiretamente, compõem o contrato. Deve restar explícita a extensão do sigilo; por esse motivo no momento das tratativas, é necessário definir com precisão os subordinados ao contrato, como por exemplo, quais serão os sócios, as filiais, e até mesmos as testemunhas que também pactuarão ao sigilo.

2.2 ELEMENTOS DO NDA

O segredo comercial de informações privilegiadas, muitas vezes, é ponto crucial do êxito de um empreendimento. Quando uma propriedade intelectual é divulgada a outrem sem a devida proteção legal e contratual, seu uso pode ser perdido em favor de terceiros. Da mesma forma a elaboração errônea de um instrumento contratual pode resultar na vulnerabilidade de uma determinada informação ou propriedade intelectual.

A fim de resguardar o objeto do contrato, as partes necessitam de mais objetividade para fins de delimitar e transparecer o que fora pactuado. A melhor prática é mensurar precisamente a conduta (seja comissiva ou omissiva) a ser adotada. Por exemplo, é pertinente que, além de expressões como “agir com cautela e com boa fé”, as partes adotem o uso de expressões como “manter o contrato/fórmula/objeto em compartimento com acesso restrito no local X”.

Em um dos desdobramentos da autonomia da vontade das partes, elas possuem o direito de pactuar o que será contratado, bem como estabelecer as cláusulas que regerão o instrumento do acordo.

Neste sentido, os interessados devem definir o objeto, ou seja, define-se o escopo do que de fato é uma informação confidencial. A confidencialidade pode recair sobre códigos, algoritmos e até estratégias negociais, e esta delimitação é essencial para que não haja posteriores discussões sobre o que é de fato protegido.

Ainda nos elementos essenciais, as partes devem decidir acerca do período da obrigação, ou seja, fixa-se o lapso temporal pelo qual tais informações e dados serão tutelados pelo sigilo do contrato. Uma vez findado o termo, o domínio pode ser usado por terceiros ou até mesmo pela outra parte, aqui se ressalta inclusive a possibilidade da incidência de cláusula que resguarda a informação mesmo após o termo final.

O marco temporal de validade será variável de acordo com o objeto de confidencialidade. Uma informação pode ser valiosa por tempo indeterminado até que caia em domínio público, ao passo que outra pode perder o caráter de confidencial com o decorrer do tempo, o que é mais recorrente. Um simples exemplo é a esfera da tecnologia, onde, na maioria das vezes, uma informação perde seu valor com a “simples e natural” evolução tecnológica.

Após o término de uma sociedade, contrato ou acordo, as partes devem ter total clareza acerca do que acontece com as informações confidenciais. Daí a importância de uma cláusula que descreva como devolver ou até mesmo destruir as informações.

Com a crescente digitalização do mercado de trabalho, são cada vez mais raros os documentos físicos; como consequência, documentos são transmitidos através de discos rígidos, nuvem e outros. Sendo assim, as partes devem pensar e acordar sobre de que forma serão comprovados que os documentos foram, de fato, destruídos ou devolvidos.

3 CONCEITO E DIFERENCIAÇÃO DE SEGREDO E SIGILO

A palavra “segredo” se faz presente na vida de cada indivíduo de maneira constante, da infância a velhice aprende-se na prática o significado e poder que este detém. Da mesma forma a palavra “sigilo” também é empregada com frequência e usualidade. Sendo assim, para fins de estudo, é necessária uma análise mais detalhada acerca destes dois vocábulos.

O Dicionário Online de Português define sigilo como um “acontecimento ou coisa que não pode ser revelado ou divulgado; assunto compartilhado com um número muito reduzido de pessoas”. De acordo com o mesmo dicionário, a palavra “segredo” tem significado de “o que há de mais escondido; meio ou processo conhecido de uns poucos.” (DICIO, 2022)

No cotidiano, é notável o emprego destas duas palavras como sinônimas, porém, quando transportadas para esfera do contrato de *NDA*, há entre estes termos uma diferenciação importante. O sigilo implica em um encargo ou obrigação legal que resguarda um determinado segredo, de forma que, o sigilo nada mais é que uma blindagem jurídica do segredo.

3.1 O SIGILO SOBRE A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em seu Art. 5º, inciso XII, traz as seguintes considerações sobre sigilo:

Art. 5º, XII é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Diante da análise crua do dispositivo supracitado, deparamos com um problema hermenêutico, qual seja, a expressão “dados”, visto que esta não encontra definição expressa na Carta Magna brasileira, o que nos obriga a recorrer a uma norma infraconstitucional, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

Publicada em agosto de 2018, a LGPD, visa resguardar e proteger dados pessoais, buscando estabelecer regras para tratamento destes dados de forma a resguardar e dar garantias aos indivíduos em relação a seus direitos fundamentais como personalidade, individualidade, honra, privacidade etc.

No escopo desta nova legislação, dados pessoais são todas as informações relativas a uma pessoa natural identificada ou identificável. Pode-se citar como exemplo, informações concernentes à CPF, endereço, dados de cartões de créditos, endereços de Protocolo da Internet (IP) de computadores, *International Mobile Equipment Identity* (IMEI) de celulares, dados de GPS automotivos, etc.

Dentre os conceitos trazidos pela Lei 13.709, destacam-se os do art. 5º.

[...] I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento;

IV - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico; (BRASIL, 2018).

Para estudos das implicações das normas supracitadas no âmbito do NDA, é possível a adoção de duas correntes.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XII, a qual fixa diretrizes que se voltam mais à proteção da transmissão de uma informação, não ao conceito de um dado em si e a LGDP, por sua vez, que introduz no ordenamento jurídico um significado mais concreto de “dados”, estabelecendo espécies, como por exemplo dados pessoais, dados sensíveis, entre outros. Sendo assim, pela ótica da LGPD, um dado mais delimitado também pode ser objeto do NDA. Desta forma, nota-se que tanto a transmissão e armazenamento quanto o dado em si, podem ser objetos do NDA.

4 LIMITAÇÕES DA CONFIDENCIALIDADE E ESTRUTURAÇÃO CONTRATUAL

Como exposto em momento anterior, no Brasil não há legislação específica para gerenciamento dos contratos de NDA, assim, são aplicados a estes as normativas gerais de regência contratual como o Código Civil.

Contudo, essa ausência de lei específica pode gerar dúvidas quanto a limitação da confidencialidade e das informações que podem ser protegidas por este contrato. Para tanto se faz necessário a rígida observação do art. 104 do Código Civil, devendo este contrato ser formado por “agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou defesa em lei” (BRASIL, 2002).

É importante que estas delimitações sejam rigorosamente expressas no contrato e obedecidas pelos signatários já que estes determinarão a existência e validade jurídica do instrumento.

Destarte, sob o prisma do Código Civil o caso apontado pelo episódio da série *The Good Fight* onde o contrato de NDA é celebrado com a finalidade de ocultar um crime, seria considerado nulo no Brasil (art.166, II, CC/02), visto que a busca pela compra do silêncio da vítima torna seu objeto ilícito.

É fundamental ressaltar que esta nulidade pode ser alegada por qualquer interessado e a qualquer tempo, uma vez que o art. 169 do Código Civil não permite a convalidação pelo decurso do tempo de um instrumento considerado nulo, isso porque a nulidade do contrato gera efeitos não apenas para as partes envolvidas, mas também para toda ordem jurídica e social. (BRASIL, 2002)

Todavia, não há uma só forma ou maneira de delimitar o alcance da confidencialidade do NDA, afinal, como já demonstrado o conteúdo determinará boa parte das restrições legais. Posto isto, quando comparada aplicação do NDA no Brasil e nos Estados Unidos é possível notar que a evidente diferença está na legalidade de seu conteúdo e nas penalidades impostas, pois deverão se adequar as conformidades e limites estabelecidos pela Constituição Federal bem como aquelas instituídas por normativas infraconstitucionais do país matriz da celebração contratual.

A elaboração do *Non-Disclosure Agreement* apresenta um padrão básico de estruturação onde a identificação das partes, detalhamento do objeto, prazos de validade, termo de renovação e penalidades para o descumprimento são de extrema importância. Também é caracterizado como indispensável a implantação de uma cláusula de submissão jurisdicional específica, ou seja, o contrato deve explicitar em qual país, cidade e comarca deverão ocorrer a realização do julgamento da ação em caso de violação ou descumprimento do pacto celebrado (eleição de foro). Convém ressaltar que o gênero das informações transferidas ou trocadas, as limitações de uso das mesmas e o modo de realização de armazenamento ou conservação de tais dados/informações devem estar devidamente esclarecidos aos signatários do contrato em questão.

6. SANÇÕES E CONSEQUÊNCIAS

Com o avanço da globalização, as relações comerciais internacionais expandiram e o surgimento do NDA se tornou um mecanismo de grande auxílio nas negociações nacionais e exteriores.

Contudo, o resguardo de informações não é absoluto, tendo em vista que uma das partes pode revelar o conteúdo pactuado. É diante deste descumprimento que surge a urgência em reprimir esta atitude, para tanto se estabelecerá em cláusula específica penalidades que venham inibir a quebra da boa-fé.

Diniz (2008) afirma que o contrato deve ser entendido como um acordo de duas ou mais vontades, devendo estar em conformidade com ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas. Partindo desse pressuposto, é possível instrumentalizar a vontade das partes com cláusulas dotadas por diversas finalidades, podendo ser constitutiva, declaratória, modificativa, suspensiva, protetiva e até mesmo punitiva.

O contrato de confidencialidade tem como maior finalidade gerar uma segurança sobre as informações que determinam o objeto contratual e por isso deve-se haver cláusulas punitivas (penais), podendo ser moratória (previne o inadimplemento da prestação, reforçando a obrigação da observância do contrato) ou compensatória (tem como objetivo principal a indenização pelos danos sofridos), conforme previsto no art.409 do Código Civil. (BRASIL, 2002)

Sendo assim, o contrato de NDA não impede de maneira cabal o vazamento das informações sigilosas, contudo, caso venham a público, o responsável pela quebra do contrato será gravemente penalizado.

É importante salientar que assim como a cláusula punitiva se torna indispensável à formulação básica desta espécie de contrato, a cláusula de natureza compensatória também se demonstra imprescindível. Ou seja, é necessária aplicação de multa, pois objetiva a liquidação antecipada do prejuízo estimado gerado pela quebra contratual do sigilo.

Contudo, há de salientar que o levantamento dos danos provenientes deste descumprimento, acarretado do vazamento das informações confidenciais, pode ser impossível, por isso é chamado de prejuízo genérico. Em virtude deste fato o *quantum* indenizatório pode ser previamente pactuado entre as partes, desde que respeitado

limite do valor total do contrato, como previsto no art.412 do Código Civil (BRASIL, 2002).

7. HIPÓTESES DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE NDA

A extinção dos contratos ocorre quando estes perdem todos os seus efeitos jurídicos, não há mais como se exigir algo e/ou as necessidades foram satisfeitas. Os contratos, em regra, possuem formas de extinção denominadas normal ou comum e anormal ou anômala.

Normal ou comum é aquela onde as partes cumpriram suas obrigações, e conseqüentemente obtiveram êxito em satisfazerem suas necessidades. Já a extinção anormal/anômala é aquela em que a obrigação é descumprida sem satisfazer a necessidade das partes envolvidas

Tendo em vista as formas de extinção contratual, podemos afirmar que ao NDA serão cabíveis:

a) Extinção normal por execução continuada ou diferida, pois o ato de guardar para si a informação fornecida é algo contínuo e não se consuma em uma só ação, como sugere a execução instantânea ou imediata;

b) Extinção anormal por causas anteriores e contemporâneas, pois todos os contratos estão sujeitos a tais descuidos;

Além das duas hipóteses supramencionadas, outros fatores devem ser considerados quando se fala de extinção do contrato de NDA. Veja-se:

a) Falecimento, que nem sempre será uma causa de extinção do NDA, já que esta encerrará tal contrato somente quando a parte receptora do sigilo, aquela que deve manter a informação fora do alcance das demais pessoas ou empresas vier a falecer.

b) Rescisão pode ser considerada uma forma de extinção do contrato em questão, seja por lesão dos contratantes, como no caso de um investimento financeiro prejudicado, ou por ser celebrado mediante estado de perigo.

Ressalta-se que todas as causas de extinção acima devem ser julgadas em foro previamente eleito pelas partes em cláusula específica no contrato.

CONCLUSÃO

Foi durante um episódio de uma série internacional que a problemática contratual se tornou um interessante levantamento acerca do conteúdo tutelado pelo NDA que evidencia a carência da instrumentalização jurídica que a inovação técnico-científica, a robotização e o constante crescimento do ramo empresarial trouxeram consigo.

Essa exigência de aperfeiçoamento e modernização dos instrumentos contratuais ordinários pré-existentes se torna um dos motivos relevantes que geraram a importação do contrato de NDA, também conhecido como Acordo de Não Divulgação.

Advindo do sistema norte americano, aos poucos este contrato vem se tornando mais popular em meio aos negócios nacionais e internacionais que almejam a proteção de informações de extrema relevância.

Tendo em vista a anomia jurídica que circunda o acordo em análise, o presente estudo buscou averiguar a aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais brasileiras a este, sendo verificado que o NDA é plenamente passível de realização fática e jurídica no Brasil.

Foi possível, por meio desta pesquisa, a constatação de que a limitação ao alcance da confidencialidade (objeto principal desta modalidade contratual) se dará em virtude da matéria contida nas cláusulas do acordo pactuado, sendo de extrema relevância a observação da legislação que tutela o país em que este é celebrado.

Desta forma, defronte aos levantamentos realizados durante o presente artigo, conclui-se que o contrato de *Non-Disclosure Agreement* deve ser entendido como uma inovação contratual que fora inserida em nosso contexto nacional para facilitar o armazenamento

e compartilhamento de informações e/ou dados essenciais para realizações empresarias, sendo que sua originalidade e modernidade encontra lacunas legislativas que devem ser solucionadas por meio da aplicação das leis que regem as relações negociais cíveis no Brasil, como por exemplo o Código Civil.

Ainda, restou-se demonstrado que o NDA é um mecanismo que merece notabilidade, tendo em vista a eficiência em proteger o sigilo de maneira efetiva, porém não absoluta.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 set. 2022.

BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso: 07 set. 2020

BRASIL. **Decreto Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em 29 jun. 2020.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Porto: 7Graus, 2022. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br>>. Acesso em 13 de julho 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARTINS, Camila Rezende. **O princípio da relatividade dos contratos**: a responsabilidade do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. 189 fl. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da USP São Paulo. 2011.

PAIM, Eline Luque Teixeira. **O princípio da Função Social do Contrato**. Conteúdo Jurídico. 2015. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43442/o-principio-da-funcao-social-do-contrato>>. Acesso em 29 ago. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Vol. Único. Rio de Janeiro: Método, 2011.

OS EFEITOS DA PRECARIZAÇÃO DA VIDA NO SISTEMA PRISIONAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

Amanda Ferraz Rodrigues de Almeida

OS EFEITOS DA PRECARIZAÇÃO DA VIDA NO SISTEMA PRISIONAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

Amanda Ferraz Rodrigues de Almeida¹

Resumo: O presente artigo tem como finalidade analisar a situação do sistema prisional em tempos de pandemia e apresentar as principais violações das garantias constitucionais dos presos. O sistema prisional encontra-se em uma situação de total abandono governamental, podendo-se destacar como os principais problemas a superlotação, a alimentação e a assistência médica escassa para com os presos, tornando-se um ambiente próprio para a propagação da Covid-19. Para concretização de tal objetivo foram analisados os acontecimentos no sistema prisional, por meio de metodologia de pesquisa qualitativa. A análise desenvolveu-se com enfoque nos princípios da dignidade da pessoa humana, a vedação da prática de tortura no Brasil, a violação das garantias constitucionais, a não aplicabilidade das leis do ordenamento jurídico e a superlotação das cadeias.

Palavras-chave: Direto Penal; Sistema Prisional; Coronavírus; Violação das Garantias Constitucionais.

INTRODUÇÃO

Com a finalidade de se ter uma compreensão adequada da temática do presente estudo, é importante apresentar a realidade do sistema prisional em tempos nos quais a população enfrenta uma pandemia mundial. Foram delimitados como objetivos principais de estudo: analisar e elaborar questionamentos acerca da atuação do Estado de Minas Gerais nos sistemas prisionais durante a pandemia da Covid-19.

¹ Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade Minas Gerais – FAMIG. E-mail: amandaferraz.adv@gmail.com

Pretende-se apresentar o enfrentamento da Covid-19 no sistema prisional mineiro e as medidas impostas para conter o avanço da contaminação no cárcere, bem como as possíveis violações legais que vieram com o avançar de toda proliferação do vírus.

Para melhor compreensão do tema, este trabalho foi dividido em quatro capítulos. Aborda-se no primeiro capítulo toda a principiologia correlacionada ao presente estudo e todas suas particularidades, finalidades, intenções, especialmente as proteções que devem ser dadas e asseguradas aos presos. O segundo capítulo, traz um cenário específico acerca do sistema prisional no estado de Minas Gerais em tempos de pandemia, mostrando toda a sistemática da superlotação e quais medidas foram trazidas com a intenção de evitar a alta contaminação dentro dos presídios.

No capítulo terceiro, foi necessário demonstrar as violações aos direitos e garantias fundamentais do preso que ocorrem com a superlotação carcerária, uma vez que se tem dados concretos para o embasamento do fato, além de expor práticas ocorridas dentro das penitenciárias, sobretudo a tortura e quais as alternativas jurídicas para resolução o problema.

No desenvolvimento do trabalho foi utilizada uma metodologia de pesquisa qualitativa, consolidada por meio da leitura de artigos científicos, legislações e pesquisas de campo.

1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DOS PRESOS

Os direitos fundamentais são garantias mínimas necessárias para assegurar uma vida digna aos seres humanos. Os presos são pessoas que estão privadas de liberdade, mas também são possuidores de direitos, como qualquer outro cidadão livre.

Em 1988, a Constituição Federal entrou em vigor e iniciou-se o Estado Democrático de Direito com garantias constitucionais a todos os cidadãos. A Constituição Federal de 1988 traz como fundamento da

República Federativa do Brasil em seu artigo 1º, inciso III, o direito fundamental da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988)

Guilherme Nucci (2018) afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana possui dois ângulos, um objetivo que está ligado à garantia do mínimo existencial ao ser humano, conforme o artigo 7º da CF (salário-mínimo, moradia, alimentação, educação, considerando desse modo, as suas necessidades vitais básicas) e o ângulo subjetivo que o princípio está relacionado ao sentimento de autoestima, inerentes ao ser humano, desde o momento que passa desenvolver a personalidade.

Para que o indivíduo tenha a efetivação desse princípio que é a base e a meta do Estado Democrático de Direito, é essencial que os direitos e garantias individuais sejam respeitados. (NUCCI, 2018)

Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana está correlacionada ao reconhecimento do indivíduo como titular de dignidade que merece ser respeitado e protegido pelo Estado.

Carmen Lúcia Rocha (1999) considera que “para ter uma sociedade democrática há de se ter, necessariamente, o pleno acatamento ao princípio da dignidade da pessoa humana”.

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana tem um valor constitucional supremo, como lembra Marcelo Novelino, em que na relação entre o indivíduo e o Estado deve existir sempre uma conjectura a favor do ser humano e de sua personalidade. “O indivíduo deve servir de limite e fundamento do domínio político da República, pois o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado” (NOVELINO, 2014).

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 assegura a todos os brasileiros e estrangeiros que residem no Brasil uma gama exemplificativa de direitos e garantias fundamentais que têm por finalidade proteger o indivíduo de todas as formas de agressão e violação desses direitos.

Dentre estes direitos, o art. 5º, incisos III, XLVII e XLIX, da Magna Carta, dispõe de garantias fundamentais de pessoas encarceradas que se encontram sob a tutela do Estado. Estes incisos estabelecem que:

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:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XLVII - não haverá penas e cruéis;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (BRASIL,1988)

Portanto, o cidadão tem uma ampla proteção de seus direitos fundamentais, assegurados pela Constituição Federal, que prevê que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção, cabendo ao Estado a proteção e aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

Conforme documento da ONU - Regras Mínimas da Nações Unidas para Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela), sua primeira regra preceitua que:

Todos os reclusos devem ser tratados com o respeito inerente ao valor e dignidade do ser humano. Nenhum recluso deverá ser submetido a tortura ou outras penas ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância. A segurança dos reclusos, do pessoal do sistema prisional, dos prestadores de serviço e dos visitantes deve ser sempre assegurada (CNJ, 2016, p. 21).

Nesse contexto, as pessoas privadas de liberdade, têm que ter a sua dignidade respeitada, não sendo permitido tortura, tratamento desumano ou de caráter cruel. A Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) estabelece direitos infraconstitucionais aos sentenciados no período da execução penal, com o intuito de ter os presos ressocializados e recuperados para a sua inserção ao convívio social.

A Lei de Execução Penal nos artigos 10 e 11 prevêem que é dever do Estado prestar assistência material; à saúde; jurídica; educacional; social e religiosa ao preso para acautelar o crime e nortear o seu retorno na sociedade (BRASIL, 1984).

Desse modo, o Estado deve velar pelos direitos instituídos na LEP, pretendendo assim, reduzir a criminalidade e ter a volta do indivíduo ressocializado, após o cumprimento da pena na sociedade.

Ademais, em termos de direito à saúde cumpre destacar que, os artigos 12, 13 e 14 da LEP, o Estado fornecerá alimentação, vestuário, instalações higiênicas para atender as necessidades dos presos, e ainda prestará atendimento médico, farmacêutico e odontológico, sendo que, quando o estabelecimento penal não tiver assistência necessária, a prestação será realizada em outro local.

Nesse sentido, o Código Penal em seu artigo 38 preceitua que, “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.” (BRASIL, 1940).

Em concordância ao tema, a LEP em seus artigos 40 e 41 dispõe acerca da validação dos direitos dos condenados e presos provisórios, impondo desse modo, a responsabilidade de todas as autoridades o respeito à integridade física e moral.

No mesmo prisma, quanto ao direito de visita, fundamental para a ressocialização do preso o acompanhamento dos familiares e amigos, é dever do Estado assegurar esse contato para efetivação do direito garantido (NUCCI, 2018).

Ressalta-se que, quanto ao direito de trabalho do preso, o Código Penal em seu artigo 39 garante que este será remunerado pelo seu trabalho e ainda terá os benefícios da previdência social, no mesmo sentido dos artigos 29 e 41, inciso III da LEP, e atentando-se ao artigo 33 que dispõe da jornada de trabalho, pois não será inferior a seis horas nem superior a oito horas, tendo garantido o descanso nos domingos e feriados (BRASIL, 1940; 1984).

Nesse contexto, Guilherme Nucci (2018) conceitualiza que o trabalho remunerado é um dos principais direitos do preso, pois, a

atividade laboral concede a oportunidade da redução de pena, por meio da remição, prevista nos artigos 126 a 130 da LEP.

Com base nisso é possível analisar que é dever do Estado promover a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando assim, os direitos previstos na Constituição Federal, no Código Penal e na Lei de Execução para que o indivíduo regresse na sociedade reabilitado.

2 SISTEMA PRISIONAL DE MINAS GERAIS NO PERÍODO PANDÊMICO

Tendo em vista a atual situação caótica em que se encontra hoje no mundo devido à pandemia do Coronavírus, fizeram-se necessárias adaptações no sistema prisional, com a finalidade de proteger os presos da contaminação da Covid-19.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a recomendação nº 62/2020, para adoção de medidas preventivas do vírus covid-19 no sistema de justiça penal e socioeducativo.

Para a edição dessa recomendação, o CNJ considerou a declaração pública de pandemia ao novo coronavírus pela Organização Mundial de Saúde, e inclusive, a consideração da conservação da saúde das pessoas privadas de liberdade sendo de forma fundamental a garantia da “saúde coletiva e que um cenário de contaminação em grande escala nos sistemas prisional e socioeducativo produz impactos significativos para a segurança e a saúde pública de toda a população” (CNJ, 2020).

As principais recomendações do CNJ é a revisão das penalidades impostas, tendo a conversão em penas privativas de liberdade para ter o cumprimento em regime aberto, impondo limitações como requisitos para aplicação dessa medida, como a consideração de pessoas que estão em unidades prisionais que não têm equipe de saúde ou mesmo as que estão em estabelecimentos com condições favoráveis para proliferação do vírus, as pessoas que praticaram crimes sem violência ou grave ameaça à vida, e ainda, mãe ou responsável de crianças de

até 12 anos, adolescentes deficientes ou que estejam dentro do grupo de risco (CNJ, 2020).

Os magistrados devem fazer uma reavaliação das prisões provisórias priorizando as pessoas que se enquadram nos termos da recomendação, ficando suspensa a apresentação das pessoas com liberdade provisória em juízo e os processos com suspensão condicional pelo prazo de 90 dias (CNJ, 2020).

Pautou-se, inclusive, que os detentos que contraíssem ou fossem classificados como suspeitos de estarem contaminados da Covid-19, por relatório médico, na falta de espaço adequado para isolamento, deveriam permanecer em prisão domiciliar. Como medida preventiva, é necessário um aumento da frequência de limpeza, disponibilização de álcool em gel, ainda, separação dos detentos que apresentarem quaisquer sintomas gripais (CNJ, 2020).

Assim, é orientação do Conselho Nacional de Justiça que haja aplicação preferencial de medidas socioeducativas com regime aberto, reavaliação das medidas aplicadas de prisões provisórias, priorizando as pessoas que se encaixem no grupo de risco.

As pessoas que estão em estabelecimentos penais superlotados, sem acesso a saúde, em cumprimento de pena de prisões preventivas que tenham ultrapassado prazo de 90 dias e que tenham praticado crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa terão a suspensão do dever de apresentação periódica em juízo, dentre outras recomendações (CNJ, 2020).

Ademais, no artigo 8º da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, de uma forma excepcional, com intuito reduzir os riscos de propagação da doença, suspendeu-se as realizações de audiências de custódia.

O Ministério de Estado da Justiça e Segurança Pública editou a portaria nº135/2020 que estabelece padrões mínimos de condutas a serem adotadas no sistema prisional para combate ao coronavírus. Dentre padrões estabelecidos no artigo 2º, incisos I e II, a restrição do máximo de visitantes e advogados possíveis nos presídios é uma delas, ainda que tenha uma separação dos presos de transferências e dos que

foram presos em flagrante (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

Diante o exposto, fica evidente a necessidade de se seguir as recomendações e portarias editadas, para que se tenha controle da situação atípica dentro do sistema prisional.

Considerando a permanência do estado de pandemia e o aparecimento de variantes da Covid-19, em um grau mais ofensivo à vida humana, o Conselho Nacional de

Justiça editou uma nova recomendação n° 91/2021 com o intuito preventivo da propagação do vírus e suas variantes das unidades prisionais.

Conforme o artigo 3° da Resolução 91, com o objetivo de diminuir o número de pessoas nas unidades prisionais, é recomendado aos tribunais e magistrados que, nos processos de apuração do ato infracional e de execução de medidas socioeducativas acolham medidas para que se reduza a ampliação da proliferação do vírus. (CNJ, 2021)

Além disso, o CNJ (2021) indica a viabilidade de realização de audiências por videoconferência, recomendou também a elaboração e implementação do plano de contingências e de vacinação.

Sendo assim, o cenário carcerário atual trouxe diversas preocupações aos órgãos competentes, pois, a superlotação das celas inviabiliza o distanciamento social, representando desse modo um risco a vida dos detentos.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, para conter a propagação do vírus dentro das unidades prisionais mineiras, assinou a portaria conjunta n°19/2020 juntamente com o governador do estado, Romeu Zema, editando recomendações para os órgãos competentes seguir como parâmetro devido à circunstância atípica vivenciada.

Considerando a emergência da saúde, é dever do estado zelar pela saúde das pessoas privadas de liberdade, sendo assim, recomenda-se que, os diretores e juízes corregedores das unidades prisionais, deverão tomar providências para menor fluxo de pessoas nas prisões de sua responsabilidade (MINAS GERAIS, 2020).

Conforme Portaria 19/2020, destaca em seus artigos 3º e 4º, que os presos condenados em regime aberto e semiaberto e as pessoas presas em virtude de não pagamento de pensão alimentícia seguissem para prisão domiciliar, ressaltando-se que os indivíduos que estão respondendo processo disciplinar por suposta falta grave, não estarão em condições de usufruir da concessão da prisão domiciliar.

A Portaria ainda salienta que todas as prisões no Estado de Minas Gerais, devem ser revisadas, e sendo possível que sejam aplicadas penas alternativas no lugar das penas privativas de liberdade (PPL). Salienta também, que ao analisar as revisões das penas, tenha uma prioridade para os presos que compõe o grupo de risco, conforme o Ministério da Saúde elencou, como por exemplo, os diabéticos, cardiopatas, maiores de 60 (sessenta) anos, pós operado, portadores de HIV, tuberculose, insuficiência renal (MINAS GERAIS, 2020).

Com base nisso, em seu artigo 9º recomenda-se que a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública faça o remanejamento de presos, criando unidades de referência que servirão de porta de entrada para atender às 19 regiões integradas de Segurança Pública. Sendo assim, os presos ficarão em isolamento pelo período de 15 a 30 dias, ao se passar o período de isolamento do detento, será então encaminhado preferencialmente à comarca mais próxima do local que está vinculadoo seu processo, ou de sua residência (MINAS GERAIS, 2020).

Com intuito de atender à recomendação do TJMG, uma das primeiras providências realizadas pelo sistema prisional mineiro foi a adoção de um modelo pioneiro no país de circulação restrita de detentos durante o período de pandemia, classificada como referência pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública. Igualmente, para evitar uma contaminação de novos presos, foram criadas 30 unidades de porta de entrada, distribuídas em todo o estado, as quais funcionam como centros de triagem para novos custodiados do sistema prisional (MINAS GERAIS, 2020).

Pontuou-se, conforme citado acima, que as portas de entrada são para que todas as pessoas presas no estado de Minas Gerais sejam

destinadas a uma unidade específica em cada região e fiquem pelo menos 15 dias em isolamento e observação, evitando possível contágio que poderia acontecer caso fossem direcionadas de imediato para outras unidades, logo após atestada sua saúde, o detento é conduzido para unidades prisionais do estado (MINAS GERAIS, 2020).

Além do mais, para conter o avanço da epidemia dentro das unidades, foram suspensas as visitas presenciais, diminuindo assim a circulação de pessoas provenientes do ambiente extramuros, sendo necessário, também, a suspensão dos

kits suplementares, com alimentos, remédios e outros itens por conter fluxo de materiais contaminados (MINAS GERAIS, 2020).

Como um meio alternativo devido à suspensão das visitas, os familiares podem manter contato com seus parentes por meio das cartas, ligações telefônicas ou até mesmo visitas virtuais por meio de videoconferências nas unidades prisionais em que essa tecnologia já seja disponibilizada (MINAS GERAIS, 2020).

Contudo, mesmo com todas as recomendações e práticas de higienização, a superlotação e a falta de recursos de higiene pessoal no cárcere é uma realidade. Com isso, se torna um ambiente preocupante e propício para o alargamento da contaminação no sistema, pois o cenário impossibilita o cumprimento das medidas sanitárias impostas.

Segundo levantamento, verifica-se que a superlotação nas unidades mineiras é maior que a taxa nacional, o índice é de 171 presos por cada 100 vagas. Em Ribeirão das Neves o município mineiro com mais unidades prisionais detém 8.549 encarcerados enquanto são apenas 5.568 vagas (UFMG, 2020).

Ainda, no estado de Minas Gerais, a Universidade Federal entrevistou os familiares de detentos que reclamaram da falta de assistência médica adequada e da prática de torturas, afirmando também que a suspensão das visitas no sistema prisional mineiro estaria contribuindo para ocultar a prática de tortura nos cárceres. Contudo, são fatos negados pelo Sejusp (UFMG, 2020).

Averiguou-se dessa forma uma expansão veloz de contaminação, além de indicar queo grave problema sanitário e estrutural já existente aumenta as inseguranças nos presídios.

3 SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A estrutura política, social e econômica do Brasil atribui aos poderes e órgãos estatais um modelo de segurança pública repressivo ao invés de preventivo. Consequentemente, tem-se um colapso no sistema prisional abarrotado de pessoas privadas de sua liberdade.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, o Brasil conta com uma população prisional equivalente a 726.712 pessoas com restrição de seus direitos de ir e vir. Porém, no que se refere ao número de vagas são apenas 368.049, de modo que, tem-se um déficit total de 358.663 vagas, sendo 197,4% da taxa de ocupação. Ademais, em uma comparação em ranking internacional, o Brasil ocupa o terceiro lugar do país que mais encarcera no mundo, de acordo com os dados divulgados pelo Infopen no ano de 2016, tendo a superlotação como um problema no cárcere (INFOPEN, 2016).

Os referidos dados podem ser melhor identificados na tabela abaixo:

Brasil - Junho de 2016	
População prisional	726.712
Sistema Penitenciário	689.510
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	36.765
Sistema Penitenciário Federal	437
Vagas	368.049
Déficit de vagas	358.663
Taxa de ocupação	197,4%
Taxa de aprisionamento	352,6

Fonte: Infopen-Levantamento Nacional de Informações Penitenciária do ano de 2016.

Vale salientar que o coronavírus tem uma força devastadora dentro do sistema prisional, estando os presos em condições precárias e mais vulneráveis à contaminação. Isso ocorre, pois as condições dos sistemas penitenciários brasileiros potencializam a proliferação do vírus, uma vez que dentro das unidades superlotadas tem condições insalubres e insignificantes para combater a contaminação do vírus.

Muitos são os problemas vivenciados no cárcere, mas o que se sobressai é o da superlotação. As prisões estão abarrotadas de pessoas com tratamentos precários no que tange à subsistência, já que inexistente espaço para a ocupação de todos. Ressalta-se as condições de alimentação, saúde, higiene que são prestadas de forma descabida, tornando-se os presídios em fontes de transmissões de doenças.

Nesse sentido, com a superlotação e as violações dos direitos básicos correlacionados à vida, tem-se uma contaminação do vírus de

forma célere dentro das unidades penais ou socioeducativas. Logo, o que era mecanismo de reeducação, virou uma fonte de propagação de doenças.

Ademais, cumpre destacar que o artigo 85 da Lei de Execução Penal (1984) preceitua que deve haver uma convergência entre a estrutura e a capacidade de vagas do presídio. No entanto, a realidade do sistema prisional vai em confronto com todos os ditames legais, uma vez que as cadeias estão cheias e não há preocupação com as garantias fundamentais asseguradas às pessoas.

Inclusive, deve-se ressaltar que dentro do presídio não há separação dos presos provisórios e dos que já tiveram a sentença condenatória transitada em julgado, o que facilita demasiadamente para que ocorra mais a propagação do vírus. A referida prática vai de encontro ao artigo 84 do diploma supramencionado, que dispõe que terá

uma separação dos presos provisórios com os presos que já tiveram a sentença condenatória transitada em julgado (BRASIL, 1984).

Devido à lotação do sistema prisional, obstaculiza-se a separação dos presos, de modo que, notadamente, há uma imensa violação às garantias e direitos fundamentais, principalmente, pois se tem um convívio de forma conjunta entre presos sentenciados e provisórios.

Percebe-se que, os presos não têm condições mínimas para combater o alastramento da Covid-19 no sistema penitenciário. Ao se tratar da recomendação do afastamento social, dentro das celas superlotadas se torna inviável o cumprimento dessa diretriz.

Vale elencar que a Pastoral Carcerária (2020), recebeu denúncias de que as enfermarias estariam lotadas devido à falta de profissionais da área da saúde e do excesso de pessoas doentes dentro do cárcere, principalmente com problemas respiratórios, não tendo assim a quantidade necessária de medicamentos e equipamentos para tratamento.

Na Plataforma Desencarcera, mecanismo usado para recebimento de denúncias do sistema prisional, destaca-se a Denúncia nº 2070 que relata que o presídio Jacy de Assis, em Uberlândia, tem

presos morrendo por falta de atendimento médico. Ocorre que os detentos que contraíram o vírus estão aglomerados com os demais presos,

pois as celas que comportam 8 pessoas estão com 20, demonstrando falta de condições mínimas de higiene e sobrevivência (PLATAFORMA DESENCARCERA, 2020).

Dessa forma, evidenciou-se que as condições insalubres e a falta de possibilidade de seguir as medidas impostas fazem com que as penitenciárias tenham condições favoráveis ao crescimento e contaminação dos presos pelo novo vírus que afeta a sociedade, uma vez que a superlotação contribui para o cenário desumano em que os presos vivenciam.

Nessa perspectiva, vê-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Carta Magna, está sendo violado demasiadamente.

A proibição da tortura e tratamento desumano ou degradante previstos no artigo 5º, inciso III e a vedação de penas de caráter cruéis com previsão no mesmo artigo supracitado, inciso XLVII, alínea e são expressos na Constituição Federal. Contudo, pode ser verificado que nos ambientes prisionais há prática dos atos de tortura e tratamento desumano para com os presos de forma corriqueira, o que demonstra uma afronta às proteções previstas constitucionalmente, sobretudo a violação da sua integridade física e moral feita pelo poder estatal.

O tratamento prestado pelo Estado para com os detentos não condiz com as condições estabelecidas em lei. O sistema carcerário se baseia em um depósito de presos que são tratados como se não fossem detentores de direitos, sendo dessa forma, inconstitucional qualquer violação dos direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana.

Para Luciano Pereira, a superlotação dos presídios tem sido assinalada como uma das principais causas de violação de direitos humanos consagrados (PERREIRA, 2017).

Sendo assim, mostra-se um descaso do poder público o tratamento prestado aos presos dentro da penitenciária.

Nessa linha, destaca-se que

o Supremo Tribunal Federal (STF) ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucionais (ECI) do sistema penitenciário no julgamento da ADPF n° 347, evidencia que o cenário generalizado de violações de direitos das pessoas privadas de liberdade, decorre das omissões e impotências de políticas públicas (STF, 2015).

Nessa linha de raciocínio, Luciano Pereira (2017) preconiza que o ECI está relacionado a uma série de direitos violados de maneira contínua e de forma sistemática, que para serem resolvidos requerem a mudança dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

Dessa forma, as graves violações de direitos no cárcere resultaram no Estado de Coisas Inconstitucionais, uma vez que dentro do sistema prisional não se tem a mínima concretização das condições para efetivação da dignidade da pessoa humana.

Na ADPF n° 347, o relator, Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello pontuou que se faz uma conclusão única do sistema prisional. Conclusão de que ocorre uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, referente à dignidade e integridade física e psíquica. Ademais, que a superlotação e a precariedade carcerária configuram-se tratamentos degradantes e indignos às pessoas custodiadas pelo estado, tendo dessa forma, penas cruéis e desumanas (STF, 2015).

Marco Aurélio ainda enfatiza que “os presos se tornam lixo digno do pior tratamento possível, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre” (STF, 2015).

Com base nisso, os presos são considerados meros objetos e o tratamento recebido é indigno. Os detentos são submetidos às condições de superlotação das celas; prática de torturas, homicídios e violências; celas imundas e insalubres; proliferação de doenças infectocontagiosas; comida inapropriada; falta de água, luz e de produtos higiênicos; escassez do acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho.

A superlotação talvez tenha sido a mãe de todos os problemas do sistema prisional, pois as celas cheias ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes e degradação da pessoa humana. A CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) encontrou presos amontoados como se fossem lixos humanos, revezando-se para dormir ou dormindo em cima do vaso sanitário (STF, 2015).

O cenário em que o sistema prisional se encontra é inconstitucional sendo de responsabilidade dos poderes Legislativo, Executivo e do Judiciário a cautela para que haja a extinção de práticas ilegais vivenciadas pelos detentos dentro do sistema prisional.

Algumas das violações que ocorrem dentro dos presídios relacionadas aos direitos fundamentais, são, por exemplo, a violência sexual, a tortura, a falta de itens essenciais para terem o mínimo de dignidade para sobrevivência. Por fim, sabe-se que o Supremo declarou o sistema prisional falido e sendo considerado um Estado de Coisas Inconstitucionais.

3.1 A PRÁTICA DA TORTURA DOS PRESOS SOB A TUTELA DO ESTADO

As políticas públicas se fazem necessárias em todas as esferas do direito, sobretudo na esfera criminal, pode-se perceber um desamparo governamental. Isso significa que ao invés de se ter alternativas para ressocialização dos custodiados em busca da diminuição da prática de crime, tem-se violação dos direitos e garantias fundamentais com atos de tortura, violência e tratamentos degradantes.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, em seu artigo 10 dispõe que “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana” (BRASIL, 1966).

A criminalização de tortura no Brasil se deu principalmente com a promulgação da Lei 9.455/97 (Lei de Tortura) que em seu artigo 1º configura como crime de tortura, constranger alguém com emprego

de violência ou grave ameaça, causando-se, dessa forma, sofrimento físico ou mental, com o objetivo de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa em que seja tal ato feito por ação ou omissão de natureza criminosa (BRASIL, 1997).

Além do mais, evidencia-se que com o artigo 1º, inciso II da Lei supracitada que “submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo” (BRASIL, 1997).

Com intuito de conceituar o crime de tortura, Maria Gorete de Jesus (2009) preconiza que a tortura é um meio para conseguir provas ou é empregada como castigo corporal, sendo exercida desde os períodos históricos até os dias atuais de forma oculta. Sabe-se ainda que tal crime é pouco investigado pelos órgãos competentes, uma vez que estão diretamente ligados à prática dentro das penitenciárias.

Sendo assim, observa-se que a tortura é um ato corriqueiro dentro dos presídios e ocorre de forma oculta e negligenciada. Para tanto, Robson Ferreira Dias (2013) afirma que a tortura configura um intenso sofrimento físico e mental provocado a seres humanos com o objetivo de obter algo contra a sua vontade como declarações, confissões, procedimento esse bárbaro e de extrema violação dos direitos humanos.

O crime de tortura imputa ao infrator pena de reclusão de dois a oito anos para quem submeter as pessoas privadas de liberdade ou sujeitas as medidas de segurança a sofrimento físico ou mental, impondo ainda que, a pena aumenta de um sexto até um terço se o crime for cometido por agente público (BRASIL, 1997).

Ressalta-se que a tortura é configurada em constranger alguém com emprego de violência ou a grave ameaça, causando sofrimento físico ou mental. Dessa forma, é de extrema importância ressaltar que, quando o crime for cometido por agente público a pena será aumentada de um sexto até um terço (BRASIL, 1997).

Na Constituição Federal de 1988, o seu artigo 5º, inciso III preceitua que “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento

desumano ou degradante”, sendo proibido tratamentos e penas de caráter de tortura (BRASIL, 1988).

No cárcere, a violação de direitos gera revolta nos presos, pois os detentos são vulneráveis, tendo em vista o sistema prisional ser falido e não ter condições mínimas de dignidade humana. Dessa forma, tem-se o aumento dos graus de violências dentro dos ambientes prisionais, sobretudo a tortura. Isto é, a pessoa privada de liberdade se encontra sob a custódia do agente torturador, estando à mercê do Estado e sem chances de se defender.

Dando a importância à grave situação sanitária vivida no Brasil nos últimos meses, as penitenciárias têm sofrido carência de assistência médica por parte do Estado, o que pode gerar atribulação nos presos e, conseqüentemente, a possibilidade de rebeliões.

A Plataforma Desencarcera recebeu diversas denúncias de tortura contra presos e destaca-se a denúncia de nº 2076 contra o presídio Antônio Dutra Ladeira, localizado em Belo Horizonte. Ressalta-se que durante procedimentos operacionais de revista do GIR (Grupo de Intervenções Rápida) formado por policiais penais que adentraram nas celas no dia 27/06/2020, nas quais as temperaturas climáticas estavam variando

entre 10 e 14 graus, cometeram tortura e agressões contra os presos bem como molharam as cobertas e seus pertences com a intenção de prejudicar todos os indivíduos (PLATAFORMA DESENCARCERA, 2020).

Nesse mesmo sentido, as denúncias de número 2083 e 2084 relataram que presos estão sendo espancados, sendo submetidos a comer comidas azedas e estavam sem água, luz, coberta e atendimento médico. Ainda, além de negar informações para os familiares, estão aproveitando da situação de suspensão das visitas para cometer diversos atos de tortura.

Ressalta-se que a denúncia de nº 2086, recebida contra o presídio Jacy de Assis em Uberlândia, afirma que vidas estão sendo perdidas pelo descaso do Estado, uma vez que detentos gritam dia e noite por socorro (PLATAFORMA DESENCARCERA, 2020).

Mostra ser de extrema relevância que tais denúncias sejam investigadas pelos órgãos competentes, visto que relatam situações inconstitucionais e desumanas e em caso de confirmações, deverá haver punições, de modo que o Estado tome todas as medidas cabíveis para a resolução ou ao menos a diminuição do problema.

A tortura é uma das mais graves violações de direitos fundamentais e constitucionais, pois é o ato mais anti-humano que uma pessoa pode cometer à outra, submetendo um ser humano à violência, ameaça, dor, trauma, lesões e sofrimento mental.

Por fim, a tortura não é permitida e não há situações de exceções como guerras ou calamidades públicas que justifiquem a prática dessa atrocidade.

3.2 ALTERNATIVAS JURÍDICAS PARA RESOLUÇÃO DESTE PROBLEMA

O direito penal é o eixo para criação de políticas públicas de segurança, mas apesar disso, a elaboração das políticas públicas tem como base princípios repressivos. Com isso, gera prejuízo a ressocialização dos detentos e coloca em perigo a Carta Magna uma vez que é ineficaz perante o desrespeito das garantias fundamentais.

Com todo o exposto do presente estudo, é possível vislumbrar a violação dos direitos humanos decorrente das medidas adotadas pelo sistema carcerário, sobretudo em Minas Gerais no período pandêmico. Por conseguinte, além das violações, que é uma afronta aos princípios constitucionais, os detentos ainda sofrem com a superlotação, falta de assistência médica e itens de higiene, causando uma vivência de extrema precariedade e desumanidade.

Ao analisar a indocilidade dos direitos, é fundamental a concretização de algumas medidas como alternativas para diminuir a barbúrdia no sistema prisional. Levando em consideração a situação caótica no cárcere, conforme foi recomendado pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais a aplicação de

prisão domiciliar se tornou uma medida essencial e racional para controlar o alastramento da Covid-19 dentro das unidades prisionais.

Diante desse fato, Renato Brasileiro de Lima (2020) enfatiza que ao analisar situações especiais de natureza humanitária a substituição da pena privativa de liberdade (PPL) pela prisão domiciliar é essencial para que se tenha uma pena menos desumana, impondo para o cidadão dessa forma o dever de permanecer em sua residência ao invés de permanecer cerceado na cadeia.

Observa-se que a pandemia é uma situação extraordinária vivenciada no Brasil, conforme foi estabelecido pelos órgãos pertinentes, sendo necessária a aplicação das penas de prisão domiciliar como mecanismo de prevenção do contágio do vírus da COVID 19. Contudo, essa metodologia na prática de conversão das penas vem sendo feita de forma excepcional, isto é, uma prática que deveria ser adotada, está sendo usada em caráter de excepcionalidade.

A Defensoria Pública de Minas Gerais impetrou um Habeas Corpus Coletivo, o qual o Superior Tribunal de Justiça (STJ) concedeu a liminar colocando assim em prisão domiciliar, presos de dois presídios de Uberlândia, pois apesar de estarem em regime semiaberto e possuírem trabalho externo, tiveram endurecimento do regime em cumprimento da pena após a pandemia. (MINAS GERAIS, 2020).

Ressalta-se que os presos não podem receber visitas, não estão tendo o kit higiene e estão em celas com a capacidade estabelecida ultrapassada, sem ventilação, além de enfrentarem um racionamento de água. (MINAS GERAIS, 2020).

Ademais, relata Tiago Ângelo (2020), que mais de 200 entidades brasileiras apresentaram denúncias contra a gestão brasileira dos presídios. O documento que leva em conta o aumento dos casos do novo coronavírus nos presídios foi enviado à Organização das Nações Unidas (ONU) e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão ligado à Organização dos Estados Americanos (OEA).

Dentro dessa ótica, afirma Tiago Ângelo (2020) que o cárcere brasileiro perpetua imensuráveis violações de direitos que se intensificam ainda mais num contexto de pandemia, pois a ausência

de medidas para impedir o alastramento da covid-19 das prisões está culminando progressivamente na morte das pessoas privadas de liberdade.

Nessa perspectiva, constatou-se um aumento de 800% na taxa de contaminação do vírus e nesses dados em apenas um mês se teve um salto de 245 (duzentos e quarenta e cinco) presos com Covid-19 para 2.200 (dois mil e duzentos) casos confirmados. (ANGELO, 2020).

A concretização das recomendações sugeridas é imprescindível para controlar o alastramento do vírus no sistema carcerário, sendo de grande valia a aplicação, nos casos cabíveis, da prisão domiciliar uma vez que se tem a diminuição de pessoas dentro da mesma cela, viabilizando assim o distanciamento social entre os detentos.

Outras maneiras como alternativa para resolver o problema em questão ou amenizar os impactos dentro do sistema carcerário é a conscientização dos presos da gravidade do problema. Além disso, necessário se faz informar e disponibilizar condições e meios de higiene para que os detentos possam cumprir as medidas sanitárias impostas para contenção do coronavírus.

Ressalta-se que é fundamental não ter transferências dos presos privados de sua liberdade nesse momento atípico e que só em casos de extrema urgência essa prática

seja aplicada, mas com a concretização da separação dos presos contaminados como presos não contaminados para não ocorrer um alastramento em massa dentro dos presídios.

Nesse cenário, uma alternativa cabível também é a justiça restaurativa que é um método utilizado para resolução dos conflitos de modo que o alvo não é a culpabilidade do agente, mas sim a restauração do dano.

Posto isso, o Conselho Nacional de Justiça (2016) conceitua a justiça restaurativa como um conjunto metódico e sistêmico de princípios, técnicas, métodos e atividades, em que se pretende à compreensão sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais causadores de atritos e violência, e por meio do qual esses atritos que geram danos sejam resolvidos de modo organizado.

A justiça restaurativa é uma transformação nas resoluções de conflitos, ao invés de usar uma lógica retributiva focada apenas na punição, aplica-se a justiça restaurativa focando assim na restauração do indivíduo. Desse modo, prega-se uma abordagem que não seja a da culpabilização, mas sim em trazer a possibilidade de um encontro com todos envolvidos de forma direta ou indiretamente no problema.

Assim, viabilizando um diálogo com quem sofreu o dano para que possa relatar o sentimento com aquele que o causou e para que a pessoa que cometeu o dano possa entender o que a sua conduta gerou no outro e, dessa forma, o agente causador do ato possa ter uma mudança em suas condutas, objetivando a restauração do dano causado e do indivíduo. Isto é, a alternativa da justiça restaurativa como meio de resolução de conflito através do diálogo é uma alternativa para um dos maiores problemas no cárcere, qual seja a superlotação.

Nesse âmbito, o Supremo Tribunal Federal julgou uma liminar para determinar que os magistrados reavaliassem a situação das pessoas privadas de suas liberdades e

cumprissem as sugestões previstas na recomendação 62/2020 do CNJ, além de estabelecer que se tenha a aplicação de prisão domiciliar quando preenchidos os requisitos da recomendação. (STF, 2020)

Realizou-se uma pesquisa de campo com os familiares dos custodiados na manifestação “Luta Nacional Contra a Tortura no Sistema Penitenciário” que ocorreu em frente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Os familiares relataram que o tratamento prestado pelo Estado nesse período pandêmico está indigno. Os presos estão sem visitas, os familiares estão praticamente sem notícias dos detentos e quando conseguem alguma informação são pelos advogados, os quais de forma bem restrita e com um lapso temporal grande têm contato com os presos no período de no máximo 20 minutos, isso quando autorizados pela unidade prisional. Importante relatar que não estão sendo realizadas as visitas por vídeo chamada, conforme recomendado.

De acordo com os familiares, a maioria dos presos estão passando por maus tratos e tortura. Os detentos estariam apanhando muito pelos

agentes prisionais e a situação está desumana. Eles relatam que todos os direitos estão sendo violados, os agentes

não estão fazendo a entrega dos kits ou Sedex enviados pelas famílias dos detentos e as celas estão superlotadas além de não se ter a prestação de assistência médica, muito menos a possibilidade de tratamento médico.

Dessa maneira, a realidade do sistema prisional mineiro de acordo com as duas pesquisas de campo, apesar de ser ter normas editadas para reger tal cenário pandêmico, os presos estão passando por uma situação humilhante e inconstitucional, tendo um conflito entre os direitos assegurados com a realidade fática do sistema. Por

isso, é de suma importância que haja a garantia de todos os direitos assegurados a qualquer cidadão sem que se tenha alguma violação para que se possa evitar a todo momento a falta da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, este artigo foi realizado com observância dos princípios, conceitos, doutrinas e artigos jurídicos, bem como com o auxílio de denúncias, relatos e pesquisas de campo para demonstrar toda a situação fática narrada com o intuito de desenvolver o problema jurídico.

O princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos e garantias fundamentais dos presos estão sendo violados, principalmente nesse período pandêmico, já que o Estado se negligenciou e omitiu inúmeros atos desumanos ocorridos dentro das penitenciárias.

Foram editadas portarias e recomendações visando que o Poder Judiciário e o Depen realizassem adaptações em conformidade com o cenário atual, maneira essa encontrada para conter os prejuízos que pudessem ter consequências negativas de tal situação atípica.

Contudo, as atuações dos órgãos competentes não foram no viés de minimizar os prejuízos epidemiológicos ocorridos dentro do

sistema carcerário brasileiro, uma vez que por diversas vezes agiram de forma omissa e até mesmo em contrariedade aos dispositivos legais, sem preocupações com os indivíduos, que por prazo determinado, cumprem suas penas nos presídios.

As portarias editadas no Estado de Minas Gerais que objetivam conter a proliferação do vírus no sistema prisional, parecem não surtir tanto efeito, haja vista a quantidade de detentos que foram contaminados pelo coronavírus bem como o elevado número de óbitos até então contabilizados, sendo dessa forma, ineficaz todas as tratativas governamentais acerca da proporção dos problemas carcerários.

A superlotação carcerária demonstra a falibilidade do sistema prisional e a conseqüente violação dos direitos constitucionais. Sabe-se que os presos são tratados de maneira desumana e todos os seus direitos são infringidos, não se tem o cumprimento da pena conforme prevê a Lei de Execução Penal. Ademais, os presídios se tornaram um lugar em que se tem demasiadamente condições indignas de vida humana.

A Constituição Federal garante que os presos tenham respeitados a sua integridade física e moral, mas o Estado não garante suas prerrogativas, indo em confronto a toda segurança jurídica prestada aos cidadãos. Dessa forma, está-se diante de uma falha no sistema prisional, pois a concretização das leis dentro do estabelecimento acontece somente de forma ilusória, o ordenamento jurídico não passa de uma mera perspectiva de direitos.

Essa violação aos direitos e garantias fundamentais dos presos foi objeto de uma ação no Supremo Tribunal Federal, que declarou o sistema carcerário como um “estado de coisas inconstitucionais”, determinando que os julgadores lancem mão de medidas cautelares diversas da prisão, conforme o caso concreto, ao invés de prisões provisórias; que façam audiências de custódias no prazo estabelecido em lei, que estabeleçam penas alternativas de prisões, quando possível, dentre outras determinações.

Todas as medidas mencionadas no presente estudo podem contribuir para a redução dos encarceramentos dentro dos presídios, sendo dessa forma, um meio para resolução de diversos problemas dentro do cárcere, como a superlotação e o controle da contaminação em massa no sistema penitenciário.

Sabe-se que o déficit de vagas enseja a superlotação do sistema prisional e com isso obriga o convívio de forma conjunta entre os presos. Por conseguinte, percebe-se que não há o cumprimento das medidas sanitárias impostas pelo Ministério da Saúde, nas quais tem como objetivo principal diminuir o contágio do vírus, bem como barrar o seu alastramento de forma exacerbada.

A estrutura e capacidade de vagas dos presídios devem estar em concordância com o número de presos, no entanto, o que acontece dentro dos estabelecimentos é a discrepância entre a realidade vivida e a violação constitucional da legislação.

No que tange o alastramento do vírus dentro do sistema, verificou-se que as transferências abriram as portas para a chegada do vírus nos presídios e os agentes penitenciários colaboraram de forma efetiva para a multiplicação da doença. Sabe-se que os presos estavam impedidos por período indeterminado de receberem qualquer visita, sendo de grande valia ressaltar que, até o acesso com o seu advogado acontece de forma restrita.

Logo, propondo-se a responder ao problema jurídico em questão, foram realizadas duas pesquisas de campo com familiares de detentos e com uma advogada criminalista atuante, em que através dos relatos colhidos, pode-se concluir que na situação pandêmica vivenciada dentro dos presídios, os direitos dos presos não estão sendo aplicados de forma igualitária para todos, mas sim aplicados de forma seletiva. As pessoas que estão privadas de liberdade não estão sendo detentores de garantias fundamentais, o Estado que deveria assegurar é o mesmo que os violam, tendo dessa forma, um abandono governamental por trás das grades.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Tiago. Brasil é denunciado na ONU e OEA por avanço do Coronavírus nos presídios. **Revista Consultor Jurídico**. 2020. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2020-jun-23/brasil-denunciado-onu-avanco-coronavirus-presidios>>. Acesso em 17 de março 2021.

BRASIL. **Código Penal**. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 19 de março de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei Tortura**. Lei 9455 de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm>. Acesso em 28 de setembro de 2021.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 28 de setembro de 2021.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 6 de abril de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original160026202003305e82179a4943a.pdf>>. Acesso em 15 de março de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 91, de 15 de março de 2021**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/>>

original22294820210315604fdfdc5ee46.pdf>. Acesso em 17 março de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela**. 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>>. Acesso em 19 de março de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça Restaurativa Horizontes a Partir da Resolução CNJ 225**. 2016. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/cnj/justica_restaurativa_cnj_2016.pdf>. Acesso em 19 de abril de 2021.

DIAS, Robson Ferreira. **Crime de Tortura no Brasil**. 2013. Disponível em: <<file:///C:/Users/elisangela/Downloads/128-319-1-PB.pdf>> Acesso em 28 de abril de 2021.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias 2016**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em 01 de outubro de 2020.

JESUS, Maria Gorete. **O Crime de Tortura e a Justiça Criminal**. 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-05022010-171309/publico/MARIA_GORETE_MARQUES_DE_JESUS.pdf > Acesso em 28 de abril de 2021.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Volume Único. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

MINAS GERAIS, **Portaria Conjunta nº19/PR-TJMG de 2020**. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/data/files/88/64/9F/4E/C98E07105C580D076ECB08A8/PORTARIA-CONJUNTA-19-PR-TJMG-2020.pdf>>. Acesso em 17 de março de 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Painel de Monitoramento dos Sistemas prisionais**. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/acoes-contrapandemia/painel-de-monitoramento-dos-sistemas-prisionais/covid-19-painel-mundial-27out20-secom.pdf>>. Acesso em 15 de março de 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PASTORAL CARCERÁRIA. **Pandemia do Coronavírus Expõe Brutalidade do Cárcere**. Disponível em: <<https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/pandemia-do-coronavirus-expoe-brutalidade-do-carcere>>. Acesso em 24 de setembro de 2021.

PLATAFORMA DESENCARCERA. Disponível em: <<https://desencarcera.com/denuncias/>>. Acesso em: 25 de setembro de 2021.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional Brasileiro**. 2017. Disponível em: <<https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472/206>>. Acesso em 01 de abril de 2021.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista Interesses Público**, n°4, 1999. Disponível em: <<https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/issue/view/10/6>>. Acesso em 05 de março de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícias STF**. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457421>>. Acesso em 22 de abril de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 347**. 2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso 28 de Abril de 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. **A Covid-19 Avança no Sistema Prisional Brasileiro**. 2020. Disponível em: <<https://ufmg.br/comunicacao/noticias/a-covid-19-avanca-no-sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em 17 de março de 2021.

BIRDNESTING: A NOVA MODALIDADE DO DIVÓRCIO

*Andreia Fagnoli Barbosa
José Lúcio da Silva Martins*

BIRDNESTING: A NOVA MODALIDADE DO DIVÓRCIO

Andreia Fagnoli Barbosa¹

José Lúcio da Silva Martins²

Resumo: Este trabalho tem como objetivo fazer considerações sobre o *Birdnesting*, uma nova modalidade de escolha após o divórcio. Sem a pretensão de esgotar o assunto esse estudo buscou aprofundar o conhecimento acerca do tema, assim como as suas consequências positivas e negativas na vida do casal e dos filhos. observa-se que a maioria das separações causa uma situação desagradável aos casais. Por isso a escolha pelo *Birdnesting* deve ser pautada com segurança para que aos filhos os pais sejam referências, almejando formar uma sociedade estruturada composta por famílias estruturadas.

Palavras chave: *Birdnesting*. Divórcio. Filhos. Insegurança.

INTRODUÇÃO

Conhecido por *Birdnesting*, na prática, essa é uma nova modalidade de divórcio modelo na qual é permitido que os filhos permaneçam na casa em que já estão habituados. Essa nova proposta vem no lugar de obrigar os filhos a não se submeterem ao regime da guarda compartilhada.

Modalidade em que os pais criam a 'lógica do pássaro'. Isto é, eles se revezam para visitar filhos. Mais reconhecido como aninhamento,

1 Graduada em Direito pela Faculdade Minas Gerais – FAMIG. Especialista em Direito de Família e Sucessões e Especialista em Direito do Consumidor pela Faculdade Única de Ipatinga-MG. Conciliadora pelo Conselho Nacional de Justiça. E-mail: trabalhosdeia2020@gmail.com

2 Graduado em Direito pela Faculdade Minas Gerais – FAMIG. Graduado em Odontologia, Cirurgião Dentista, pela Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE. Especialista em Direito Médico e da Saúde pela Faculdade Legale de São Paulo. Secretário da Câmara de Instrução Ética da Odontologia Suplementar do CROMG. E-mail: joseluciomartins@yahoo.com.br

onde os filhos permanecem na casa da família e são os pais que se alternam na moradia ou residem na mesma casa.

Trata-se de um modelo que tende a ser interessante, posto que, em regra, as responsabilidades não costumam ser divididas de forma igualitária em todas as famílias.

Portanto, para uma melhor compreensão acerca do tema, o trabalho será estruturado em dois capítulos. O primeiro capítulo versará sobre o divórcio, que representa um fato no qual existem uma perdas tanto para os casais quanto para os filhos. Essa separação conjugal acaba por causar de maneira inevitável, algum desajustamento emocional aos envolvidos, que são os efeitos do divórcio.

Para o segundo capítulo, serão explorados sobre o *Birdnesting*, tema central do trabalho. Opção de muitos casais atualmente, trazendo as consequências positivas e negativas tanto para o ex casal, quanto aos filhos.

Por fim, serão traçadas as considerações finais a título de conclusão com a intenção de que o tema sirva para novas pesquisas e esclareçam se realmente essa modalidade do *Birdnesting* seria a melhor escolha no momento do divórcio.

1 DIVÓRCIO

O divórcio é um fato de razoável relevância capaz de ocorrer no ciclo vital das famílias e por consequência desafia sua estrutura, bem como altera toda sua dinâmica relacional.

Todavia, a sociedade atual vivencia um elevado índice de divórcios, ocasionando mudanças e transtornos na vida do casal e dos filhos.

Nesse contexto Venosa destaca:

O divórcio é um dos institutos jurídicos que mais tormentosas questões levantaram em todas as legislações em que foi admitido, pois não trata unicamente de uma questão jurídico-social, mas

de um problema global que toca profundamente a religião e a política. As várias legislações atuais, como regra geral, o admitem com maior ou menor amplitude (VENOSA, 2016, p. 157).

Reconhece-se que o número de divórcios teve crescimento considerável no Brasil após o advento da Emenda Constitucional Nº 66 de 13 de julho de 2010, que trouxe a nova Lei do Divórcio. Desse modo o novo mecanismo trazido pelo ordenamento jurídico brasileiro facilitou sobremaneira os tramites que envolve o processo de separação.

Pesquisas demonstram com frequência o elevado número de divórcios. Os editores da “Agência Brasil”, em pesquisa à plataforma e-Notariado (Colégio Notarial do Brasil), dispuseram que desde o ano de 2007, não se haviam tantos divórcios no Brasil. Até o ano de 2021 foram realizados 80.573 divórcios (AGÊNCIA BRASIL, 2022).

Nesse toar, importa esclarecer que o divórcio não pode ser pautado na culpa, nem mesmo quando o mútuo respeito entra na cena conjugal. Isto porque é dever intrínseco à dignidade de cada cônjuge. Representa um valor absoluto, que de fato merece ser tratado e preservado como condição básica de natural desenvolvimento da sociedade afetiva (MADALENO, 2016).

Presume-se que a maioria das separações trazem aos casais uma situação desagradável, porém, é preciso entender que esse é um processo natural e poderá ser sim a única forma de solução de conflitos com vistas a preservar minimamente as relações interpessoais.

Portanto, será que seria ideal separar-se e viver na mesma casa? É o que será analisado adiante.

1.1 OS EFEITOS DO DIVÓRCIO NOS FILHOS

Sobrevindo o divórcio, surgem suas consequências, por vezes negativas, que afetam o relacionamento dos casais, produzindo seus efeitos nos filhos. Consequências essas dignas de grande atenção.

Segundo a doutrina, o divórcio pode gerar, no filho do casal o sentimento de insegurança relacionado aos seus vínculos familiares. Por conseguinte, a longo prazo, em face desses fatores o desenvolvimento infantil pode ocasionar a dificuldades em sua autoestima (SILVA; GONÇALVEZ, 2016).

Entende-se ser possível inferir que os efeitos danosos causados à formação da personalidade da criança nem sempre se evidenciarão de forma imediata.

Quando os pais se divorciam deixam na maioria das vezes incalculáveis mudanças, principalmente nos filhos. Veja:

A família contribui para o desenvolvimento saudável, sendo importante após a separação que continue presente para a criança, participando de sua rotina e de suas atividades diárias. A saúde mental da criança depende da forma como ela vive, do contexto em que está inserida, da relação com o ambiente, a família pode contribuir de diversas formas para que as crianças sejam protegidas em seu período de desenvolvimento (SILVA; GONÇALVEZ, 2016, p. 10).

Constata-se que para que os filhos tenham um desenvolvimento saudável após uma separação dos pais, os casais precisam estar em condições que permitam que o divórcio aconteça dentro de um equilíbrio e normalidade. Ou seja, que aos filhos não falte a sensação falta de proteção, o sentimento de insegurança e abandono.

Razoável destacar que um dos princípios que regem o Direito de Família é o da Paternidade Responsável. Veja:

O princípio da paternidade responsável está diretamente ligado à boa formação da criança, uma vez que a participação dos pais é essencial para a construção e formação de caráter do indivíduo. A participação parental é fundamental para a formação de indivíduo equilibrado e feliz, e a ausência da figura

da paternidade poderá provocar danos irreparáveis ao indivíduo em sua personalidade (ASSIS NETO, 2017, p. 1.631).

Verifica-se que, os pais são a referência dos filhos. Uma vez que os filhos estão expostos ao sentimento de abandono, certamente perderão padrões que são primordiais para a formação de suas personalidades.

Entre o que merece realce, a guarda compartilhada pode ser um grande avanço para propiciar aos pais a convivência com os filhos, garantindo-lhes uma vida afetiva equilibrada. Entretanto a escolha por se separarem optando por viverem na mesma casa pode trazer consequências positivas e também negativas tanto para os pais quanto para os filhos, caso esses pais não tenham equilíbrio e boa convivência.

Globalmente os sentimentos mais frequentes nos filhos na separação dos pais, são:

- Sentimento de perda (de um dos pais, da casa, do seu modo de vida).
- Insegurança, medo de ficar só e de ser rejeitado ou abandonado.
- Revolta ou agressividade contra um ou até contra ambos os pais.
- Sentimentos de culpa , sentindo-se responsável pela separação.
- Sentimento de estar “dividido por dentro”, tendo de tomar o partido de um dos pais contra o outro.
- Desejo de juntar novamente os pais e recuperar a segurança perdida (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016, p. 02).

Constata-se que os processos jurídicos e psicológicos que permeiam a separação e o divórcio, em sua maioria, podem apresentar grandes complexidades se não dissolverem de modo homogêneo e simples.

Tamanha importância, “a criança é o membro mais sensível aos efeitos de uma desestruturação, e, com isso, susceptível a uma série de prejuízos emocionais, sociais, comportamentais e cognitivos, cujas consequências podem ser imprevisíveis” (TRINDADE; BAIANO, 2006, p. 148).

Visualiza-se que de fato, os filhos estarão no meio de conflitos que em função de suas pequenas capacidades de entendimentos, os tornam como os elos mais fracos de uma corrente, portanto mais vulneráveis.

Os doutrinadores supracitados ainda salientam que:

(...) as perturbações na vida familiar, inerentes ao processo de ruptura matrimonial vão corresponder a um período importante da vida dos filhos que, se não bem conduzido e resolvido, poderá acarretar prejuízos ao seu adequado desenvolvimento emocional, cognitivo e até mesmo físico (TRINDADE; BAIANO, 2006, p. 147).

Ou seja, compreende-se que os desenvolvimentos das personalidades em ambientes conflituosos produzirão reflexos não positivos na formação do intelectual e físico dos filhos.

Pode-se concluir que os indivíduos em formação têm pensamentos especiais e muito peculiares. Isso se dá consoante com as relações que eles estabelecem com as realidades em que vivem. Ou seja, os meios familiares, em particular com a figura do pai e da mãe. Só assim serão capazes de criar relacionamentos interpessoais socialmente desejáveis permitindo à eles fazer uma leitura de e si do mundo ao qual pertencem.

2 BIRDNESTING: A NOVA MODALIDADE DO DIVÓRCIO

Como forma de solucionar a possível fragmentação de mundos, ambientes e costumes distintos como referencial para a formação

da personalidade, surge o *Birdnesting* como proposta inovadora para amenizar os efeitos negativos decorrentes do divórcio.

Por espaço físico entende-se, a casa, o lar, a moradia. Porém não necessariamente, diante das atuais condições de vida e o mundo do trabalho, acontecem separações dos membros da família nesse espaço. Diante disso, há perda da referência ao ambiente comum pertencente a todos (LÔBO, 2018)

Entende-se que a casa, o lar, a moradia, são lugares protegidos ou recônditos onde os seus habitantes sentem-se seguros das adversidades e ameaças apresentadas pelo mundo externo. São refúgios que oferecem as condições ideais necessárias ao desenvolvimento de seus integrantes.

Portanto, é dever dos pais a manutenção da guarda e a educação da sua prole. Ainda que os filhos fiquem sob a custódia de um dos genitores em caso de separação do casal, não há óbice ao poder familiar de ambos. Tal poder será exercido em igualdade de condições. Nos termos da Carta Política de 1988 é vedada qualquer espécie de discriminação (MADALENO, 2016).

Constata-se que o poder familiar vem carregado de direitos e responsabilidades iguais sem quaisquer possibilidades de distinções entre os pais.

Importante salientar que a função social da família justifica a sua importância para a sociedade, assim como são também de relevante importância as suas repercussões. Uma sociedade formada por famílias desestruturadas é uma sociedade também sem estrutura. Assim sendo, o reconhecimento da função social da família, implica na necessária compreensão de sua função social assim como da própria sociedade, que busca a estabilidade em todas as suas entidades familiares (ASSIS NETO, 2017).

Reconhece-se que a família é a célula da sociedade. Em analogia ao mecanismo biológico, afirma-se que uma célula que apresente desvios de funcionamento será capaz de afetar todo um sistema. Isto posto, uma célula parafuncional pode ser considerada como um fator importante na gênese de disfunções do organismo.

Desta forma, muitos casais que se separam optam pelo *Birdnesting*, tendo por justificativa as possibilidades de reconciliações, devido à preocupação com o sentimento de tristeza dos filhos diante da separação, a inviabilidade da divisão patrimonial, a impossibilidade econômica de sozinhos darem continuidade em suas vidas. Não raro, sentem-se envergonhados pelo julgamento negativos dos familiares e da sociedade.

Porém, “os pais devem conversar com os filhos de forma clara e honesta acerca das mudanças, pois a falta de informações pode suscitar fantasias dificultando a superação e conflito” (TRINDADE; BAIANO, 2006, p. 150).

Em suma, a opção pelo *Birdnesting* deverá ser pautada com foco na prevenção de possíveis problemas a serem manifestados nos filhos e não somente para atender os problemas do casal.

Portanto, tal opção é um novo arranjo alternativo à guarda dos filhos. Porém, talvez muitos pais façam essa escolha para que os filhos não estabeleçam alianças mais fortes com o outro genitor. Então, seria essa uma boa escolha?

2.1 OS IMPACTOS PARA OS EX-CÔNJUGES NA ESCOLHA DA MODALIDADE *BIRDNESTING*

A etapa do divórcio carece de adaptações, para que se possa sair dela ou ficar nela de maneira mais tranquila possível. Aceitar o fato do fim da relação constitui uma das etapas para a recuperação de ambos.

Um bom exemplo disso, foi a entrevista realizada com E.B.C. atualmente com 72 anos, o entrevistado se separou quando os filhos ainda eram bem pequenos. Ao descrever o contexto da separação que foi há mais de 30 anos, E.B.C. relatou se lembrar bem do sentimento do rompimento causado em toda a família e principalmente aos filhos. Em sua memória ele discorreu ter péssimas lembranças. O destaque da entrevista se deu porque E.B.C. ainda, mesmo que separado, viveu por anos na mesma casa em prol do psicológico dos filhos. Porém,

o entrevistado ponderou ter sido muito traumático viver na mesma casa e estando separados. O assunto para ele até hoje é delicado e por força do mal-estar causados entre os ex-cônjuges, ele resolveu por definitivamente sair da casa há muitos anos atrás. (CASTRO, 2022)

Presume-se que após separados, conviver na mesma casa certamente nem sempre será uma decisão fácil. Seria necessário ter relações de companheirismo e amizade entre os ex-companheiros. Sustenta-se ainda que, por vezes estar vivendo na mesma casa após a separação, não representa apenas o fato de não ter para onde ir, pode-se constituir um desejo inconsciente de permanecer no lar conjugal, porque, no aspecto sentimental, nem todos possuem a capacidade de abandonar a relação ao mesmo tempo.

Em resumo, “desconstruir a conjugalidade após a separação e, simultaneamente, reconstruir a identidade individual, é um processo lento e vivenciado com dificuldade pelos ex-cônjuge” (CARNEIRO, 2003, p. 372).

Entende-se que refazer uma nova relação e reconstruir novas identidades de formas simultâneas, são grandes desafios para as partes já fragilizadas pelos efeitos decorrentes da separação.

Muitas vezes buscam essa opção para economizar dinheiro a serem investidos na educação e lazer dos filhos. Não raro as partes necessitam continuar seus investimentos nos próprios estudos e em suas próprias carreiras. Além de poderem atuar de forma conjunta no processo de educação dos filhos.

“A paternidade e a maternidade lidam com seres em desenvolvimento que se tornarão pessoas humanas em plenitude, exigentes de formação até quando atinjam autonomia e possam assumir responsabilidades próprias, em constante devir” (LÔBO, 2018, p. 51).

Compreende-se assim, que se trata de um apoio essencial para os indivíduos que ainda encontram em fase de formação de suas personalidades, os filhos.

Dessa forma, por mais que tentem amenizar o momento da separação tornando-o menos sofrível, sempre subsistirá os ônus do

sofrimento ainda que de formas amenas. Ao passo que, uma relação desgastada e forçada certamente poderá facilitar a instauração de ambientes desfavoráveis onde caminharão os integrantes da família.

Portanto, na escolha da opção *Birdnesting*, os casais que dividirem a mesma casa deverão ter pensamentos e decisões bem alinhadas, regras de convivência e definindo responsabilidades e impondo limites.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que o divórcio traz consequências psicológicas e emocionais que afetam também a autoestima dos filhos. Poupá-los/as de conflitos desgastantes seria a melhor opção, pois, a exposição a conflitos causa mais danos do que a própria separação.

Constatou-se que se faz-se necessário que os pais, mesmo divorciados, se atentem para oferecer ainda mais afeto aos filhos, suprimindo todas as suas necessidades com amor e atenção.

Verificou-se que, de todo exposto, que os pais que separam e não têm boa convivência, a guarda compartilhada parece ser a melhor solução, uma vez que reforça a necessidade de garantir o melhor interesse da criança e adolescente. Sendo assim, não caberia a escolha do *Birdnesting*.

Reconheceu-se que a escolha pela opção *Birdnesting*, pode ter um impacto psicológico negativo ou positivo sobre os pais divorciados se não o fizerem com consciência e organização.

Conclui-se que todo divórcio afeta os membros que compõem a família, porém poucos são os que estão preparados para o impacto físico e emocional que será causado. Portanto, constatou-se que os finais felizes dos contos de fadas, nem sempre corresponderão às experiências da realidade.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Divórcios no Brasil atingem recorde com 80.573 atos em 2021**. Disponível em:<<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2022-04/divorcios-no-brasil-atingem-recorde-com-80573-atos-em-2021>>. Acesso em: 11. mai. 2022.

ASSIS NETO, Sebastião de. **Manual de direito civil**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CARNEIRO, Teresinha Féres. **Separação**: o doloroso processo de dissolução da conjugalidade. 2003. Disponível em:<<https://www.scielo.br/j/epsic/a/jjMtGzvc7JSFpVByjMKJqym/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 11. Mai. 2022.

CASTRO, Edson Batista de. **Birdnesting seria uma boa modalidade de divórcio?** Entrevista concedida em maio de 2022 à Expert Editora Digital para o Livro “Desafios do Direito na Contemporaneidade – vol II”. Org. ARÃO, Renata Lourenço Pereira; BASTOS, Luciana Castro; LAMOUNIER, Gabriela Maciel. Entrevistador: Andreia Fargnoli Barbosa. 2022.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: volume 5: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **O divórcio dos pais e as suas consequências para os filhos**. 2016. Disponível em:<<http://nocs.pt/wp-content/uploads/2016/03/Divorcio.pdf>>. Acesso em: 12. mai. 2022.

SILVA, Isabella Thays Ortiz; GONÇALVEZ, Charlisson Mendes. **Os efeitos do divórcio na criança**. 2016. Disponível em:<<https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A1042.pdf>>. Acesso em: 11. mai. 2022.

TRINDADE, Jorge; BAIANO, Milena. Separação e Divórcio: um olhar para os filhos. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, num. 58, Porto Alegre-RS, 2006. Disponível em:<http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273602616.pdf>. Acesso em: 16. mai. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

**O PROCESSO DE TITULAÇÃO
DE COMUNIDADES
QUILOMBOLAS: O CASO DO
QUILOMBO DO PIMENTEL EM
PEDRO LEOPOLDO - MG**

Angélica Santos Lopes

O PROCESSO DE TITULAÇÃO DE COMUNIDADES QUILOMBOLAS: O CASO DO QUILOMBO DO PIMENTEL EM PEDRO LEOPOLDO - MG

Angélica Santos Lopes¹

Resumo: As comunidades quilombolas consistem em grupos étnicos tradicionais, alguns desses grupos se formaram no Brasil no período colonial a partir dos primeiros afrodescendentes traficados. Somente em 1988 tiveram o direito de titulação de seus territórios assegurados constitucionalmente. Com a titulação das terras, essas comunidades têm uma maior chance de preservar seus costumes e tradições, tornando-se, portanto, a titulação um direito fundamental. No entanto, apesar de somente no estado de Minas Gerais terem sido identificadas 800 comunidades remanescentes de quilombo, apenas uma possui o título de seu território. Diante desse número irrisório de titulações e a partir do processo da Comunidade de Pimentel em Pedro Leopoldo, Minas Gerais, realizando um comparativo com dados gerais apresentados pelo INCRA, dentre outras fontes de pesquisa, buscou-se identificar quais os pontos de travamento desse procedimento e se existem influências político-econômicas capazes de tornar inacessível esse direito às comunidades quilombolas.

Palavras-chave: Quilombolas; Direitos Fundamentais; Teoria do Reconhecimento.

INTRODUÇÃO

No processo de colonização do Brasil por Portugal foram traficados da África inúmeros negros e negras, que eram transportados nos chamados navios negreiros, essas pessoas sem escolha, foram coagidas a embarcar numa história de repressão e luta.

¹ Advogada. Especialista em Lei Geral de Proteção de Dados pela Faculdade Legale. Graduada em Direito pela Fundação Pedro Leopoldo. E-mail: angelicaslopes08@gmail.com

Com a utilização da mão de obra das pessoas escravizadas, o objetivo dos portugueses foi extrair diversas riquezas do solo brasileiro. Assim, iniciou-se um processo que gerou desigualdade, exclusão, preconceito, estigmas e desumanização.

A escravidão no Brasil durou por mais de três séculos, sendo um dos primeiros países a adotar o método escravocrata na era moderna, e um dos últimos a abolir a escravatura.

Em meio a esses anos de exploração de pessoas pela escravidão, até que fosse sancionada a Lei Áurea que libertaria todos os escravos, uma alternativa foi à formação de comunidades que passaram a ser denominadas quilombos.

Mesmo após a abolição da escravatura com a Lei Áurea, o cenário de desigualdade se manteve. Apesar de livres, os afro descendentes continuaram a conviver numa sociedade opressora, preconceituosa, de maneira que a igualdade almejada não foi alcançada.

Por um longo período, as normas brasileiras não se ocuparam em garantir os direitos de minorias étnicas como dos quilombolas², essa omissão teve fim com a edição do art. 68 do ADCT, da Constituição Federal de 1988. O texto contido na Carta Magna traz o reconhecimento e a garantia de titulação das propriedades ocupadas por comunidades remanescentes dos quilombolas, que consiste na regularização fundiária do território que passa a ser de propriedade coletiva da comunidade além de fazer com que entrem na lista de diversas políticas públicas.

O direito à titulação das propriedades quilombolas é elevado a patamar de direito fundamental, considerando que o objetivo é a manutenção da cultura, preservação dos costumes e tradições desse grupo étnico.

Atualmente, só no estado de Minas Gerais, segundo pesquisas da Universidade Federal de Minas Gerais, foram identificadas cerca de 800 comunidades que se auto reconhecem como remanescentes de quilombolas.

² Integrantes de comunidades negras tradicionais que possuem relações territoriais específicas, bem como ancestralidade negra relacionada com o período escravocrata.

Esse trabalho busca responder os seguintes questionamentos: há influência político-econômica sobre a legislação que regulamenta o processo de titulação das comunidades remanescentes dos quilombolas? O Estado tem realizado políticas públicas a fim de que esse direito fundamental seja alcançado?

Haverá então, a análise das legislações aplicáveis ao processo de titulação, realizando a exposição de seus aspectos negativos e positivos verificando a eficácia procedimental. Isso devido às diversas modificações que o processo de titulação sofreu em razão de impugnações de agentes externos com interesses contrários aos das comunidades quilombolas.

A metodologia utilizada se deu através de pesquisas doutrinárias e das legislações aplicáveis aos direitos das comunidades remanescentes dos quilombolas. Além desses métodos, pesquisa de campo realizada na Comunidade Quilombo do Pimentel em Pedro Leopoldo.

Na oportunidade, o quilombola Marcelo Evaristo foi entrevistado e relatou os detalhes do processo de titulação da comunidade, apontando quais as principais dificuldades enfrentadas para a aquisição do título e os reflexos da falta de titulação.

1 CONCEITOS DE QUILOMBO, REMANESCENTES DE QUILOMBOLAS

Os quilombos se formaram a partir da reunião de diversos indivíduos que postos à margem da sociedade procuravam refúgio a fim de sobreviver. Eram compostos além de negros, mestiços, por índios que por algum motivo não tinham espaço na sociedade construída pelos portugueses.

Assim relata Silva que:

A palavra quilombo tem a conotação de uma associação de homens, aberta a todos sem distinção de filiação a qualquer linhagem, na qual os membros eram submetidos a dramáticos e suas linhagens rituais

de iniciação que os retiravam do âmbito protetor de suas linhagens e os integravam como co-guerreiros num regimento de super-homens invulneráveis às armas e inimigos. O quilombo amadurecido é uma instituição transcultural que recebeu contribuições de diversas culturas: Iunda, Imbagala, Umbundo, Kongo, Wovimbundo etc (SILVA *apud* MUNANGA, 2001, p. 12).

As construções dessas comunidades se deram inicialmente a partir dos escravos que conseguiam fugir de seus donos, uma vez que naquele período eram tratados como coisas, como parte do patrimônio, sem o mínimo de dignidade enquanto pessoa humana.

O objetivo dos escravos com a formação dos quilombos era encontrar um local seguro para que pudessem remontar sua história e viver com o mínimo de dignidade, longe de agressões e opressões postas pela forma de estado da época.

Segundo Barbosa e Silva (2014, p. 105), citando Assis Júnior, a palavra quilombo tem origem da língua *Kimundo*, uma língua falada especificamente na Angola. Ainda, *Kilombo*: “um conjunto de forças militares; arraial\lugar de reunião ou sanzala de trabalhadores”.

Segundo Lobão, o termo Quilombo, “*Ochilombo*, vem do idioma *quibundo*, umas das línguas dos bantos; *Kilombo* é habitação, acampamento, povoamento ou arraial”. Na baía do Congo seria “lugar para estar com Deus” (LOBÃO *apud* COTTA, 2018, p.2).

Em razão de serem colocados na condição de coisa e propriedade de seus “senhores”, eram caçados por capitães do mato, e se recapturados eram penalizados com castigos corporais ou até mesmo assassinados.

Essa caça não era apenas uma resposta dos senhores de capitânias, mas se mostrou necessária na medida em que a formação de quilombos ameaçava o sistema de governo vigente. Isso porque muitos deles eram bem estruturados e com organizações sociais eficientes fazendo com que se fortalecessem ainda mais. O que faria

com que o estado retornasse ao problema inicial, a falta de mão de obra (COTRIM, 2003).

Dada à necessidade de policiamento e controle de fugas dos escravos que cooperavam para a formação de comunidades quilombolas, em 1740, o Conselho Ultramarino apresentou a primeira definição jurídica de quilombo: “toda habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele” (VITORELLI, 2017, p. 292).

Este conceito denota que os quilombos eram sinônimos de contestação à ordem escravocrata, o que demonstra que a luta pela libertação dos escravos se deu a partir das condutas dos próprios quilombolas e não só a partir de iniciativas governamentais.

Tamanha importância da desconstrução dessa conceituação discriminatória e pejorativa que rendeu comentários do Ministro Luiz Fux. Ao proferir seu voto discorreu e descartou a utilização do conceito apresentado pelo Conselho Ultramarino:

A conceituação de quilombos unicamente como local de escravos fugidos remonta o próprio período escravocrata de nossa sociedade, de forma a caracterizar o escravo em condição ilegal, fugido de seu proprietário. É um conceito que favorece unicamente ao senhor escravista. A CR/88, ao consagrar o direito a terra dos remanescentes de quilombos não o fez tomando com base os quilombos unicamente como locais de negros fugitivos, mas sim referindo-se ao uso da terra segundo os costumes e tradições das comunidades negras. (VITORELLI, 2017, p. 292)

Diferentemente da interpretação que a conceituação de quilombo dada pelo Conselho Ultramarino pode induzir os quilombos não se formaram apenas a partir de negros foragidos que ocupavam

terras despovoadas, com o passar dos séculos foram construídas imagens deturpadas dos negros.

O simples fato de ser negro já se associava (e ainda se associa de forma preconceituosa) a grandes problemas sociais como a criminalidade, e o ganho fácil. Essas características não merecem prosperar e devem ser desconstruídas possibilitando que o negro viva uma vida plena com dignidade, reconhecendo sua verdadeira história de luta contra abusos e discriminação no sentido negativo da palavra.

Isso porque não houve a aquisição de terras apenas de forma ilegal, se é que a ocupação dos portugueses no território brasileiro pode ser considerada uma forma juridicamente civilizada. Os quilombolas adquiriram as terras de diversas formas, tais como heranças, doações, recebimento de terras livres como pagamento de serviços prestados ao Estado, a simples permanência na terra que ocupavam e cultivavam, bem como compra de terras (COTTA *apud* LOBÃO, 2018, p.3).

Essas comunidades tradicionais se formaram em diversos locais. Cotta (2010) afirma que haviam quilombos itinerantes, seminômades e urbanos. Alguns edificadas em áreas de difícil acesso, como em matas e serras. Tal escolha se dava de acordo com a necessidade de se proteger de ataques coordenados pelas forças militares, ressalta-se ainda que se formaram em locais que não eram objeto de interesse do Estado naquele momento.

Ainda hoje, mesmo com a conceituação apresentada no Decreto 4.887/02, do que venha a ser considerada comunidade quilombola, não se pode realizar uma interpretação literal do dispositivo. Isso porque, não é possível condensar em palavras a pluralidade que as comunidades quilombolas podem apresentar. São variáveis na medida em que se formam em diferentes localidades como em zonas rurais e urbanas, na forma de sobrevivência que cada comunidade foi conduzida a se reinventar (RODRIGUES; REZENDE; NUNES, 2017).

O que pode ser feito é interpretar cada comunidade de acordo com suas particularidades, pois o objetivo constitucional, ainda que no plano legal, é garantir o direito de todas as comunidades que são símbolo de luta contra a opressão social e estatal. Mas, a conceituação

apresentada no Decreto nº 4.887/2003 demonstra que o Estado pelo menos no plano legal reconhece sua intervenção lesiva que tornou a vida dos negros uma história de constantes lutas e colocando-os em pé de desigualdade com os demais membros da sociedade.

2 O PROCESSO DE TITULAÇÃO DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS

Quando a Constituição garante às comunidades quilombolas o título das terras que ocupam, resguardou o direito ao trabalho, à preservação da cultura, dos costumes e tradições.

O artigo 68 do ADCT da CF/88 possui a seguinte redação:

Art. 68, ADCT. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos (BRASIL, 1988).

O ADCT foi de grande valia, pois a partir dele os quilombolas tiveram constitucionalmente positivado um direito fundamental, o de preservação dos seus costumes, culturas e tradições. Entretanto, trata-se de uma norma programática, segundo a qual, o constituinte, em vez de regular direta e imediatamente determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (LENZA, 2018).

Nesse contexto, as terras ocupadas pelas comunidades quilombolas alcançaram o *status* de direito fundamental de propriedade e dignidade da pessoa humana (princípios basilares e fundamentos da ordem constitucional vigente), mas para que se desse o procedimento fazia-se necessário a elaboração de outros dispositivos normativos para regulação.

2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DECRETO Nº 3.912/2001

Em 2001, foi expedido o Decreto 3.912 (de sorte já revogado), que foi considerado bastante restritivo. Isso porque condicionava a titulação das terras às comunidades que tivessem sido ocupadas as áreas desde 1888, época da Lei Áurea e que ainda estivessem ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas em 5 de outubro de 1988, um verdadeiro retrocesso (BRASIL, 2001).

Os critérios do Decreto foram objeto de debate, tendo em vista a ausência de qualquer referência a terras ocupadas por quilombos em 1888 no texto constitucional, visto que se esse fosse um pré-requisito o próprio constituinte teria o inserido no texto.

Prioste e Barreto discorrem:

A época, muito se discutiu que tal previsão limitativa era inconstitucional, ou seja, estava escrito e afirmado no art. 68 ADCT da Constituição Federal, pois se colocava uma restrição não prevista nem autorizada pelo texto da Constituição. Não há razão para que se relacione a existência de quilombos ao ano de 1888 e se confirma apenas aos quilombos estabelecidos nesta data o direito previsto no artigo constitucional. [...] Ao contrário disso, cabe-nos falar que o artigo 68 está voltado para uma perspectiva do tempo presente, assegurando a esses grupos étnicos o direito à autodeterminação e à identidade. Pelo fato de o território estar muito ligado à identidade, o que a Constituição prevê é a proteção ao território, da forma que ele se apresenta atualmente, não importando o espaço imemorialmente ocupado pelos ancestrais se isso não configura mais relevante para o grupo no presente. [...] O artigo não dispõe acerca da temporalidade, antiguidade da ocupação territorial, tampouco da coincidência entre a ocupação originária e a atual. É suficiente que se trate de comunidades quilombolas e que estejam ocupando um território de

acordo com suas necessidades materiais e imateriais no tempo presente e memorável (PRIOSTE; BARRETO, 2012, p. 19).

O normativo se mostra inconstitucional na medida que retiraria de muitas comunidades quilombolas as chances de receberem o título de suas propriedades com base em critérios inexistentes no dispositivo constitucional.

O fato de estarem presentes ou não naquele território desde 1888 não retira das comunidades o vínculo de ancestralidade, ademais, para aplicação do dispositivo é necessário levar em consideração a necessidade de ressignificar o conceito.

Mais do que ex-escravos, esses grupos foram unidos pela origem ancestral comum, mas cada grupo e até mesmo cada quilombola (indivíduo) carrega uma história própria. Não há que se comprovar laços sanguíneos ou que naquele local onde atualmente residem foi necessariamente um quilombo que abrigava escravos no período escravocrata. O Decreto 2.216-37/01 foi revogado por completo, passando a vigorar o Decreto 4.887/03 (BRASIL, 2003).

2.1.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DECRETO 4.887/03 E A CONVENÇÃO DE Nº 169 DA OIT E OUTRAS NORMAS

O Decreto 4.887/03 regulamenta o art. 68 do ADCT da CR/88, dessa forma, trata dos procedimentos administrativos para a identificação, o reconhecimento, a delimitação, a demarcação e titulação da propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. Esse normativo infraconstitucional apresenta como critério para identificação dos remanescentes de quilombo a autodeterminação, surgida a partir da Convenção 169 da OIT:

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. (BRASIL, 2003).

Verifica-se a partir desse artigo a tentativa do Estado de promover a elevação da autoestima e o fortalecimento da identidade quilombola, pois demonstra respeito a identidade social e cultural, além de buscar a preservação de seus costumes e tradições.

O critério da autodefinição foi objeto de muita discussão, em 25 de junho de 2004 foi interposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Partido Frente Liberal – ADI, no Supremo Tribunal Federal, que recebeu o nº 3.239.

Vitorelli (2017) apresenta um dos fundamentos em que a ação se fundou foi a inconstitucionalidade do critério da autoatribuição para identificação dos quilombolas.

Considerando que se torna imprescindível considerar as percepções dos próprios integrantes da comunidade, o critério da autoatribuição se demonstra plenamente constitucional e adequado, de forma que a ADI não merecia prosperar.

Em 08 de fevereiro de 2018, por maioria de votos, o STF declarou a validade do Decreto, garantindo, com isso, a titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas.

A ação foi julgada improcedente por oito ministros, dentre eles o Ministro Luiz Fux que explanou que a regularização fundiária das terras quilombolas tem notório interesse social. Em seu entendimento, a norma constitucional é claramente protetiva e os requisitos previstos no decreto para o reconhecimento da comunidade e titulação da propriedade, como a ancestralidade da ocupação, trajetória histórica entre outros, são plenamente controláveis pelo setor público (ADI 3.239, 2018).

Esse julgado deve ser considerado um avanço no que tange ao procedimento de titulação, pois é o mais condizente com o pleito do movimento da Convenção 169 da OIT, adotado pelo Decreto 4.887/03. Isso porque dá a devida importância a maneira como o negro se reconhece em meio a sociedade, a autoatribuição é demonstração da revitalização da autoestima negra.

Mas diante do histórico de repressão, resultou na busca das pessoas negras por se desvincular do passado, alguns dos componentes dessas comunidades relutam reconhecer sua condição de quilombola, conforme relata Vitorelli:

Ao contrário do que se possa imaginar, o autorreconhecimento não é grande festa das comunidades, interessadas nos benefícios que advirão dessa condição, muitas comunidades efetivamente existentes resistem a se autodeclararem quilombolas. Em Minas Gerais o Ministério Público Federal acompanhou esse processo em relação à comunidade Quilombola Marques, localizada no município de Carlos Chagas. Ao final, integrantes da comunidade, principalmente aqueles mais idosos, afirmavam categoricamente que não queiram se autodeclarar, pois isso geraria mais “problemas” com os proprietários rurais vizinhos (VITORELLI, 2017, p. 288).

Muitos problemas enfrentados pelos quilombolas se arrastaram ao longo do século, as disputas por terra ainda existem. Essa oposição noticiada acima pelo autor se mostra presente no Quilombo do Pimentel, objeto central de estudo deste trabalho.

Um dos moradores do local noticiou que há poucos anos foi vítima de sérias ameaças feitas por um fazendeiro. O motivo foi o fato de a comunidade ter dado início ao procedimento de titulação e em razão disso, o fazendeiro teve embargada a venda de parte das terras que ele julga serem de sua propriedade.

A partir de incidentes como esses o quilombola afirma que muitos da comunidade têm medo das consequências e deixam de procurar seus direitos. Assim, mais que uma lei bem escrita que previu diversos problemas que as minorias étnicas poderiam enfrentar, mostra-se necessário que o Estado desenvolva medidas de proteção para essas comunidades, de maneira que não se sintam desamparados e oprimidos frente a situações como essa.

2.2 ETAPAS DO PROCESSO DE TITULAÇÃO DAS COMUNIDADES REMANESCENTES DE QUILOMBO

O procedimento inicia-se com a expedição da certidão pela Fundação Cultural Palmares (FCP), com a inscrição daquela comunidade em um cadastro geral (art. 3º, §4º, Decreto 4.887/03) para condensar informações a respeito da realidade das comunidades tradicionais, de forma a verificar se elas têm tido acesso a políticas públicas e qual a qualidade de vida de seus componentes. (FCP, 2022)

A certidão de reconhecimento atesta que a comunidade em análise se autodefine como remanescente de quilombo, utilizando o critério apresentado na Convenção 169 da OIT.

Emitida a certidão, o procedimento administrativo junto ao INCRA se inicia. O instituto tem a atribuição de identificar, reconhecer, delimitar, demarcar e titular as terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos. Para dar início ao procedimento são legitimados o próprio INCRA, qualquer interessado ou associação da comunidade (CPISP, 2017).

Então, a certidão de reconhecimento é encaminhada ao INCRA instruída com informações a respeito da base territorial, origem da comunidade, o número de famílias que compõem o quilombo, e outros documentos que comprovem como se deu a ocupação daquele território (CPISP, 2017).

Após a certificação da comunidade e iniciado o procedimento, o INCRA deve notificar alguns órgãos, o rol de instituições está disposto

no art. 8º, do referido decreto. O objetivo dessa notificação é para que esses órgãos opinem sobre matérias de suas respectivas competências (CPISP, 2017).

Um dos documentos essenciais para a titulação é o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação. Conforme as disposições do art. 1º, da Instrução Normativa nº 57, de 2009, do INCRA, “esse relatório contém informações cartográficas, fundiária, agronômicas, ecológicas, geográficas, socioeconômicas, históricas e antropológicas, obtidas em campo e junto a instituições públicas e privadas” (BRASIL, 2009).

Sua composição se dá a partir das seguintes peças:

Relatório antropológico; planta e memorial descritivo do perímetro do território, bem como mapeamento e indicação das áreas e ocupações lindeiras de todo o entorno da área; cadastramento das famílias quilombolas; levantamento fundiário com levantamento de documentos e de dados dos imóveis inseridos no perímetro do território quilombola reivindicando, assim como de seus proprietários ou posseiros; relatório agroambiental do território proposto, com o levantamento de suas características e possibilidades; detalhamento da situação fundiária e de sobreposição de outros interesses estatais no território pleiteado; pareceres conclusivos das áreas técnica e jurídica (INCRA, 2019, p.12).

O relatório demonstra-se relevante, para tanto é confeccionado por diversos profissionais que nem sempre compõem o quadro do INCRA. Considerando a escassez desses profissionais no instituto, a própria legislação permitiu a formação de convênios, contratos e outros instrumentos similares com instituições de ensino, órgãos da administração pública em todos os âmbitos da federação, organizações não governamentais e entidades privadas (BRASIL, 2003).

Nessa parte do procedimento onde se verifica o maior entrave. Num quadro de informações gerais apresentadas pelo INCRA onde apresenta dados a respeito dos processos que tramitam em todo país, do ano de 2005 a 2018, 275 comunidades aguardam a conclusão do RTID enquanto apenas 124 conseguiram a titulação (INCRA, 2019, p. 24).

Considerando que só no estado de Minas Gerais tramitam 224 processos, o número de comunidades certificadas em todo Brasil nesse longo período se demonstra irrisório.

Diante da situação de precariedade que essas comunidades vivem, na maioria das vezes em caso de extrema pobreza, é necessário que o Estado se adeque a demanda. Mas não é o que acontece. Os institutos enfrentam o problema da escassez de profissionais qualificados para a elaboração dos relatórios (o que resulta em anos de procedimento sem nenhum andamento) além da falta de verba direcionada para outras partes do procedimento como a indenização de proprietários que sofrem com a desapropriação.

Após a conclusão do RTID, segundo o art. 7º, do Decreto 4.887/03, haverá a publicação de edital no Diário Oficial da União, do Estado por duas vezes, além de ser fixado na sede da prefeitura municipal onde está situado o território identificado. Esse edital apresenta informações gerais sobre o processo, localização do território identificado e matrículas de registros de imóveis incidentes (BRASIL, 2003).

A publicação tem por objetivo publicitar a existência do procedimento aos possíveis interessados, aos ocupantes confinantes é dado um prazo de 90 dias para apresentar contestação ao RTID. Além disso, uma cópia do relatório é encaminhada aos órgãos dispostos no art. 8º, do referido decreto (CPISP, 2017)

O processo de regularização fundiária conta com duas instâncias, administrativas e recursais. Após a presidência do INCRA publica uma Portaria reconhecendo e declarando os limites do território quilombola. A Portaria é publicada no diário oficial da União e do Estado, e deve conter o memorial descritivo do perímetro do território quilombola em vias de regularização (INCRA, 2019, p.15).

Nos casos em que houver propriedades particulares onde o morador possua títulos ou posse será necessária a medida de desapropriação por Interesse Social. A indenização desses proprietários se dará em dinheiro (inclusive benfeitorias). Essa ação consiste em uma fase judicial.

Essa fase do procedimento para a titulação representa um grande problema. Em razão da necessidade de indenização das propriedades privadas, o Estado precisa disponibilizar verbas. Mas, de 2010 a 2018 o orçamento federal previsto para indenização sofreu uma queda de 97%³. Em 2010 foram disponibilizados 54,2 milhões de reais, já em 2018 apenas 956 mil reais, essa verba nitidamente é insuficiente. Entretanto, não é somente a falta de recursos que compromete o andamento dos procedimentos de titulação, mesmo as ações que não necessitam de orçamento estão paralisadas (CPISP, 2017).

Santos expõe que:

O descompasso entre os avanços, ainda que tímidos, dos processos administrativos junto ao INCRA e a destinação orçamentária revela o peso do racismo institucional. Se os opositores dos quilombos não conseguiram impedir as titulações através do STF, passara a inviabilizar a política através do orçamento. No mês de abril de 2018 havia 31 procedimentos para assinaturas de decreto de desapropriação paralisados na Casa Civil da Presidência da República. 3 processos estão paralisados desde 2015, 13, desde 2016, outros 13 paralisados desde 2017, e apenas 1 procedimento chegou a essa fase no ano de 2018 (SANTOS, 2018, p. 139).

Antônio Carlos da Silva, coordenador de serviços de reconhecimento dos territórios quilombolas de Minas Gerais, relatou

3 Informação disponível em: <https://terradedireitos.org.br/noticias/noticias/orcamento-para-titulacao-de-territorios-quilombolas-cai-mais-de-97-em-cinco-anos/22824>

que a falta de recursos para dar prosseguimento aos procedimentos é o principal problema. Isso porque por mais que o INCRA agilize todo o processo, nesta fase não havendo verba disponível o processo se suspende por tempo indeterminado (SANTOS, 2018).

Percebe-se a partir do relato do Sr. Antônio Carlos e do orçamento disponibilizado pelo Governo Federal que o empenho demonstrado em 2010 não é o mesmo apresentado em 2018. Mais uma vez o retrocesso assombra as comunidades remanescentes de quilombo, assim como a de seus antepassados, que tendem a ser ignorados pela sociedade que não se mobiliza e pelo Estado que abstém de medidas efetivas.

Entretanto, não é a falta orçamento o único problema enfrentado pelas comunidades que tentam a titulação de seus territórios, há também a influência de agentes estatais que têm buscado manipular e condicionar o procedimento.

Santos relata que:

Há casos em que estudos antropológicos recomendam determinada área para titulação, mas o INCRA, por interesse dos opositores as titulações quilombolas pressiona as comunidades a abrir mão de parte de suas terras, em verdadeira ameaça ilegal de paralisação do andamento do processo. Situações como essa ocorreram nos territórios de Mesquita, e Goiás, Marambaia, no Rio de Janeiro, Alcântara, no Maranhão e Rio dos Macacos, na Bahia, entre outros casos (SANTOS, 2018, p. 141).

Os quilombolas são uma geração já marcada pelo sofrimento, e apesar de haver o reconhecimento de toda essa trajetória histórica de opressão e luta, não se verifica nem de longe que a igualdade prometida pelo Estado a todos os brasileiros será levada a essas minorias étnicas.

A titulação das propriedades é algo bastante importante, pois quando alcançada desencadeia uma série de ações positivas, tais como: reconhecimento pela comunidade de sua identidade étnica, resgatando o respeito e a autoestima; a comunidade entra na lista de

diversas políticas públicas; acesso à internet; acesso à energia elétrica; transporte público; rede de telefonia; educação formal; maquinário rural; água tratada e esgoto; cursos; eventos e visibilidade (COTTA, 2010, p. 6).

Santos realiza alguns apontamentos sobre o processo de titulação:

Titular territórios quilombolas no Brasil é combater o racismo, viabilizando a povos e comunidades negras condições materiais de desenvolver, com autonomia, suas próprias formas de vida. No modo em que a CONAQ demanda que seja feita, a titulação dos territórios quilombolas combate o privilégio branco, o projeto colonizador de exploração massiva e repugnante do trabalho e do conhecimento de negras e negros. [...] Em outras palavras, a luta pela titulação dos territórios quilombolas enfrenta padrões de dominação colonial seculares, baseados em classificações sociais, políticas e econômicas estabelecidas através de critérios raciais (SANTOS, 2018, p.132).

O título é uma conquista comunitária, e visa a preservação das comunidades para que em seus territórios exerçam sua cultura, de onde tiram seu sustento, garantindo a reprodução física, social, econômica e cultural, de forma que nada mais justo que esse título seja coletivo.

O art. 17, do Decreto 4.887/03 apresenta as características do título expedido pelo INCRA: coletivo em nome das associações que legalmente representam as comunidades quilombolas; pró-indiviso às comunidades, apresentando obrigatória cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade. Esse é um aspecto positivo, pois impede que os quilombolas percam o direito à propriedade que é alcançada após anos enfrentando estigmas sociais e limitações geradas pela omissão estatal (BRASIL, 2003).

Todo o procedimento não gera ônus às comunidades, além de serem totalmente assistidas em todas as fases do processo pela Fundação Cultural Palmares. A última etapa do procedimento consiste no registro em cartório, a regularização fundiária só se encerra após o registro do título no Serviço Registral da Comarca de localização do território.

Como visto no plano legal, o Decreto 4.887/03 representa uma inovação aos direitos das comunidades quilombolas, pois apresenta previsões que salvagam o direito de propriedade.

No entanto, no plano fático essa efetividade não se apresenta, levando em consideração o orçamento disponibilizado pelo Governo Federal, e a falta de intervenção dos agentes governamentais que permitem acontecimentos como no caso da Ilha da Marambaia, comunidade localizada no Rio de Janeiro e Comunidade Porto Coris em Minas Gerais.

A comunidade quilombola de Ilha da Marambaia sofreu diversas restrições no uso do território pela Marinha do Brasil, além disso, a União ajuizou diversas ações de reintegração de posse de forma individual, contra os moradores da comunidade, sob o argumento que naquele local nunca abrigou escravos foragidos, indicando os moradores da comunidade como ilegítimos para a ocupação e aquisição das terras. Dessa forma, houve por parte da União a impugnação da condição de quilombola dessa comunidade a partir de um critério inexistente no dispositivo constitucional (VITORELLI, 2017).

É evidente o descaso para com as comunidades étnicas e suas tradições de maneira que, se não houver a contratação de mais profissionais e o aumento das verbas destinadas ao processo de titulação essas minorias estão fadadas ao esquecimento mais uma vez.

3. O CASO DA COMUNIDADE DE PIMENTEL

Segundo os relatos do quilombola que será denominado como Marcelo, a comunidade de Pimentel data aproximadamente 100 anos, antecede a própria cidade que formalmente se estruturou em 27 de

janeiro de 1924. A formação do Pimentel se deu logo após a abolição da escravidão em 1888. Havia cerca de três mil negros que trabalhavam na fazenda do Sr. Bernardo Alves da Silva, “Inho Bernardo”. O fazendeiro doou para 10 escravos irmãos 50 alqueires⁴ de terras para que fossem divididos entre as famílias (MARCELO EVARISTO, 2019).

Ao perguntar sobre o nome dado à comunidade, Marcelo afirma que a origem certa não sabe afirmar, mas que quando se fala Pimentel o povo os associava a “povo bravo”. Quando da formação, a comunidade tinha cerca de três mil moradores. Naquele espaço edificaram suas casas e fizeram suas plantações. Basicamente, havia o plantio de milho, arroz, feijão, criações de animais como porcos, galinhas, e um pequeno gado. Partes dos utensílios domésticos tinham como matéria prima a argila retirada dos arredores do córrego (MARCELO EVARISTO, 2019).

A comunidade enfrentou muitas dificuldades ao decorrer dos anos, carência do mínimo que o Estado se comprometeu a disponibilizar quando tratou dos direitos e garantias fundamentais. Viveram sem saneamento básico, sem energia elétrica, e ainda hoje não há nenhuma linha de transporte público que faz o transporte dos moradores da comunidade. Ressalta-se que são cerca de 6 km de estrada de terra até o centro da cidade.

Atualmente, a comunidade tem apenas 15 moradores, Marcelo conta que pouco a pouco os moradores deixaram a comunidade, os motivos são as diversas dificuldades que enfrentam no dia a dia, não há por exemplo, nenhum tipo de comércio por lá. A falta de emprego foi determinante, não se tem mais plantações na comunidade em razão da total falta de espaço, estrutura e mão de obra. “Fomos passados no fundo da agulha e tomaram nossas terras”, diz Marcelo ao ser perguntado sobre as terras pleiteadas atualmente (MARCELO EVARISTO, 2019).

Diante de tantas dificuldades houve a evasão de muitos moradores, uma das poucas que permaneceu foi a avó de Marcelo.

⁴ Unidade de medida utilizada para demarcação de terras.

Verifica-se que a história da Comunidade de Pimentel apresenta os mesmos problemas das diversas comunidades tratadas neste trabalho. São os idosos que representam a resistência e a luta por suas tradições e terras, enquanto os jovens buscam se livrar da segregação espacial e isolamento social, isso resulta na perda das tradições (MARCELO EVARISTO, 2019).

Com a expectativa da titulação, várias pessoas voltaram a morar na comunidade, em 2009, mas diante da morosidade do procedimento, e a permanência das mesmas dificuldades, o resultado foi a evasão de todos aqueles que haviam retornado.

Indagado sobre a autoestima do negro Marcelo foi objetivo:

Os moradores rejeitam a origem quilombola, o negro é preconceituoso, mas Pimentel é mais antigo que própria cidade. É uma dificuldade danada reunir as pessoas, fora que muitas delas não querem o título por medo de inimizade com os fazendeiros locais que prestam pequenos favores, como uma carona até o centro da cidade. E eles fazem tudo de caso pensado. Muitos não querem o título por causa do apadrinhamento, os antigos fazendeiros são seus padrinhos (ENTREVISTA, 2019).

A partir do estudo da Comunidade de Pimentel o que se verifica é que o propósito de conservação das minorias étnicas não se efetiva. Mesmo os moradores da comunidade em tempos anteriores terem se mobilizado para manter suas tradições foram obrigados pela omissão Estatal a se mudar dali. As únicas medidas tomadas pela Prefeitura de Pedro Leopoldo foram uma fossa sanitária, e o fornecimento de energia elétrica. Para as crianças, o transporte para escolas nas proximidades do centro da cidade.

O quilombola aponta que essa omissão por parte do poder público municipal sempre aconteceu em razão dos prefeitos serem familiares de fazendeiros “eles nunca vão olhar pra nós”. Coincidência ou não, o fato é que a comunidade de Pimentel soma mais de cem

anos e é parte esquecida da cidade, uma localidade onde os moradores vivem sem o mínimo enquanto pessoas humanas titulares de direitos.

A dignidade da pessoa humana consiste em um dos fundamentos da República do Brasil, positivada no inciso III, do art. 1º da Carta Magna. Doutrinariamente não há um consenso do que venha a ser a dignidade da pessoa humana, são apresentadas diversas definições, de modo que se leva a interpretar que é uma condição fática que se deve analisar caso a caso.

De acordo com Zisman:

A dignidade da pessoa humana é princípio geral do direito, que serve de alicerce para todos os direitos fundamentais; além de fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo que todos os direitos fundamentais o sustentam, tornando-o possível. É baliza na interpretação, conforme a hermenêutica jurídica; sinônimo de respeitabilidade (ZISMAN, 2016, p.9).

Se assim é, para se verificar se um indivíduo vive ou não em condições dignas basta verificar qual acesso ele tem aos direitos positivados no art. 5º, da Constituição Federal. O Estado desde o momento que tomou conhecimento da comunidade deveria ter provido meios para que os moradores tivessem acesso a pelo menos, aos mesmos direitos que os demais moradores do município têm, mas a realidade verificada é outra.

Atualmente as condições da comunidade são as mesmas de 10 anos atrás, quando conquistaram o acesso à energia elétrica e a fossa sanitária. Continuam sem serviço de transporte e para ter acesso a atendimento médico é necessário caminhar mais de 6 km até o centro da cidade (PESQUISA DE CAMPO, 2019).

A pobreza material se verifica ao primeiro contato visual, o acesso ao Pimentel se dá através de uma estrada de terra, na comunidade

atualmente há poucas residências em estado de conservação comprometido.

O art. 5º da Constituição apresenta um rol de direitos fundamentais, o *caput* dispõe que “aos brasileiros é garantido à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988).

Se viver com dignidade é ter acesso aos direitos positivados no artigo de direitos e garantias fundamentais, os quilombolas da comunidade de Pimentel vêm tendo essa condição violada. Não tem acesso a saneamento básico adequado, não há atendimento médico próximo à comunidade, carentes até mesmo de transporte público. Não há como garantir o direito à vida aos moradores do Pimentel já que não tem acesso à saúde, pois um não se mantém sem o outro.

O reconhecimento na Carta Magna não basta, o que se deve verificar é a dignidade efetiva desses indivíduos. Essas comunidades são estigmatizadas, marcadas pela marginalização e preconceito e racismo institucional, sobrevivem em ambiente hostil, pois a sociedade ao redor da comunidade assim como o poder público os ignora.

E assim surgiu a necessidade de positivizar o direito à titulação dos territórios quilombolas na Constituição. O direito à titulação nada mais é do que a tentativa de combater o racismo e as desigualdades constituídas a partir do colonialismo ocorrido no Brasil. É uma resposta a experiência que o Estado conferiu aos negros naquele período. A dignidade nasce com o indivíduo pelo simples fato de ser humano, mas historicamente o respeito a essa condição natural não se aplicou e ainda não se aplica às comunidades negras tradicionais.

A titulação não é facilmente alcançada, mas o simples fato de iniciar o procedimento já garante a comunidade uma proteção efetiva no que se refere a segurança e assistência técnica. E essa proteção é necessária, pois tratam-se de comunidades carentes onde muitos moradores não têm o mínimo de instrução, sequer sabem dos inúmeros direitos que têm. Entretanto, não resolve o problema principal responsável pela evasão dos moradores, o isolamento da comunidade e ausência de políticas públicas essenciais.

Apesar de a titulação ser um grande passo para as comunidades quilombolas, trazem à tona diversos conflitos seculares como os desentendimentos com fazendeiros.

Nos relatos de Marcelo:

Meu tio era morador daqui do quilombo, ele tem 98 anos, agora mora em Sete Lagoas. Ele conta que o negro saía da casa de paiva voltava da roça e a casa tinha sido queimada pelos fazendeiros, como haviam perdido tudo iam embora. Quando pedimos o título no INCRA os fazendeiros aqui não gostaram, teve muito conflito hoje que está mais tranquilo. Até ameaçado de morte eu fui se continuasse com o processo. Pro INCRA medir a terra teve que vim a Polícia Federal porque o fazendeiro não deixava entrar. Ele construiu umas casas aqui pra vender com o processo o juiz embargou. Como eu que fico por conta do título ele não gosta de mim. Mas com essa confusão toda ele ajudou a gente, se ele soubesse não tinha brigado. Toda vez que tinha uma confusão aqui eu ligava pra polícia e eles vinham, o oficial de justiça vinha aqui chamar ele praticamente todo dia. Com essas ameaças que ele fez o nosso processo adiantar, até o laudo antropológico que é caríssimo nós ganhamos. Diz a antropóloga que veio aqui que ele custou uns 130 mil. O negro que não sabe a força que tem (MARCELO EVARISTO, 20019).

Muitas outras histórias foram contadas pelo quilombola. Mas em síntese, poucas pessoas se mobilizam para ajudar na luta pela titulação. Aproveitando-se da condição de humildade e ignorância de alguns quilombolas, recursos destinados à comunidade não lhes foi repassado de nenhuma forma, sem melhoria na infraestrutura das casas, edificação de posto de saúde próximo a comunidade ou até mesmo melhoria da estrada de acesso.

Os costumes e as tradições da comunidade se perderam, não há mais símbolos tradicionais, pois todas as casas de sapê caíram bem como a igreja que reverenciava Nossa Senhora do Rosário, hoje reverencia São Geraldo. Segundo Marcelo trata-se de um santo italiano, “São Geraldo não tem nada a ver com nós quilombolas”. Ademais, atualmente das 15 pessoas que residem no povoado apenas uma delas continua no segmento da igreja católica, os demais frequentam uma igreja evangélica que se estabeleceu na comunidade (ENTREVISTA, 2019).

Conforme já explicitado, a maioria das comunidades quilombolas vive em condições de miséria e sequer tem acesso a informações sobre seus direitos e garantias enquanto minorias étnicas. Diante disso, é dever do Estado levar essas informações, além de tornar acessíveis as políticas públicas e providenciar sua acessibilidade.

Em dezembro de 2009 foi dado início ao processo de regularização fundiária da Comunidade de Pimentel, que recebeu o número 007272.2009-54. O INCRA solicitou a instauração do processo administrativo (INCRA, 2019).

Em 4 de janeiro de 2019, o instituto manifestou que providenciaria a elaboração do RTID, assim como cumpriu todas as notificações exigidas pelo art. 8º, do Decreto 4.887/03. A certidão de autodefinição encontra-se acostada aos autos às fls. 130 (INCRA, 2022).

Em razão das ameaças que a comunidade vinha sofrendo, em 2010 a Comissão de Direitos Humanos solicitou a confecção do RTID fls. 160. Em 2014, através de um ofício de resposta ao Procurador da República à fl.188, o superintendente do INCRA informou que o relatório antropológico foi concluído, mas relatou a dificuldade para dar prosseguimento ao feito haja vista que a próxima etapa seria a elaboração do RTID e o instituto não possui equipe suficiente (INCRA, 2022).

Apesar de o processo contar com três volumes, em sua maioria trata-se de pedidos de informação a respeito do processo e ofícios de resposta que reiteram a dificuldade em realizar o relatório técnico diante da ausência de profissionais. E assim se encontra o processo, o

último andamento data 25 de julho de 2018, quando foi sobrestado até que se conclua o RTID (INCRA, 2022).

Já se passaram muitos anos desde o passo inicial dado pelos quilombolas da comunidade de Pimentel e o título ainda não foi alcançado. Consequência dessa ausência de efetividade do Estado são o retrocesso e perda da essência das comunidades. Os quilombolas se veem desamparados e não tem alternativa senão deixar suas terras para que busquem fora do quilombo uma melhor qualidade de vida.

No plano jurídico resta clara a ofensa ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois os moradores da comunidade não têm acesso a praticamente nenhum dos direitos positivados no artigo 5º, da CF/88. Ainda que identificadas, até a aquisição do título vivem em situação de total desamparo. Apesar de a titulação trazer segurança jurídica quando se trata das terras, a ausência do título não pode ensejar prejuízo aos quilombolas, mas no plano fático isso vem acontecendo, após 131 anos de abolição da escravatura os reflexos desse período ainda alcançam as comunidades negras (ENTREVISTA, 2019).

O quilombo de Pimentel é uma amostra de que o Estado tem sido incapaz de assegurar a manutenção desse grupo étnico que participou da formação da sociedade brasileira. Para os quilombolas pouco têm valido os direitos escritos na Constituição da República, pois apesar do território constituir uma parte inseparável de sua identidade tem sido uma utopia.

CONCLUSÃO

É nítida a situação de desamparo vivido pelas pessoas que vivem em comunidades quilombolas, seja no que diz respeito às condições estruturais de suas residências, materiais e pela ausência de incentivos para a preservação de suas culturas.

No entanto, no plano jurídico houve a positivação de normas que cuidam da preservação de comunidades tradicionais. A contribuição dos afrodescendentes foi de tamanha importância no processo de

formação do Brasil que constituem parte do patrimônio cultural das manifestações quilombolas.

Entretanto, constituir direitos não basta, é necessário que aquele sujeito objeto de proteção da norma tenha acesso a eles. Em razão disso, tornou-se pertinente o levantamento da temática desse trabalho, pois as comunidades remanescentes de quilombo têm o direito de titulação de suas terras. Essa foi a forma encontrada pelo Estado para preservar e valorizar a cultura quilombola, dada a importância que o território apresenta para eles.

O território ocupado por essas comunidades tradicionais tem, portanto, *status* de direito fundamental, e quando violado um direito dessa importância, fere-se a própria dignidade da pessoa humana.

Diante do desrespeito dos diversos dispositivos constitucionais desenvolveu-se esse trabalho, buscando responder o questionamento: há influência político-econômica sobre a legislação que regulamenta o processo de titulação das comunidades remanescentes dos quilombos? Conclui-se que a resposta desse questionamento é positiva.

Foram identificadas em Minas Gerais 800 comunidades que se auto atribuem como remanescentes de quilombo, e apenas uma possui a titulação do território que ocupa, a comunidade Porto Coris, no Município de Leme do Prado.

No entanto, mesmo após anos para alcançar a titulação a comunidade foi reassentada em um local desfavorável, em razão de interesses econômicos, qual seja a instalação de uma hidrelétrica.

Quanto à comunidade de Pimentel, a comunidade localizada no município de Pedro Leopoldo, Minas Gerais, tem aproximadamente 100 anos, antecede a própria cidade que formalmente tem 95 anos. No entanto, houve avanços no centro urbano enquanto a comunidade permanece carente, os moradores vivem isolados, sem acesso ao mínimo enquanto pessoas humanas.

Vale ainda mencionar a ADIN proposta pelo Partido Frente Liberal, que visava declarar inconstitucional o Decreto nº 4.887/03.

Por fim, demonstra-se que as comunidades quilombolas vivem em estado de isolamento, à margem de políticas públicas. São

desrespeitadas pelos demais membros da sociedade e principalmente pelo Estado que se demonstra omissivo ao tratar de políticas públicas para a promoção do desenvolvimento e erradicação de desigualdades.

A comunidade de Pimentel aguarda há anos a conclusão do procedimento de titulação de suas terras, durante esse longo período nenhuma melhoria foi realizada, resultado da falta de investimento estatal.

Diante de todo exposto, é possível concluir que existem influências político-econômicas que desde o período colonial impedem que as pessoas negras vivam em condições de igualdade em comparação a outros membros da sociedade. Prova disso, são as diversas intervenções demonstradas desde o fazendeiro que profere ameaças a omissão estatal, que impede os quilombolas de alcançar a efetivação de seus direitos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Nila Rodrigues; SILVA, Ulisses Manoel da. **Quilombolas Somos todos parte dessa história.** Belo Horizonte: Bicho do Mato, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 Jul 2022.

BRASIL. **Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2001.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3912.htm. Acesso em: 15 julho. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 4.887 de 20 de novembro de 2003.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm. Acesso em: 15 julho. 2022.

COMISSÃO PRO INDIO DE SÃO PAULO (CPISP). **O caminho da titulação.** 2017. Disponível em: <http://cpisp.org.br/direitosquilombolas/caminho-da-titulacao/>. Acesso em: 26 fev. 2022.

COTRIM, Gilberto. **História Global:** Brasil e Geral. 6. ed. Barra Funda: Saraiva, 2003.

COTTA, Francis Albert. **História das Comunidades Quilombolas.** Belo Horizonte, Edições Superiores, 2010.

FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES. **Certificação Quilombola.** Disponível em: <https://www.palmares.gov.br/?page_id=37551>. Acesso em: 15 de julho de 2022.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA. 2022. Disponível em: http://www.incra.gov.br/institucional_abertura. Acesso em: 05 mar. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA. Disponível em: <http://www.incra.gov.br/noticias/regularizacao-fundiaria-de-territorios-quilombolas-e-tema-de-reunioes-em-mg>. Acesso em: 26 fev. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22.ed. Saraiva, 2018.

MINISTÉRIODAAGRICULTURA, PECUÁRIAEABASTECIMENTO. Disponível em: <http://www.agricultura.gov.br/aceso-a-informacao/institucional>. Acesso em: 05 mar. 2022.

PRIOSTE, Fernando; BARRETO, André. **Território Quilombola: uma conquista cidadã**. Brasil: Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, 2012.

RODRIGUES, B.; REZENDE, T.; NUNES, T. Quilombo e os direitos: Análise da ADIN Nº 3239 e a luta de poder dizer o direito. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 5, n. 9, p. 93-130, Abr. 2017.

SANTOS, Antônio Bispo dos. **Racismo e violência contra quilombos no Brasil**. Brasil: Athalaia Gráfica e Editora, 2018.

SCHRAMM, Franciele Petry. **Orçamento para titulação de territórios quilombolas cai mais de 97% em cinco anos**. 2018. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/noticias/noticias/orcamento-pa-ra-titulacao-de-territorios-quilombolas-cai-mais-de-97-em-cinco-anos/22824>. Acesso em: 05 mar. 2022.

SILVA, Marcilene da. **Quilombolas: cultura, estigmas e representações**. São Paulo: Novas Edições Acadêmicas, 2011.

VITORELLI, Edilson. **Estatuto da Igualdade racial e comunidades quilombolas**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZISMAN, Célia Rosenthal. A dignidade da pessoa humana como princípio universal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. V. 96, p. 129-152, 2016.

A IMPORTÂNCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

*Camila Cunha Lima
Karoline Lucia Alves dos Santos
Robert Willian Marcelino de O. Pereira*

A IMPORTÂNCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Camila Cunha Lima¹

Karoline Lucia Alves dos Santos²

Robert Willian Marcelino de O. Pereira³

RESUMO: Nesse trabalho tem-se o objetivo de discorrer sobre a importância dos tratados internacionais. Para tanto, abordar-se-á sobre o conceito de tratado internacional, as fases de sua criação, bem como sua hierarquia considerando as normas jurídicas brasileiras. As análises feitas objetivaram discorrer sobre o surgimento e conceito dos tratados, de modo a identificar os marcos de desenvolvimento, além de fazer a diferenciação entre direito interno e internacional, e, por fim explicitar o processo de criação e incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro. A pretensão desse artigo é a de apontar as regulamentações previstas em alguns diplomas legais brasileiros e também apontar contribuições doutrinárias, sem, contudo, esgotar os tópicos sobre esse tema.

Palavras-chave: Tratado internacional. Direito Interno e Internacional. Hierarquia.

INTRODUÇÃO

Os tratados internacionais desempenham um papel importante no âmbito da sociedade internacional. É por meio desses tratados normativos que os Estados realizam acordos multilaterais nos diversos assuntos de interesse internacional, visando regulamentar a sociedade para que seja possível a coexistência harmônica entre os povos.

¹ Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade Minas Gerais - FAMIG. Pós-graduanda em Novo Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade CERS.

² Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade Minas Gerais - FAMIG. Pós-graduanda em Direito e Processo Tributário pela Faculdade Legale Educacional.

³ Bacharel em Direito pela Faculdade Minas Gerais - FAMIG.

Para que haja tal harmonia, houve a necessidade de existência de um tipo norma que ultrapassasse os limites territoriais e mitigasse a soberania dos estados para atender aos interesses de todos os envolvidos, seja o cidadão, seja o Estado como ente.

Exemplificativamente, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos são instrumentos importantes para fazer com que haja respeito aos direitos mais básicos da pessoa humana, como o devido processo legal, o acesso à educação, a saúde, a segurança e ao trabalho.

Ainda, os tratados concernentes aos assuntos econômicos podem servir como exemplo para justificar sua relevância política e jurídica, além de nortear as ações dos governos de uma forma minimamente padronizada com o objetivo maior de garantir direitos face a atuação dos estados.

Exemplo disso, em se tratando de o planeta Terra ser considerado uma aldeia global, foi e é fundamental o acordo político entre Estados soberanos com o objetivo de fornecer uma resposta de mesmo nível à ameaça das mudanças climáticas que há muito ameaçam a perpetuação da espécie humana.

Acerca dos acordos climáticos, merece destaque o acordo de Paris, aprovado por 195 países participantes que se comprometeram em reduzir emissões de gases de efeito estufa, sendo um compromisso internacional que substituiu o protocolo de Kyoto, com a meta de minimizar as consequências do aquecimento global.

Isso se resume em manter a temperatura média da Terra abaixo de 2 °C, acima dos níveis pré-industriais. Além de prever esforços para limitar o aumento da temperatura até 1,5 °C acima dos níveis pré-industriais.

O Brasil se tornou signatário desse acordo no ano de 2015, e um dos compromissos mais importantes entre os firmados foi o de reduzir a emissão dos gases de efeito estufa em até 37% até o ano de 2025 e estender essa redução para 43% até o ano de 2030.

Assim, o Tratado de Paris afetou as estratégias de Gestão Ambiental no Brasil e conseqüentemente as políticas públicas a serem

implementadas, já que, por meio desse acordo, o Brasil reafirmou os princípios internacionais de direitos humanos.

Outra razão igualmente forte, é a necessidade dos tratados internacionais para mediar conflitos internacionais.

A guerra ocasionada pela invasão do exército Russo no território da Ucrânia em 2022 é um exemplo claro da necessidade de proteção a direitos face à soberania do Estado no momento de ocorrência do conflito. Os cidadãos do país invadido estarão eternamente marcados pela morte, pela discriminação e pela violência, entre outros crimes que ainda estão sendo cometidos.

Tais atos podem vir a ser considerados “crimes de guerra” após a conclusão da investigação que vem sendo realizada pelo Tribunal Penal Internacional, corte criada através do Estatuto de Roma, em 1998 com o objetivo de punir os responsáveis pelos maiores crimes contra a humanidade. A criação da corte também foi um grande marco na evolução do Direito Internacional.

No Brasil, os crimes cometidos durante a guerra por militares integram a única modalidade de crime que admite a aplicação do tipo mais severo de pena: a pena de morte, e tal aplicação não infringe os preceitos do direito internacional, além de estar previsto no artigo 5º, XLVII da Constituição da República de 1988.

Assim, observa-se a importância dos tratados internacionais diante das necessidades e exigências postas pela sociedade internacional, assim como pela regulamentação constitucional, que institui princípios que norteiam o Brasil em suas relações internacionais.

1 SURGIMENTO E CONCEITO DE TRATADO INTERNACIONAL

Os primeiros sinais de nascimento do Direito internacional se deram de forma costumeira com a formação de pequenos grupos que precisavam se relacionar economicamente e precisavam firmar alianças entre si para garantia da segurança geral. Com isso, surgindo

regras para que pudesse haver uma coexistência harmoniosa e para que os interesses mútuos fossem atendidos.

No que tange à positivação do Direito Internacional como ciência, grande parte dos juristas consideram que o primeiro grande marco nas relações internacionais, que o fez ser reconhecido como tema de estudo se deu na assinatura do Tratado de Westfália, em 1648, que deu fim à guerra dos trinta anos, ocorrida na Europa entre os anos de 1618 a 1648 e tinha como cerne o conflito entre os católicos e os protestantes.

De acordo com Mazzuoli:

De fato, antes dos tratados de Westfália não existia uma sociedade internacional já construída e solidificada. Portanto, a paz de Westfália pode ser considerada verdadeiro “divisor de águas” na história do Direito Internacional Público, momento em que se desprenderam as regras fundamentais que passaram a presidir as relações entre os Estados europeus, reconhecendo-se ao princípio da igualdade absoluta dos estados o caráter de regra internacional fundamental. (MAZZUOLI, 2008, p. 54)

Assim, o Direito internacional é uma ciência que se desenvolveu durante vários séculos e continua em processo de desenvolvimento até os dias atuais, sendo uma ciência que se transforma junto com a sociedade que regula, para que ocorra a sua efetiva aplicação e adaptação face à constante evolução dos Estados e de seus integrantes.

Sobre o conceito de Direito Internacional, o artigo 2º Convenção de Viena de 1969 traz a seguinte previsão:

(...) “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos,

qualquer que seja sua denominação específica (...) (BRASIL, 2009).

Para Accioly (2009), tratados internacionais são instrumentos normativos consistentes em acordos realizados entre Estados soberanos, avença essa que objetiva tutelar interesses recíprocos mediante a celebração de contrato em que haja o livre assentimento das partes.

Rezek (2000) explica que, por meio dos tratados internacionais, é possível equalizar as disparidades entre normas internas de um Estado com costumes de outros Estados, todos soberanos.

Tais tratados, promovem uma certa limitação ao poder estatal, de modo a coibir atuações ilícitas no cenário internacional, e em caso de ocorrência, prevê a responsabilização em decorrência da respectiva prática. Além disso, explicita direitos e deveres num plano que ultrapassa a delimitação territorial do Estado.

2 RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNO E INTERNACIONAL

O Direito internacional busca regular assuntos relevantes, de forma a propiciar proteção e garantir direitos aos signatários, mas há situações em que pode vir a dispor sobre questão já debatida e expressamente prevista pelo Estado.

Havendo tal previsão, é provável que se questione sobre qual das normas deve ser aplicada ao caso para que não haja violação ou que uma se sobreponha equivocadamente a outra.

Se faz importante, portanto, diferenciar o Direito Interno e o Internacional para se chegar à conclusão acerca de qual a norma mais adequada para aplicação ao caso concreto.

O Direito interno é o apanhado de normas que vigoram no Estado, é o conjunto de leis que norteiam as relações e tem como fundamento maior as Constituições, que ditam como serão as relações, a resolução

de conflitos, a organização da sociedade, prevê direitos e deveres de modo a orientar as ações do estado e dos indivíduos.

Já o direito internacional não se submete à normas internas criadas pelos entes, ele existe para regular as relações de Estado para Estado, envolvendo não só a comunidade como também o indivíduo, mas de forma externa, o colocando em um plano que vai para além dos limites da jurisdição, eliminando a possível ideia de que a lei de um ente pode se sobrepor a de outro.

É comum que haja situações em que o Direito Internacional venha a trazer previsões que de alguma forma se choquem com o Direito interno estatal, ou que já exista uma forma de solução diferente proposta naquele Estado. Para resolver o conflito, foram desenvolvidas algumas teorias, sendo que entre elas, duas se destacam: A *teoria monista*, e a *teoria dualista*.

Para a teoria monista, que tem Hans Kelsen como o maior defensor, o Direito interno e o Direito internacional são dois sistemas que derivam um do outro, isto é, eles coexistem integrando o mesmo ordenamento jurídico, entendendo ser desnecessário que haja qualquer tipo de ratificação pelo ente para transformar uma norma externa em norma interna, bastando apenas que seja feita a sua aplicação ao caso concreto, pois considera que a partir do momento em que o Estado se torna signatário se faz desnecessária qualquer formalidade para reafirmar o compromisso contraído.

Para a teoria dualista, o direito internacional e o direito interno são dois ramos distintos e que não se integram, assim, para que o Estado aplique as regras de algum tratado firmado no âmbito do direito internacional, é necessário que haja um procedimento de incorporação da lei externa ao seu ordenamento jurídico, por meio de uma espécie de “adoção”.

Nessa teoria, o que se entende é que um ramo regula a relação de Estado para Estado, de forma externa, e o outro ramo regula a relação do Estado para o indivíduo de forma interna, não havendo que se falar, portanto, em integração ou antinomia quando ambos

possuem previsões distintas para o caso que se propõe, devendo haver uma análise mais aprofundada.

No Brasil, a Constituição da República não prevê expressamente a teoria a ser adotada. A previsão existe apenas para determinar o processo de internalização da norma e a competência para avaliar a constitucionalidade do tratado, que nesse caso, é do Supremo Tribunal Federal.

Por se tratar de um ato formal de internalização, entende-se que a teoria aplicada é a do dualismo moderado, sendo que ainda no direito pátrio exige-se uma “promulgação interna” por meio de decreto do Presidente da República, para que haja a efetiva incorporação, mas ainda, não se tratando de um requisito de validade, mas apenas uma reafirmação de que o tratado passou a integrar o sistema de normas vigente.

Dada a relevância dos tratados internacionais, é conveniente explicitar as fases de sua elaboração; suas condições de validade, suas hipóteses de extinção; e por fim, a hierarquia dos tratados na ordem jurídica brasileira.

3 FASES DE ELABORAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

São fases de elaboração dos tratados internacionais: as negociações preliminares; a assinatura; a aprovação parlamentar; e, por fim, a da ratificação (MAZZUOLI, 2008).

Negociações preliminares são tratativas que as partes realizam antes de assinar um tratado internacional, nas quais há discussões acerca das relações e interesses a serem entabulados em eventual celebração da avença (MAZZUOLI, 2008).

A assinatura é o ato pelo qual um Estado Soberano, expressa seu consentimento pondo fim às negociações preliminares. É realizado pelo chefe do Executivo que atua na condição de chefe de Estado.

Francisco Rezek explica o que é assinatura nos seguintes dizeres:

Firma que põe termo a uma negociação – quase sempre bilateral -, fixando e alterando, sem dúvida o texto do compromisso, mas, acima disso, exteriorizando em definitivo o consentimento das pessoas jurídicas de direito das gentes que os signatários representam (REZEK, 2000, p.46).

No dizer de Accioly (2009), a aprovação parlamentar consiste em um ato solene realizado pelo Poder Legislativo de cada Estado o qual faz um referendo no tocante a se tornar parte no tratado internacional.

Por fim, a ratificação é o ato internacional e de governo, como ensina Rezek (2000, p. 48), em que “(...) o poder executivo, titular que costuma ser da dinâmica das relações exteriores de todo Estado, aparece como idôneo a ratificar (...) **o seu consentimento** em obrigarse ao pacto” (grifo nosso).

Com a ratificação, os Estados que fazem a adesão do tratado internacional, realizam uma solenidade de troca dos instrumentos, que materializam o acordo internacional implicados direitos e obrigações recíprocos.

No tocante às condições de validade dos tratados internacionais, impende observar que há os seguintes requisitos a serem cumpridos: a capacidade das partes; o consentimento mútuo; a licitude e a possibilidade do objeto do tratado internacional.

A capacidade das partes significa que quem pode celebrar os tratados são organismos internacionais que são pessoas jurídicas de Direito público internacional; o consentimento mútuo se caracterizará quando houver quórum mínimo de 2/3, ressalvada a possibilidade de haver decisão diversa mediante consentimento com esse mesmo quórum. Por fim, o objeto deve ser conforme o Direito (MAZZUOLI, 2008).

Os tratados internacionais podem ser extintos quando houver ab-rogação; por decisão ulterior; por denúncia; por perda do objeto; por força da cláusula *rebus sic stantibus*.

Haverá ab-rogação do tratado internacional quando as partes manifestarem seu interesse em não mais terem obrigações no tocante a avença celebrada. Já na decisão ulterior, as partes decidem não mais continuarem obrigados ao compromisso internacional (MAZZUOLI, 2008).

Denúncia de um tratado internacional é a hipótese de extinção, já prevista no instrumento da avença, em que ocorre a saída de um Estado de maneira unilateral do compromisso. A perda do objeto dá-se quando não há mais prestação a ser cumprida por falta de finalidade (MAZZUOLI, 2008).

Por derradeiro, a extinção por força da cláusula rebus sic stantibus pode ocorrer quando, diante da perda do objeto, a causa não puder ser imputada a nenhuma das partes, não havendo também nenhuma responsabilização jurídica (MAZZUOLI, 2008).

É possível inferir, portanto, que o tratado internacional possui um longo caminho desde a sua elaboração até sua extinção, sendo criado seguindo rigorosos preceitos legais.

4 HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A orientação da atual Carta Magna brasileira é no sentido de que os direitos e garantias por ela assegurados não excluirá a outros decorrente de regime e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

A hierarquia dos tratados internacionais na ordem jurídica brasileira pode caracterizar-se de três formas: podem assumir status de ordinária, status de lei suprallegal e status de emenda constitucional, a depender de sua natureza ou rito de aprovação.

Marcelo Novelino explica que:

Os tratados internacionais passaram a ter três hierarquias distintas: Os tratados e convenções

internacionais de direitos humanos, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (CF, art. 5o, §, 3o); os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados pelo procedimento ordinário (CF, art. 47), terão *status* supralegal, situando-se abaixo da Constituição e acima da legislação ordinária; os tratados e convenções internacionais que não versem sobre direitos humanos ingressarão no ordenamento jurídico brasileiro com força de lei ordinária” (NOVELINO, 2010, p. 472).

Terá, portanto, o tratado internacional *status* de lei ordinária quando forem celebrados e ratificados, porém, seu objeto não tenha relação com Direitos Humanos;

Será lei supralegal quando o tratado internacional, embora esteja abaixo da constituição federal, é hierarquicamente superior as leis ordinárias.

Por fim, será norma constitucional, assumindo a feição de emenda à constituição na hipótese de se tratar de direitos humanos, obedecido o procedimento estabelecido no artigo 5o, § 3º Constituição Federal/1988, a saber: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 1988).

Logo, há três tipos distintos de tratados internacionais no tocante aos *status* hierárquico no ordenamento jurídico brasileiro: o tratado internacional que possui natureza de emenda constitucional; o que possui *status* de norma supralegal; e o que está no mesmo nível hierárquico que as leis ordinárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos argumentos acima esposados, chega-se à conclusão de que a relevância dos tratados internacionais, dentre tantos fatores, deve-se ao argumento moral de que os Direitos humanos justificam a criação dos acordos entre as nações soberanas.

O seu constante desenvolvimento permite que haja cada vez mais proteção em variadas situações distintas, seja em uma perspectiva de fora para dentro como de dentro para fora, analisando as relações e proporcionando mecanismos de resolução de conflitos e de uma integração cada vez mais homogênea.

Mesmo em face da ideia de imperatividade do Direito interno, os interesses políticos detêm forte prevalência nesse âmbito, máxime diante de assuntos que envolvem direitos humanos cujos tratados, uma vez ratificados, ganham status de norma constitucional no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Resta claro, que é necessária a vinculação dos entes para que seja garantido o funcionamento do sistema, de forma a garantir a máxima eficácia e a efetividade das suas previsões e reafirmar os valores que os princípios norteadores do Direito Internacional visam assegurar.

Por fim, foi possível aferir que os tratados internacionais são compromissos formais assumidos pelos organismos internacionais regidos pelo Direito das Gentes, contratos que possuem requisitos de validade e hipóteses de extinção, que preveem as atuações estatais de forma ampla e determinam responsabilidades a todos os seus componentes-signatários.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. 3. ed. vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 01/09/2020

BRASIL. **Decreto nº 7.030, 14 de dez. de 2009**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 06/08/2022.

MAZZUOLI, Valério. **Direito Internacional Público**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2010.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público** - Curso Elementar. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

(IM) POSSIBILIDADE DA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR FACE À PSICOPATIA DE UM DOS PAIS

*Carolina Aquino de Sousa Nunes
Jéssica Rodrigues Godinho*

(IM) POSSIBILIDADE DA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR FACE À PSICOPATIA DE UM DOS PAIS

Carolina Aquino de Sousa Nunes¹

Jéssica Rodrigues Godinho²

Resumo: O desenvolvimento pessoal das crianças e adolescentes é expressivamente influenciado pelo meio em que estão inseridas e o núcleo familiar, como primeira experiência social experimentada por esse grupo, desempenha papel solene na formação desses indivíduos. Não obstante, o seio familiar também pode impactar negativamente na formação das crianças e adolescentes e, por isso, faz-se necessário ponderar se a presença da psicopatia, transtorno de personalidade grave, com especial repercussão nas relações sociais e de afeto, em um dos titulares do poder familiar, tem o condão de ensejar a destituição de seu poder familiar, em prol da proteção aos seus descendentes.

Palavras-chave: Poder familiar. Crianças e adolescentes. Vulnerabilidade. Psicopata.

INTRODUÇÃO

A psicopatia se caracteriza por ser transtorno de personalidade com graves repercussões nas esferas sociais e emocionais do indivíduo que a possui. Todavia, diante da capacidade civil desses sujeitos e, conseqüentemente, sua plena capacidade de exercer atos comuns da vida civil, surge a problemática da relação entre um responsável psicopata e uma criança ou adolescente.

1 Graduada em Direito pela PUC Minas. Estagiária no Ministério Público do Estado de Minas Gerais. E-mail: carol.aquino724@gmail.com.

2 Advogada. Graduada em Direito PUC Minas. Especialista em Direito Civil pela PUC Minas. Mestranda em Direito Privado pela PUC Minas (Bolsista FAPEMIG). Professora Universitária. Coordenadora dos cursos de Direito na Pitágoras unidades Barreiro e Contagem. E-mail: jessica.godinho@yahoo.com.br.

O problema reside na possibilidade da criança ou adolescente ser afetado negativamente pela conduta psicopática - em especial no que tange ao isolamento social, pobreza de sentimentos e dificuldade no controle comportamental - de um ou ambos os pais, o que teria consequências consideráveis em sua personalidade e, como efeito, em seu desenvolvimento pessoal.

Para enfrentar situações de abuso praticadas por um dos pais contra o filho, insurge o instituto da destituição do poder familiar, que tem o condão de retirar o poder familiar daquele titular que desrespeitou seu dever de cuidado para com seus descendentes, seja por ato direcionado a eles, seja por animosidade em face do outro titular do poder familiar, conforme dispõe o art. 1.638 do Código Civil.

Nesse liame, surge o questionamento se a psicopatia de um ou ambos os titulares do poder familiar seria causa ensejadora da perda do poder familiar, visto que as características inerentes ao transtorno, precipuamente o caráter antissocial e antipático, contribuem para que a construção de um ambiente familiar prejudicial ao desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes ali inseridos, que estão sujeitos ao convívio diário com um agente que pode não estar zelando pela proteção e cuidado dessa parcela vulnerável da sociedade.

Posto isto, para elucidar o impasse, é preciso sopesar as características da psicopatia, gerais e específicas no caso concreto, bem como a periculosidade apresentada pelo indivíduo diante de sua família e a influência que seu comportamento pode provocar no desenvolvimento de seus filhos, com as possibilidades oferecidas pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no que concerne à destituição ou suspensão do poder familiar.

Vale ressaltar ainda que a destituição do poder familiar é medida extraordinária, que deve ser usada com cautela e, portanto, necessita de arcabouço comprobatório firme para que seja acionada.

2 PODER FAMILIAR NO ATUAL PANORAMA CIVILISTA BRASILEIRO

Conforme conceituam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, o poder familiar é “[...] o plexo de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 639).

Do conceito acima, pode-se perceber alguns elementos importantes do poder familiar: i. ele é atribuído apenas aos pais. Tutores, curadores e guardiões não podem exercê-lo. Têm, contudo, outros poderes atinentes a cada instituto; ii. ambos os pais o exercem, independentemente de relação conjugal, e sem hierarquização por questões de gênero, sociais ou financeiras; iii. o instituto se aplica enquanto os filhos são menores e incapazes. Desta feita, caso um menor seja emancipado, não terá mais a incidência em sua vida do poder familiar.

Deve-se ressaltar que a autoridade parental é um múnus exercido pelos pais que tem como guia o melhor interesse do menor:

As possibilidades de atuar e de decidir decorrentes da autoridade parental são muito amplas, e essa amplitude justifica-se para viabilizar a criação, educação e a proteção dos filhos menores. Trata-se do exercício de um múnus, o que importa dizer que este visa a realizar os interesses da criança e do adolescente, ainda quando isso contrarie os pais. (LIMA; SÁ, 2016, p. 40).

Assim, os pais, no exercício do poder familiar, devem sempre ter em mente os interesses de seus filhos, menores e incapazes, sua educação, proteção e formação de seres humanos aptos à sobrevivência autônoma no mundo.

2.1 A CONSTRUÇÃO DA PERSONALIDADE DO MENOR DENTRO DO SEIO FAMILIAR

A personalidade, enquanto termo jurídico, diz respeito à “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres” (PEREIRA, 2017, p. 181). Porém, pode-se ir além e entender a personalidade em um cenário abrangente e multifacetado.

Por seu turno, a Psicologia entende a personalidade como uma construção baseada nas relações objetivas e subjetivas do sujeito com o meio social em que está inserido, ou seja, nesses termos, a personalidade é o resultado da atividade social (SILVA, 2009).

Nesse sentido, a família, enquanto primeira experiência social a ser vivida pelo indivíduo, mostra-se como ambiente de suma importância para a construção de sua personalidade, em um contexto onde a relação entre pais e filhos é o elo mais forte e a maneira como essa relação se dá, impacta diretamente no desenvolvimento intra e interpessoal dos filhos, o que contribui significativamente para a formação do adulto (PRATTA; SANTOS, 2007).

Exemplifica-se com a dinâmica em que a criança sofre abusos ou maus-tratos perpetrados pelos pais, devido ao trauma que essas situações provocam, a criança terá mais chances de desenvolver depressão, transtornos de ansiedade, TDAH, transtornos alimentares e tentativas de suicídio (COMO A SUA FAMÍLIA TE INFLUENCIA?, 2021).

Para mais, frisa-se que em levantamento feito em 2021 pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) restou apurado que, dos 18.681 registros de violação de direitos humanos, em cerca de 60% dos registros a vítima possuía entre 10 e 17 anos de idade, em 8.494 dos casos apurados a vítima e o suspeito moravam na mesma residência e, entre os suspeitos, em 2.617 dos casos estavam o padrasto e a madrasta, em 2.443 o pai e em 2.044 registros, a mãe era acusada (OLIVEIRA, 2022).

Outrossim, importa explicitar que, as crianças e adolescentes submetidas ao poder familiar exercido pelos pais constituem grupo vulnerável, composto por pessoas em desenvolvimento e que carecem

de intervenção estatal para assegurar os direitos inerentes a esse grupo (PASCHOAL; MARTA, 2012).

Um grande marco de proteção dessa parcela da sociedade foi a consolidação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que em seu art. 4º prevê que:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990).

Assim, resta patente a preocupação jurídica com o bem-estar e desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes que, futuramente, integrarão a sociedade como adultos formados. Nesse liame, ressalta-se, também, a atuação do Conselho Tutelar, órgão previsto no ECA, cujo objetivo é zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente

Posto isto, conclui-se que a preocupação com essa parcela fragilizada da sociedade não se limita somente ao disposto pelo legislador. Além de se traduzir em um encargo da família, é dever de todo o sistema jurídico zelar pela proteção das crianças e adolescentes, especialmente no que tange à proteção de seus direitos básicos, inclusive intervindo na relação familiar que desrespeita tais pressupostos.

2.2 POSSIBILIDADE DE DESTITUIÇÃO DOS PAIS DO PODER FAMILIAR

Em consonância com o exposto acima, decorre dos pais o dever de exercer o poder familiar, cuidando dos interesses e proteção de sua prole, nos termos do art. 1.634 do Código Civil, transcrito abaixo:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002)

Nesse contexto, o instituto da destituição do poder familiar é recurso extraordinário, cabível apenas quando os genitores, ou um deles, apresentarem comportamentos graves, que impeçam o desenvolvimento saudável da criança ou do adolescente.

A destituição acontecerá apenas por ato judicial, quando o pai ou a mãe:

- I - castigar imoderadamente o filho;
- II - deixar o filho em abandono;
- III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente;
- V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.” (BRASIL, 2002).

Ainda, o parágrafo único do artigo 1.638 do Código Civil autoriza a perda do poder familiar aquele que:

- I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:
 - a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;
 - b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;
- II – praticar contra filho, filha ou outro descendente:
 - a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;
 - b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. (BRASIL, 2002).

Salienta-se que não há necessidade do dolo penal para a configuração das condutas acima descritas.

O que se pretende com a destituição do poder familiar é aplicar uma sanção (de cunho civil) àquele que não cumpriu com seus deveres, deixando de resguardar a segurança, integridade - física e patrimonial -, e desenvolvimento saudável do menor.

Dentro do prisma da destituição do poder familiar, deve-se ressaltar a importância do estudo social e da perícia especializada. É por meio desses estudos que poderá ser verificado se, de fato, há uma das causas de suspensão ou destituição.

Conforme ensinam Jairo Werner Júnior, Maria Cristina Milanez Werner, Helena Dias de Castro Bins e Fábio Montano Wilhelms, durante o estudo social e/ou perícia nesses casos:

As avaliações relacionadas ao poder familiar abarcam a aferição da capacidade parental, bem como a avaliação do funcionamento familiar [...]. A perícia demanda a aferição das dinâmicas familiares nos períodos pré, peri e pós-separação conjugal. Sugere-se, durante as avaliações, manter presente a atenção para sinais tácitos de desconforto, inconformidade, estresse ou necessidade de aprovação por parte dos examinandos. (WERNER JÚNIOR; WENER; BINS; WILHELMS, 2016, p. 260)

Além disso, deve-se ter em mente que a personalidade dos pais também é um fator importante a ser analisado durante o estudo social, eis que pode interferir diretamente no poder familiar e, conseqüentemente, na criação da criança ou do adolescente.

3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PSICOPATIA

Inicialmente, é meritório aduzir sobre a psicopatia, termo grego cunhado por volta do século XIX e usado para se referir amplamente a todos aqueles “psiquicamente doentes” (NUNES, 2009, p. 154). Todavia, em que pese a origem do termo, a psicopatia não se encontra

no rol de doenças mentais, mas sim no repertório dos transtornos de personalidade.

Neste sentido, em edição de 2002 do manual de diagnóstico e estatísticas de doenças mentais (DSM-IV), elaborado pela *American Psychiatric Association* (APA) levantou-se os termos sociopatia, psicopatia, transtorno de personalidade dissociativa e transtorno de personalidade antissocial como sinônimos de um mesmo caso clínico. Contudo, faz-se necessário ressaltar que a classificação dada pela DSM-IV é ampla e, com o avanço de pesquisas no campo, observa-se que para a correta identificação da psicopatia é necessário avaliar além das características inerentes ao transtorno de personalidade.

Ademais, é importante salientar que a Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde (CID-10) também posiciona a psicopatia como um transtorno de personalidade.

Posto isto, a psicopatia encontra como fatores de origem basicamente elementos biológicos e sociais. Quanto aos biológicos, destaca-se a existência de alterações cerebrais no cérebro de sujeitos diagnosticados com o transtorno, em especial em áreas destinadas aos sentimentos.

Acerca do tema, tem-se o dito por Ana Beatriz Barbosa Silva:

Se considerarmos que a amígdala é o nosso “coração cerebral”, entenderemos que os psicopatas são seres “sem coração mental”. O cérebro deles é gelado e, assim, incapaz de sentir emoções positivas como o amor, a amizade, a alegria, a generosidade, a solidariedade... Essas criaturas possuem grave “miopia emocional”, e, ao não sentir emoções positivas, sua amígdala deixa de transmitir, de forma correta, as informações para que o lobo frontal possa desencadear ações ou comportamentos adequados. Chegam menos informações do sistema afetivo/límbico para o centro executivo do cérebro (lobo frontal), o qual, sem dados emocionais, prepara um comportamento lógico racional, mas desprovido de afeto (SILVA, 2014, p. 181).

A Psiquiatria nota também alterações genéticas no cérebro psicopata, em estudo promovido por James H. Fallon, professor de psiquiatria e pesquisador da psicopatia, foi revelado que psicopatas apresentam baixa atividade no “gene monoamina oxidase” (SCHECHTER, 2013, p. 261), responsável por catabolizar neurotransmissores como dopamina e serotonina, cuja anormalidade pode se ligar à uma maior agressividade do agente, embora seja precário assumir que a baixa atividade do gene seja determinante para o temperamento humano (MCDERMOTT; TINGLEY; COWDEN; FRAZZETT; JOHNSON, 2009).

Ainda sobre a temática, pontua-se nota de rodapé abaixo, contida na obra de Schechter, referente ao também chamado gene MAO-A:

Também conhecido como “gene guerreiro”, pode deixar o cérebro da pessoa insensível ao efeito calmante da serotonina, segundo o neurocientista James Fallon, da Universidade da Califórnia. Fallon investigou cérebros de assassinos psicopatas nos anos 1990 e descobriu que todos seguiam o mesmo padrão: um dano no córtex orbitofrontal, região cerebral bem acima dos olhos associada com tomada de decisão e conduta ética. (SCHECHTER, 2013, p. 261).

Outrossim, há também a influência de fatores sociais relevantes para a construção da psicopatia. É notório que grande porção dos psicopatas apresenta problemas de socialização, muitas vezes levando-os ao isolamento social e comprometendo seu desenvolvimento pessoal e social (CASOY, 2017, p. 27).

Em diversos casos relevantes de psicopatia, percebe-se que o contexto familiar desempenha função importante.

Exemplifica-se pelo caso prático do psicopata e *serial killer* - manifestação mais extrema da psicopatia, em que o transtorno está presente em cerca de 86,5% dos homicidas seriais (MORANA, STONE, ABDALLA-FILHO, 2006) – Pedro Rodrigues Filho, criado em um

ambiente rico em violência doméstica e abusos físicos, que ficaram naturalizados em seu seio familiar (CASOY, 2017).

Falar-se-á mais sobre esse caso em tópico adiante.

Destarte, compreende-se que a depender dos fatos biológicos e sociais aos quais o indivíduo está sujeito, podem surgir diferentes manifestações de psicopatia. Deste modo, em que pese a estatística de que de 1 a 3% da população mundial é psicopata (SOUZA; ARRUDA, 2021), nem todos serão considerados *serial killers* e comumente agirão de maneira questionável socialmente ou praticarão delitos de menor gravidade.

Corroborar-se o exposto acima com o caso do pesquisador já citado, James H. Fallon, que percebeu alterações cerebrais em si mesmo, correspondentes às alterações causadas pela psicopatia, mas que nunca cometeu delitos graves, que poderiam classificá-lo como um indivíduo de alta periculosidade. Importa ressaltar que o próprio pesquisador admite que a criação em um ambiente afetoso foi de suma importância para neutralizar suas características psicopáticas, que ainda existem, porém em grau mais controlado que seus objetos de estudo (VASCONCELOS, 2013).

Em suma:

As pessoas que cometem atos antissociais não são, necessariamente, psicopatas. Também não é correta a noção, amplamente difundida, de que os psicopatas que existem entre nós são loucos assassinos. Os psicopatas são pessoas que têm graves impulsos antissociais e concretizam esses impulsos sem levar em conta as consequências desastrosas e inevitáveis de seus atos tanto para elas mesmas quanto para os demais. Muitos psicopatas não são criminosos, mas são predadores, parasitas crônicos e exploradores das pessoas ao seu redor (SIMON, 2009, p. 52, *apud* SAVAZZONI, 2019, p. 73).

Neste liame, importa dizer sobre a periculosidade que a psicopatia pode oferecer. Como pontuado anteriormente, a psicopatia se encontra no rol dos transtornos de personalidade, mais especificamente, o transtorno de personalidade antissocial, contudo, possui características próprias que adicionam àquelas concernentes ao transtorno. Dentre elas, destacam-se a ausência de remorso ou culpa, ausência de empatia, alta habilidade de manipulação e charme superficial (LEME; LEME, 2011).

Tais condições contribuem para formar um sujeito potencialmente perigoso - tanto criminalmente quanto socialmente - visto que os psicopatas não experimentam as respostas emocionais relativas à ansiedade e medo, que, associadas à possibilidade de punição, poderiam levar o agente a coibir o ato passível de represália. Assim, há um foco maior naquilo que os interessa naquele momento e o desprezo pela consequência de suas ações, ainda que representem perigo (SAVAZZONI, 2019).

Os elementos elencados são integrantes da personalidade do psicopata e o guiam através de todos os seus papéis sociais, levando à consequência de o psicopata ter a possibilidade de passar a vida “normalmente”, sem receber um diagnóstico apropriado, utilizando de suas habilidades para tirar o máximo de proveito das situações em que se envolve.

É mister ressaltar que é nessa posição que se encontra a maior parte dos psicopatas. Em que pese a grande força midiática dos *serial killers*, estes representam número reduzido dentre os psicopatas, que residem, em sua maioria, na camada de predadores sociais, utilizando pessoas como ferramentas para adquirirem o que desejam.

Diante da descrição sintética de algumas características da psicopatia, podem surgir questionamentos acerca da capacidade civil desses indivíduos. Precipuamente, é meritório traçar, em linhas gerais, do que trata o instituto da capacidade civil.

A capacidade da pessoa natural no Direito Civil consiste na aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, por si próprio

ou por terceira pessoa. Essa capacidade será determinada pela idade, saúde mental do indivíduo e pela lei (RIZZARDO, 2011).

A própria legislação civilista traz a possibilidade de limitação da capacidade civil, caso a pessoa não tenha em si o discernimento necessário para a prática de atos civis.

Dessa forma, temos três formas de capacidade: capacidade plena, incapacidade relativa e incapacidade absoluta. As duas últimas se relacionam à impossibilidade - parcial e total - de realizar atos da vida civil. As possibilidades de incapacidade encontram-se elencadas nos arts. 3º e 4º do Código Civil, transcritos abaixo:

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

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos. (BRASIL, 2002)

Relacionando a capacidade civil à psicopatia, tem-se que esta é considerada um transtorno de personalidade e, em tese, não seria causa comprometedora da vontade do sujeito.

É certo que a maneira como a psicopatia afeta o discernimento daqueles que a possuem ainda é campo que carece de pesquisas, entretanto, é arriscado sedimentar que a psicopatia afeta, ou não, a expressão da vontade do sujeito em todas as situações. Acerca do exposto, tem-se o dito por Robert Hare:

Os psicopatas não são pessoas desorientadas ou que perderam contato com a realidade; não apresentam ilusões, alucinações ou a angústia subjetiva intensa que caracterizam a maioria dos transtornos mentais.

Ao contrário dos psicóticos, os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo por que agem assim. Seu comportamento é resultado de uma *escolha* exercida livremente. (HARE, 2013, p. 38).

Assim, prima-se pela parcimônia ao definir se o sujeito psicopata possui alguma afetação da expressão de sua vontade advinda objetivamente da psicopatia, dessa forma, em consonância com a doutrina civilista, considerar-se-á o psicopata civilmente capaz, a menos que seu estado psíquico turbe sua manifestação de vontade, conforme recorte abaixo:

Em princípio, reconhece-se esta capacidade total à generalidade das pessoas. Unicamente se aparecem particularidades especiais permite-se a observação da redução de sua plenitude. Ou seja, em vista de certos estados, como a menoridade, o estado psíquico, a saúde. (RIZZARDO, 2011, p. 182).

Parte-se da máxima que a capacidade é a regra e a incapacidade é a exceção. Para que se tenha a decretação da incapacidade, é necessário processo judicial que comprove a diminuição do discernimento da pessoa com psicopatia. Esse processo ensejaria, então, a limitação da capacidade civil e como consequência a limitação de exercício de atos relacionados à vida civil.

Destarte, após a identificação da psicopatia, pode-se falar nos tratamentos para o transtorno, todavia, é preciso ressaltar que o campo ainda carece de pesquisas interdisciplinares para definir com maior justeza o tipo de tratamento mais eficiente.

Em artigo conduzido por Pereira e Souza (2020), que reuniu e relacionou diversos métodos cognitivos e comportamentais de tratamento em diversas fontes de pesquisa, apurou-se que houve desfechos negativos quanto à hostilidade e dominância, desfechos

neutrose desfechos positivos no que tange ao comportamento agressivo, ansiedade social, comportamento social, raiva, comportamento de enfrentamento, entre outros.

Em que pese os resultados positivos do estudo, os pesquisadores ressalvam, mais uma vez, a ausência de maiores pesquisas nesse tema e a necessidade de ampliar as pesquisas, para a obtenção de melhores resultados, conforme trecho destacado abaixo:

Por isso, são necessários mais estudos para avaliar a hipótese de que o psicopata pode se favorecer de intervenções cognitivas e comportamentais, que este indivíduo pode se beneficiar do tratamento, discordando com algumas perspectivas presentes na literatura de que o tratamento é prejudicial ao psicopata. Porém, para isso, é necessário que os futuros estudos desenvolvam a metodologia de forma criteriosa, estabeleçam objetivos e intervenções bem elaboradas, sempre respeitando os padrões científicos. (PEREIRA; DE SOUZA, 2020, p. 276-277).

Assim, é possível tratar a psicopatia, regulando suas manifestações negativas, entretanto, além de investigar o tratamento mais pertinente, é profícuo que o indivíduo psicopata também se comprometa com a intervenção, o que também representa um obstáculo, tendo em vista as características de isolamento social do paciente.

3.1 O INDIVÍDUO PSICOPATA NA ÓRBITA FAMILIAR

Primordialmente é mister traçar algumas características do portador da psicopatia, por se encontrar no rol de transtornos de personalidade e guardar características do TPAS (Transtorno de Personalidade Antissocial), além de características próprias,

o indivíduo psicopata possui uma grande gama de traços que o diferenciam de alguém que não possui o transtorno.

Dessa forma, dentre as peculiaridades do psicopata, destacam-se a ausência de empatia, ausência de remorso, alta habilidade em manipular pessoas e situações, impulsividade, charme superficial e pobreza de emoções em sentido amplo (SILVA, 2014).

Salienta-se que, apesar de essas serem peculiaridades gerais observadas nos portadores do transtorno, a existência e intensidade de manifestação desses aspectos pode variar a depender do caso.

Quanto a relação do psicopata com a família, exemplifica-se através de dois casos conhecidos, Pedro Rodrigues Filho, também conhecido como Pedrinho Matador, *serial killer* brasileiro e Beth Thomas, diagnosticada com psicopatia quando ainda criança e que impactou o mundo com suas declarações.

Pedro Rodrigues Filho nasceu em 1954, na cidade de Santa Rita do Sapucaí em Minas Gerais, em um ambiente em que a violência doméstica era naturalizada, bem como a resolução de conflitos através da agressão. Pedro foi atingido, ainda no útero, por um chute desferido por seu pai contra sua mãe, o que inclusive provocou-lhe uma fratura no crânio (CASOY, 2017).

Em entrevista concedida em 2019, Pedro expôs que sua família mantinha o costume de caçar, de forma que a morte e a caça sempre estiveram presentes em sua vida. Além de dar detalhes acerca de sua primeira vítima, um de seus primos que o irritou e acabou morto por Pedrinho, que contava, à época dos fatos, com apenas catorze anos (CASOY, 2017, p. 663-666).

No mesmo diálogo, o *serial killer* expôs ainda que a morte foi executada com o auxílio de um facão e uma máquina para moer cana. Por ser menor de idade, Pedro foi detido durante algumas horas, até ser liberado com a anuência de seu avô, que aplicou ao menor o castigo que julgou adequado, realizar a limpeza da máquina de moer cana (CASOY, 2017).

Diante disso, é patente a naturalidade com que Pedro lidou com o assassinato ao longo de sua vida e a influência do seio familiar ao

normalizar a morte dessa forma, o que acabou por contribuir para a formação da personalidade de Pedrinho.

Noutro giro, Beth Thomas chocou o mundo ao participar do documentário “A Ira de um Anjo”, por apresentar comportamentos violentos ainda muito jovem. Com cerca de seis anos, a criança já apresentava sinais de frieza, agressividade, crueldade com animais e contra seu irmão (SANCHES, 2018, p. 05).

Analisando a vida de Beth, é possível atribuir sua personalidade disfuncional ao núcleo familiar em que ela estava inserida antes de sua adoção por um casal de religiosos, sua mãe havia morrido no parto e Beth e seu irmão foram deixados com o pai biológico, responsável por maus-tratos e abusos contra as duas crianças, que conseguiram sair do ambiente problemático com a ajuda da assistência social.

Após passar por um tratamento psicológico, promovido por seus pais adotivos e afastada de seu pai biológico, Beth se recuperou positivamente e se tornou enfermeira e fundou uma companhia para ajudar crianças que passaram pela mesma situação.

Pelos exemplos acima, percebe-se a importância da estruturação familiar na construção da personalidade do indivíduo. Vê-se que o afeto e o equilíbrio dentro do núcleo doméstico, além das figuras dos genitores, possuem estreita relação com o grau de incidência da psicopatia naqueles que possuem esse transtorno.

4 (IM)POSSIBILIDADE DA PSICOPATIA ENSEJAR A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

Diante de todo o exposto, ao relacionar as possibilidades de perda do poder familiar e as características da psicopatia, verifica-se que somente a existência da condição de psicopatia em um dos pais não configura elemento suficiente para privá-lo do exercício do poder familiar.

Isso se dá pelo caráter gravoso das medidas elencadas no art. 1.638 do Código Civil, que devem ser utilizadas como último recurso para resguardar a integridade das crianças inseridas naquele seio

familiar (SOUZA, 2019) e, por se tratar de rol taxativo, não se pode ampliar as hipóteses indicadas, de forma a abarcar a mera existência de transtorno mental.

Entretanto, é necessário sopesar os efeitos que a psicopatia dos genitores pode provocar em sua prole, vez que a personalidade da criança e, conseqüentemente, seu desenvolvimento enquanto pessoa em formação, são significativamente impactados pelo convívio familiar, em especial, pelo convívio com os pais. Ademais, das possibilidades elencadas pelo Código Civil que ensejam a perda do poder familiar, o responsável que possui o transtorno de personalidade está especialmente apto a incidir em todas as causas.

Para compreender a relação de causa e consequência existente entre a psicopatia e o cerceamento do poder familiar, invoca-se as supracitadas características do psicopata e a importância dos fatores sociais e biológicos em sua formação, ressaltando-se que não é certo que os filhos de um psicopata também o serão. Todavia, deve-se considerar a possibilidade de um ambiente mentalmente insalubre influenciar negativamente no comportamento cerebral da prole (CARVALHO; SUECKER, 2011) e, em conformidade com o exposto anteriormente, repercutir no desenvolvimento social da criança e do adolescente.

Nesse diapasão, destaca-se algumas causas para a destituição do poder familiar, como castigos imoderados e o abandono. A pobreza no controle comportamental inerente à psicopatia, seu distanciamento afetivo e isolamento social, são elementos que contribuem para o preenchimento dos requisitos elencados pelo art. 1.638 do Código Civil (CLECKLEY, 1976, p. 346-347 e HARE, 2013, p. 73).

Certamente, é essencial que haja, de fato, o cometimento dos atos descritos no artigo e uma influência negativa no desenvolvimento pessoal da criança para que enseje a destituição do poder familiar, porém, não se pode olvidar que as peculiaridades que rodeiam o psicopata são elementos que impactam a criação de sua prole e podem ser fatores que estimulam a perda do poder familiar. Acerca do

exposto, destaca-se ementa e trechos da seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. INAPTIDÃO DOS GENITORES PARA O DESEMPENHO DA FUNÇÃO PARENTAL. SITUAÇÃO DE RISCO. NEGLIGÊNCIA. 1.

Se os genitores não possuem as mínimas condições pessoais para cuidar do filho, jamais tendo exercido de forma adequada a paternidade e a maternidade, mantendo o filho em constante situação de risco, o que motivou o abrigamento, torna-se imperiosa a destituição do poder familiar, a fim de que a criança que já se encontra inserida em família substituta, cujos guardiões são seus tios paternos, possa continuar a desfrutar de uma vida saudável. 2. Provada a completa negligência com que foi tratado o filho pelos genitores e o estado de abandono a que foi relegada, configurada está a situação grave de risco, constituindo conduta ilícita que é atingida na órbita civil pela sanção de destituição do poder familiar. Recurso desprovido.

[...]

Realizada audiência em 12/05/2011 (fl. 77), foi determinada pelo juiz a avaliação sócio-domiciliar do casal, bem como autorizadas as visitas para aproximação dos dois com o filho, uma vez que a instituição onde a criança estava abrigada não estava permitindo que os genitores mantivessem contato com o menino até determinação judicial (fls. 81-v e 83-v).

Sobreveio, então, laudo psiquiátrico realizado com os genitores, elaborado pela psiquiatra Dra. Alzi Lemos Coutinho (fls. 7/91 e 92/97):

[...]

“Devido a psicopatia apresentada, Lúcia possui significativa dificuldade de discernimento e dificuldade de agir adequadamente; esses fatos apontam para a sua incapacidade em assumir a

função materna de forma estável e responsável.

Deve ficar ressaltado que, mesmo medicada, a examinanda pode apresentar novas crises de sua doença psiquiátrica, fato que, possivelmente, colocaria sua prole em situação de risco. – Grifos apostos.

O parecer psicológico, por sua vez, constatou (fls. 98/99) que “O casal está inserido em meio a múltiplas carências, pessoais, sociais, laborais e de saúde. Também apresentam baixa crítica da situação vivenciada, necessitam de suporte social externo para manterem subsistência”. [...]. (grifos nossos) (TJRS, 2015)

Destarte, depreende-se do julgado que, para que se efetive a destituição do poder familiar, é crucial que se reúna provas robustas da incapacidade de seu titular de exercer sua autoridade e, caso se esteja diante de uma doença psiquiátrica que acomete um dos responsáveis, é basilar que se produza laudo médico, de forma a atestar a condição e apontar de que forma ela pode turbar o regular exercício do poder familiar por seus titulares.

Mais uma vez, ressalta-se a necessidade do estudo social e/ou perícia, para a verificação não só da capacidade civil dos pais, mas de sua capacidade parental, mais especializada para os casos em discussão.

O Direito não consegue, somente por meio das leis, aferir com precisão a realidade vivenciada dentro dos lares pelas crianças e adolescentes. O comportamento humano é demasiado amplo e complexo, podendo mudar com rapidez, e o Direito não consegue acompanhar todas as mudanças que ocorrem na sociedade. Por essa razão, é de extrema importância a intervenção de outras áreas do conhecimento, como a Psiquiatria, a Assistência Social e a Psicologia, que podem entender a situação individual vivida por cada criança e adolescente, no âmbito familiar, e projetar qual é a melhor solução para conjuntura posta.

Ainda que as hipóteses do art. 1.638 do Código Civil sejam taxativas, verifica-se possibilidade de interpretação e subsunção do comportamento antissocial à regra.

Ademais, o parágrafo único do supracitado artigo pauta sobre a possibilidade de destituição do poder familiar frente o cometimento de crimes como estupro, homicídio e lesão corporal de natureza grave ou seguido de morte, cometidos contra o outro titular do poder familiar ou seu filho. Nesse contexto, deve-se mencionar o apurado em pesquisas veiculadas pelo pesquisador Robert Hare (2013, p. 98), que arremataram que o indivíduo psicopata é responsável por cerca de 50% dos crimes graves cometidos, explicitando, novamente, que o contexto psicopático de um dos responsáveis deve ser considerado um alerta no que tange à análise das possibilidades de destituição do poder familiar.

Logo, é mister ponderar os casos concretos que envolvam responsáveis psicopatas, considerando as características que apresentam e observando que a simples existência do transtorno não pressupõe a incapacidade do responsável de exercer o poder familiar. Todavia, faz-se meritório avaliar o impacto que o indivíduo psicopata pode provocar em seus filhos e, também, as implicações que o seu afastamento de sua prole poderia provocar às crianças, a fim de se respeitar, assim, os princípios do próprio Direito de Família e da destituição do poder familiar, que configura medida drástica que não deve ser aplicada sem o embasamento adequado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi elucidado, verifica-se que as crianças e adolescentes são grupos frágeis dentro do sistema da família, que possuem diante deles os direitos basilares de proteção e cuidado, mediante o exercício do poder familiar pelos pais, que devem exercê-lo em consonância com os dispostos pelo Código Civil e ECA, zelando pelo melhor interesse de sua prole.

Nesse diapasão, observa-se que o seio familiar contribui de forma marcante para a construção da personalidade da criança e do adolescente e, conseqüentemente, para seu desenvolvimento enquanto adultos. Diante disso, surge a preocupação decorrente do convívio desse grupo vulnerável com pais que violam, veementemente, seus direitos básicos.

Dessa situação, surge a possibilidade de destituição do poder familiar, instituto gravoso previsto pelo Código Civil que terá sua ocorrência quando comportamentos graves praticados por ambos ou um dos pais impeçam o desenvolvimento saudável da criança ou do adolescente

Nesse contexto, surge a precaução diante da psicopatia de um, ou ambos, os pais. Tal cuidado advém das características inerentes ao transtorno de personalidade antissocial, em especial a sua dificuldade no controle de seu comportamento, pobreza emocional e as dificuldades que possui em socializar-se de forma autêntica, todos elementos que podem impactar negativamente no desenvolvimento de seus descendentes, ou ainda, agravarem a possibilidade de desrespeito aos deveres de cuidado e proteção às crianças e adolescentes sob seu domínio familiar.

Compreende-se que somente a existência da psicopatia em um dos titulares do poder familiar é causa precária para a destituição total de seu poder familiar. Para que isso ocorra, deve-se mensurar o impacto negativo que o convívio entre o psicopata e seus filhos provoca nas crianças, o cometimento de algum dos atos elencados pelo Código Civil, art. 1.638, e ato judicial determinando a suspensão ou destituição do poder familiar.

Para mais, frisa-se a importância de órgãos externos de proteção às crianças e adolescentes, como o Conselho Tutelar e o Ministério Público, este último possuindo, inclusive, legitimidade ativa para requerer a destituição ou suspensão do poder familiar. Determinados órgãos devem se atentar às situações em que se verifica um ambiente familiar danoso, com a possibilidade de psicopatia de um ou ambos os titulares do poder familiar, para assim tomar as medidas necessárias,

seja mediante suspensão desse poder ou, em caso mais extremo, a destituição do poder familiar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** ECA. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 14 jul. 2022.

CARVALHO, Tiago Santos; SUECKER, Betina Heike Krause. **A possível influência genética no perfil criminógeno de psicopatas.** Novo Hamburgo: Editora Feevale, 2011.

CASOY, Ilana. **Arquivos Serial Killers – Limited Edition.** Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2017.

CLECKLEY, H. M. **The mask of sanity:** an attempt to clarify some issues about the so-called psychopathic personality. 5th ed. C. V. Mosby, 1976. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat06909a&AN=sib.13888&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 6 maio. 2022.

COMO SUA FAMÍLIA TE INFLUENCIA?. **Minutos Psíquicos.** 2021. 1 vídeo 10:01min. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=y_r-S7KMq_8&ab_channel=MinutosPs%C3%ADquicos. Acesso em: 14 jul. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** vol. 6: direito de família. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

HARE, R. D. **Sem consciência. o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós.** [recurso eletrônico] Artmed, 2013. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&>

db=cat06909a&AN=sib.5007685&lang=pt-br&site=eds-live. Acesso em: 12 maio. 2022.

LEME, Fabrício Augusto Aguiar de Abreu; LEME, Michele Oliveira de Abreu. O Psicopata que o Direito Penal Desconhece. **Revista Científica Intraciência**, ano 3, p.73-85, dez 2011.

LIMA, Taisa Macena de; SÁ, Maria de Fátima de. **Ensaio sobre a infância e a adolescência**. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

MCDERMOTT, R., TINGLEY, D., COWDEN, J., FRAZZETTO, G., & JOHNSON, D. D. (2009). **Monoamine oxidase A gene (MAOA) predicts behavioral aggression following provocation**. Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America, 106(7), 2118–2123. Disponível em: <https://doi.org/10.1073/pnas.0808376106>. Acesso em: 18 de jun 2022.

MORANA, Hilda CP; STONE, Michael H.; ABDALLA-FILHO, Elias. Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers. **Brazilian Journal of Psychiatry**, v. 28, p. s74-s79, 2006.

NUNES, Laura M. Crime-psicopatia, sociopatia e personalidade anti-social. **Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais**. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa. 2009, p. 152-161.

OLIVEIRA, Ingrid. **Das 4.486 denúncias de violação infantil em 2022, 18,6% estão ligadas a abuso sexual**. CNN Brasil. São Paulo, 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2022-tem-4-486-denuncias-de-abuso-infantil-maioria-dos-casos-acontece-com-meninas/>. Acesso em: 14 jul. 2022.

PASCHOAL, Gisele Ribeiro; MARTA, Taís Nader. **O PAPEL DA FAMÍLIA NA FORMAÇÃO SOCIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES**. Confluências, Vol. 12, n. 1. Niterói: PPGSD-UFF, outubro de 2012, páginas 219 a 239.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. 1: introdução ao Direito Civil: teoria geral do Direito Civil. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Manuela Guimarães Matias; DE SOUZA, Marta Vanessa Oliveira. Estratégias Comportamentais e Cognitivas no Tratamento da Psicopatia: Uma Revisão. **Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics**, v. 9, n. 3, p. 245, 2020.

PERSONALIDADE DISSOCIAL. **CID 10 – F60.2**. Disponível em: https://www.medicinanet.com.br/cid10/5445/f602_personalidade_dissocial.htm. Acesso em: 08 de maio. 2022.

PRATTA, Elisângela Maria Machado; SANTOS, Manoel Antônio dos. **DOSSIÊ - Psicologia e Adolescência** - Família e adolescência: a influência do contexto familiar no desenvolvimento psicológico de seus membros. *Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 12, n. 2, p. 247-256, maio/ago. 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANCHES, Vanessa da Silva. **CRIMINOLOGIA: ESTUDO DOS ASSASSINOS EM SÉRIE. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA- ISSN 21-76-8498**, v. 14, n. 14, 2018.

SAVAZZONI, S. de A. **Psicopatas em conflito com a lei** – cumprimento diferenciado de pena. Curitiba: Juruá, 2019.

SCHECHTER, Harold. **Serial Killers: Anatomia do Mal**. Tradução: Lucas Magdiel. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2013.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: O psicopata mora ao lado**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2014.

SILVA, Flávia Gonçalves da. **Subjetividade, individualidade, personalidade e identidade**: concepções a partir da psicologia histórico-cultural. *Psicologia da educação*, n. 28, 2009.

SOUZA, Luciana; ARRUDA, Lorena Torres de. A Psicopatia e o Direito Penal brasileiro. **Novos Direitos** v.9, n.1, jan-jun, 2021, p.84-102. Disponível em: <<http://www.revistas.unifan.edu.br/index.php/RevistaICJ/article/view/763/510>>. Acesso em: 09/08/2021.

SOUZA, Natália Moreira Nunes de. A Destituição do Poder Familiar à Luz dos Princípios do Direito das Famílias. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 71, p. 197-222, jan./mar, 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 70064543382**. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em: 24-06-2015; Publicado em 26-06-2015. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 12 jul. 2022.

VASCONCELOS, Mônica. Pesquisador se descobre psicopata ao analisar o próprio cérebro, **BBC**, 2013. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/12/131223_psychopath_inside_mv. Acesso em: 19 de jun 2022.

WERNER JÚNIOR, Jairo; WENER, Maria Cristina Milanez; BINS, Helena Dias de Castro; WILHELMS, Fábio Montano. Perícias em Direito de Família. In: ADBALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TELLES, Lisieux E. de Borba. **Psiquiatria forense de Taborda**. 3. ed. Porto Alegre, Artmed, 2016.

O CONCEITO DE FORNECEDOR PARA CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO: O PROFISSIONALISMO COMO REQUISITO OBJETIVO

*Élio Vasconcellos Vieira
Luciana de Castro Bastos
Renata Lourenço Pereira Abrão*

O CONCEITO DE FORNECEDOR PARA CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO: O PROFISSIONALISMO COMO REQUISITO OBJETIVO

Élio Vasconcellos Vieira¹

Luciana de Castro Bastos²

Renata Lourenço Pereira Abrão³

RESUMO: O presente estudo trata acerca do novo conceito e requisitos objetivos atinentes ao sujeito como fornecedor, sendo sua característica basilar o exercício de atividades com profissionalismo. Considerados os elementos atuais previstos na legislação, e em virtude da articulação e complexidade das relações sociais, pode-se resultar na imputação equivocada de uma relação de consumo, sem que objetivamente exista ali um fornecedor. Para analisar tal fenômeno, utilizou-se como metodologia a análise da realidade fática e cotejo com o entendimento jurisprudencial adotado pelas Cortes Judiciárias brasileiras. Traçado este paralelo, restou sedimentado que o profissionalismo é essencial para definir o sujeito como fornecedor, pressuposto este o qual tem assumido, com o avanço jurisprudência, lugar primordial no tocante à aplicação da norma ao caso concreto.

Palavras-chave: Caracterização. Fornecedor. Profissionalismo. Relação de consumo.

1 Advogado. Professor. Palestrante. Pós-graduado em Direito Civil Aplicado IEC – PUC/MG. Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro do Grupo de Pesquisa Miguel Kfoury Neto em Direito da Saúde e Empresas Médicas. E-mail: elio.vasconcellos@hotmail.com

2 Professora universitária. Coordenadora dos Cursos de Especialização a Distância em Legal Tech: Direito, Inovação e Startups e em Direito Bancário e do Mercado Financeiro da PUC Minas Virtual; Palestrante; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Veiga de Almeida/RJ; Mestre em Direito Privado na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas com distinção *cum laude*. E-mail: luciana.castro@zipmail.com.br

3 Advogada. Professora universitária. Palestrante. Especialista em Direito Civil Aplicado pelo IEC - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais com bolsa capes e distinção *cum laude*. Membro da Comissão de Direito Civil da OAB/MG. E-mail: renata.lourenco05@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará sobre o conceito atual de fornecedor para caracterização da relação de consumo e também sobre o uso do profissionalismo como requisito objetivo para identificá-lo. O objetivo é analisar se, utilizando o requisito do profissionalismo, haverá auxílio no enquadramento do fornecedor, bem como na identificação da relação de consumo.

Outra finalidade é verificar quais são os elementos presentes na relação de consumo que o caracteriza como tal; ainda, outro escopo é identificar acerca do reconhecimento na jurisprudência do profissionalismo para determinar a figura do fornecedor.

Justifica-se a abordagem desse tema por existirem situações que, de forma aparente, podem ser tratadas como uma relação de consumo, mas que na prática não é. Corre-se o risco de o entendimento equivocado inaugurar situação de insegurança jurídica, porquanto, o Estado sempre deve evitar abordar um fato de modo incorreto.

Assim, buscar-se-á explicar que o uso do profissionalismo como mais um requisito para caracterizar o fornecedor pode ajudar os julgadores a compreender se determinado caso deve ser regulado pelo Direito do Consumidor ou por outra esfera jurídica.

Porquanto, a habitualidade do fornecedor é um dos requisitos muito aplicado, por normalmente haver uma reiteração negocial dessa figura na esfera consumerista, quando oferta serviços ou produtos na busca de auferir lucro com sua atividade.

Por fim, também será feita análise jurisprudencial, a fim de averiguar a aplicabilidade de tal requisito e de qual o entendimento doutrinário acerca do instituto.

Para o desenvolvimento deste foi aplicada fundamentação teórica metodológica que permitiu estabelecer um caminho adequado para atingir os objetivos aqui projetados. Destarte, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e exploratória, tendo como método de abordagem dedutiva e um método de procedimento estruturalista,

que permitiu buscar informações acerca da questão, obtendo-se as conclusões apropriadas aos dados coletados.

Logo, com o uso desses suportes metodológicos, foi possível alcançar melhor conhecimento da realidade, usando-se como fontes basilares: normatização, doutrina, jurisprudência e textos científicos publicados digitalmente para enriquecer os conhecimentos sobre a questão.

Após esse sucinto introito, o primeiro capítulo versará sobre a relação de consumo. Será necessário expor os elementos caracterizadores dessa espécie de relação jurídica e a atual definição de fornecedor.

Já o capítulo segundo abordará a questão do profissionalismo como requisito para caracterizar um fornecedor, bem como da responsabilização civil do fornecedor usando o profissionalismo como requisito. E fechando essa parte do trabalho, o reconhecimento na jurisprudência pátria do uso desse instituto para determinar a figura do fornecedor. Ao final, serão aludidas as ponderações derradeiras.

1 RELAÇÃO DE CONSUMO

Em meio às várias atividades que influenciam fortemente o cotidiano do ser humano, está o comércio, uma das práticas mais longínquas que se desenvolveu conforme as necessidades humanas até atingir o cenário vigente.

Dessas relações comerciais foram aparecendo inúmeras ramificações, sendo uma delas, as relações de consumo. No Brasil, estas são reguladas pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Embora esse diploma legal regule essas relações, o legislador pátrio em sua edição não definiu o que é relação de consumo, ficando essa atribuição a doutrina e a jurisprudência.

1.1 ELEMENTOS CARACTERIZADORES

No decorrer das últimas décadas as relações comerciais foram se ampliando e as relações jurídicas precisaram se aperfeiçoar para se adequar à atual realidade. Destarte, em razão do aumento de negócios feitos, surgiu a imperiosidade de regular e controlar essa atividade.

Dessa maneira, além dessas relações serem regradas pelo Código Civil e pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também passou a ser pela Lei nº 8.078/1990, com o objetivo de regular e garantir os interesses coletivos da relação de consumo.

Como dito anteriormente, o legislativo não conceituou ou não caracterizou a relação de consumo, pelos menos não de maneira expressa. Entretanto, existem quatro elementos claros: a) consumidor; b) fornecedor; c) produto; d) e serviço.

Assim, é interessante compreender o que se trata a relação de consumo.

Para Rizzatto Nunes (2015) existirá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar em um dos polos da relação o consumidor e no outro o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços.

Trata-se de atividade econômica que deve ser desenvolvida com profissionalismo, regularidade, finalidade de satisfação de necessidade alheia, e intenção de auferir ganho (PUSCHEL, 2006).

Essa regularidade está pautada no exercício constante e estável da atividade, de modo que não são considerados profissionais aqueles que exercem atividade econômica de forma acidental e cuja organização esgota sua função no cumprimento do próprio ato para o qual foi criada (PUSCHEL, 2006).

Todavia, é importante frisar que não se exige a habitualidade da atividade para ficar configurada uma relação de consumo. Contudo, a atividade comercial sazonal ou eventual também não impede a incidência das regras do CDC (PUSCHEL, 2006).

Para Nunes (2015), a atividade exercida com determinada regularidade, mesmo que não seja feita de maneira contínua, com

o escopo de obter lucros, é suficiente para que fique caracterizada a relação de consumo.

De acordo com Luiz Amaral (2010), relação jurídica de consumo é uma relação social que foi judicializada, havendo sujeitos individuais ou coletivos, pessoas naturais ou jurídicas, de direito privado ou público, nacional ou estrangeira, em cada polo, denominados como consumidor e fornecedor e que se relacionam com um propósito, representado pelos bens ou serviços alvos do interesse, do ato de consumo (ato/negócio jurídico de consumo).

Nessa relação jurídica de consumo surgem como sujeitos (agentes potenciais, hipóteses subjetivas) o consumidor (vulnerável sempre, hipossuficiente nem sempre) e fornecedor (hipersuficiente), ambos em amplo espectro/possibilidade de subjetividade (AMARAL, 2010).

Além disso, a pessoa física/natural, a pessoa jurídica (empresa ou não), inclusive o Estado, podem ocupar uma ou outra subjetividade (consumidor ou fornecedor). Este (o poder público em geral) pode parecer em três situações na esfera do direito do consumidor: a) como Estado-regulador e encarregado de tutelar o mercado e o consumidor; b) como fornecedor/prestador de serviço público; c) e como consumidor, diretamente, de bens e serviços. (AMARAL, 2010).

Todavia, Paulo Khouri (2013) pondera que, ainda que se tenha adquirido o bem ou serviço como consumidor, isto é, para uso não profissional, pode inexistir nessa relação uma relação jurídica de consumo. É que, se quem forneceu não se encaixa no conceito de fornecedor, não existirá relação de consumo e, conseqüentemente, não poderá acionar o Código consumerista.

Desse modo, a relação de consumo é bilateral, representado na existência de um liame entre duas ou mais pessoas, sendo necessário a presença de dois pressupostos essenciais para existir: a) uma das partes se harmonizar ao conceito de consumidor (pretende adquirir um produto ou prestação de serviço); b) e a outra se enquadrar ao de fornecedor (possui o produto ou serviço) (KHOURI, 2013).

Ainda, nota-se que o próprio CDC conceitua juridicamente a figura do consumidor em seu artigo 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. (BRASIL, 1990)

Após a leitura da definição legal, é possível aduzir que o consumidor é qualquer pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, adquirindo-o ou usando-o para si mesmo ou sua família.

Antônio Benjamin, Claudia Marques e Leonardo Bessa explanam sobre a proteção existente no Código de Defesa do Consumidor em relação aos consumidores que são vítimas de atos ilícitos:

O consumidor é uma definição também ampla em seu alcance material. No CDC, o consumidor não é uma definição meramente contratual (o adquirente), mas visa também proteger vítimas dos atos ilícitos pré contratuais, como a publicidade enganosa, e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatárias finais. (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013)

O conceito estende-se ainda àqueles que, embora não sejam os consumidores diretos, equiparam-se a estes em razão de terem sido vítimas de determinado evento.

Tal previsão se encontra contida no artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor o que permite às vítimas de fato danoso que tenham sofrido qualquer espécie de lesão, que se fundamentem na

responsabilidade objetiva do fornecedor para fins de reparação civil (BRASIL, 1990).

Outra equiparação existente no Código consumerista está presente no artigo 29, que determina que “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas” (BRASIL, 1990).

Assim, as vítimas podem ser todas as pessoas expostas à oferta, à publicidade, às práticas comerciais abusivas e ainda que foram vitimadas por acidentes de consumo.

Já em relação ao produto, seu conceito legal está disposto no § 1º, do artigo 3º, do CDC, da seguinte maneira: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” (BRASIL, 1990).

De acordo com Nunes (2017), essa definição de produto é universal nos dias vigentes e está estreitamente vinculado à ideia do bem, que é o resultado da produção no mercado de consumo das sociedades capitalistas contemporâneas.

Serviço, por sua vez, é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, conforme prevê o §2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor:

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. (BRASIL, 1990).

Noutras palavras, pode-se afirmar que se trata do próprio trabalho/atividade a ser executada ou que se executou, deliberando a obra, o exercício do ofício, o expediente, o mister, a tarefa, a ocupação, ou a função. Serviço é, dessa maneira, a ação/atividade de servir (AMARAL, 2010).

Como é possível perceber da leitura do dispositivo, a legislação consumerista buscou conceituar serviço de forma ampla, incluindo serviços financeiros, bancários, de crédito e securitários.

Feitas considerações acerca dos conceitos de relação de consumo, de consumidor, de produto e serviço, passa-se à análise do Fornecedor, conforme a seguir.

2.2 O ATUAL CONCEITO DE FORNECEDOR

Conforme exposto alhures, a relação de consumo compreende não apenas o consumidor como sujeito de direito, mas também, o fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor identifica este elemento da relação consumerista em seu artigo 3º, da seguinte maneira:

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 (BRASIL, 1990).

O rol de fornecedores apresentados acima, sobretudo em relação aos serviços, deve ser combinado com o artigo 12, do CDC, que inclui não apenas o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro e o importador, como ainda os que projetam, formulam, manipulam, apresentam ou acondicionam o produto (NUNES, 2017).

Além disso, quanto aos serviços de caráter público, tornam-se fornecedores sob a tutela da lei, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, os partidos políticos, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, etc. Desse modo, fornecedores são

representadas por pessoas físicas ou jurídicas, desde que capazes e igualmente os entes desprovidos de personalidade (NUNES, 2017).

Kelly Carvalho e Renata Castro também asseveram nesse sentido:

O termo fornecedor apresenta-se de forma genérica e tem como espécies o fabricante, o produtor, o construtor, o importador e o comerciante que podem ser pessoas físicas, jurídicas ou entes despersonalizados. Todos eles têm como característica em comum, o fato de ofertarem seus produtos ou serviços no mercado de consumo com o objetivo de atender às necessidades dos consumidores (CARVALHO; CASTRO, 2017).

Para Amaral (2010), fornecedor é gênero jurídico ao qual cabem tipos. Sendo este sujeito de direito, podendo-se aduzir que fornecedor é toda pessoa, natural ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira. E este ainda pode ser até os entes despersonalizados, único fornecedor não-pessoa.

Ou seja, é toda pessoa física, isto é, qualquer um que, a título singular, por meio de desempenho de atividade mercantil ou civil e de modo habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços; e jurídica, da mesma maneira, mas em associação mercantil ou civil e com habitualidade (GUIMARÃES, 2004).

Vale lembrar que o Código de Defesa do Consumidor não exige o desempenho no mercado com finalidade de obtenção de lucro para que se caracterize o fornecedor, bastando que a atividade seja remunerada, não importando o destino dessa remuneração, ápice em que será demonstrado a necessidade do requisito profissionalismo.

Depois de dirimir sobre a relação de consumo, o capítulo a seguir versará sobre o uso do requisito do profissionalismo para caracterizar o fornecedor.

3 O PROFISSIONALISMO COMO REQUISITO PARA CARACTERIZAR UM FORNECEDOR

Após identificar os elementos existentes em uma relação de consumo e descrever as características de cada um, pretende-se analisar o profissionalismo para a caracterização da figura do fornecedor.

Pela leitura do CDC, percebe-se que o legislador apresentou um conceito abrangente ao elencar um rol exemplificativo de condutas que podem ser usadas para identificar se a pessoa é fornecedora em uma relação jurídica de consumo. Todavia, a simples venda de ativos sem natureza de atividade regular não transforma a relação jurídica em relação de consumo, porque também é exigida a habitualidade e profissionalismo para tanto (NUNES, 2015).

A atual legislação, todavia, não se manifesta acerca da possibilidade de o fornecedor ser um profissional. Assim, não se trata de elemento considerado como sucedâneo para caracterizá-lo (MIRAGEM, 2016).

Destarte, o desenvolvimento de uma atividade é verificada quando o fornecedor alcança lucros, sejam diretos ou indiretos, com a sua execução, fazendo surgir a ideia de profissionalismo, sendo imperioso, ainda, que haja a continuidade e duração da execução da atividade, caracterizando a habitualidade imprescindível para que se verifique o profissionalismo exigido para que a pessoa possa ser vista como fornecedora (MIRAGEM, 2016).

Veja-se:

[...] a Lei de Proteção do Consumidor da Bélgica, que ao definir fornecedor, com vista à delimitação do âmbito de aplicação de suas regras, refere como tal, (SIC) toda a pessoa física ou jurídica que vende produtos ou serviços em uma atividade profissional ou em vista da realização de um objetivo estatutário, os órgãos públicos ou pessoas jurídicas em que o

Poder Público possui interesses preponderantes, que exercem uma atividade comercial, financeira ou industrial, e que ofereçam ou vendam produtos ou serviços. (MIRAGEM, 2016, P. 177)

Tem-se, de igual forma, que, apesar de atrelar a necessidade de habitualidade para definir um fornecedor, pela realidade prática, apresenta-se, por conseguinte, a necessidade do requisito do profissionalismo/profissionalidade.

Ainda, vale ressaltar o que vem a ser o profissional, para que então fique cristalina a sua necessidade de ser incluída como requisito para caracterização de um fornecedor.

A noção de profissionalismo liga-se diretamente à preponderância de conhecimento técnico, a um conhecimento especial e presumidamente direcionando à atividade que é exercida, utilizando-se dessa especialidade, deste conhecimento como meio de vida (MIRAGEM, 2016).

Assim, constata-se que o profissional tem, em relação ao não profissional (ainda que habitual), a superioridade em termos de conhecimento e técnica em relação aos produtos que vende ou aos serviços que são prestados não bastando assim, que somente a frequência e a periodicidade de determinada conduta ou prática diária leve ao reconhecimento do sujeito como fornecedor, não estando assim, diante de uma relação de consumo (MIRAGEM, 2016).

Caso fosse considerar única e exclusivamente a habitualidade, ignorando-se o requisito do profissionalismo, estar-se-ia aquele falso fornecedor em pé de igualdade com o consumidor, pois também teria a mesma vulnerabilidade, fragilizando, então, a caracterização da relação de consumo.

Para melhor ilustrar a indispensabilidade do requisito profissionalismo, numa situação hipotética de um colega de classe que oferte em transportar outros colegas para suas casas por morarem próximos à residência dele, recebendo o respectivo valor das passagens de ônibus em contrapartida do dito auxílio.

De maneira espontânea aqueles que serão transportados decidem pagar pelo favor, sobretudo para que este não suporte gastos com combustível, desgastes dos pneus ou eventual problema mecânico. Essa conduta leva alguns anos, o que em tese, caracteriza habitualidade. Certa data, no transcurso do transporte para seus domicílios, ocorre um acidente.

Nota-se, que para este caso, e diversos outros similares, há a habitualidade/regularidade, existe alguma espécie de lucro, estão presentes potenciais “consumidores” desse transporte, e em tese, haveria caracterização do fornecedor, se considerar a atual legislação.

Entretanto, revela-se desarrazoada a referida ponderação, pois falta aqui o requisito do profissionalismo, da necessidade daquele que realizava o transporte utilizar este meio como especialidade na prestação de serviços, como meio de sobrevivência, de igual forma, como já explorado, ter-se-ia o mesmo grau de vulnerabilidade, faltando a superioridade técnica, informacional, jurídica, dentre as demais. Sem o requisito do profissionalismo, o caso pode vir a ser tratado como uma relação de consumo pelo Poder Judiciário e o colega-motorista ser enquadrado como fornecedor.

Tem-se, então, que é o profissionalismo, ainda que atrelado à habitualidade, que se ativa como divisor de águas para caracterizar a existência de um fornecedor para que, só então, possa ser verificado se está diante ou não de uma relação de consumo.

Ainda, impende salientar que o profissionalismo atrai por si só a natureza econômica da atividade, e é essa natureza econômica que atrai a imposição de deveres ao fornecedor que auferir lucros.

Aduz Bruno Miragem que:

(...) a natureza econômica desta atividade é que fundamenta a imposição dos deveres jurídicos ao fornecedor, que a princípio é quem usufrui das vantagens econômicas decorrentes da relação jurídica com o fornecedor, ao mesmo tempo em que dispõe do controle dos meios e instrumentos necessários à

efetivação de uma relação de consumo. Isto termina por determinar a relação de subordinação fática do consumidor em relação ao fornecedor. (MIRAGEM, 2016)

Desse modo, tem-se que o profissionalismo, enquanto requisito objetivo, deve ser observado pela jurisprudência com maior afincamento, amparando-se em construções doutrinárias neste sentido.

Adentrando mais ao mérito, Claudia Marques, Antônio Benjamin e Bruno Miragem fazem distinção entre o fornecedor de produtos e o fornecedor de serviços. Para eles, o fornecedor de produtos desenvolve atividades caracteristicamente profissionais, como é o caso da comercialização, produção e importação, devendo existir ainda no exercício de tais atividades habitualidade. Já o fornecedor de serviços exerce a atividade somente de maneira habitual ou reiterada (MIRAGEM, 2016).

Já Fabrício Bolzan (2014) entende que o artigo 3º, do CDC, ao conceituar o fornecedor não fez qualquer exigência da presença do requisito do profissionalismo. Contudo, quanto à habitualidade, afirma que este requisito é intrínseco à conceituação de fornecedor pessoa física ou jurídica, sobretudo esta última, quando exerce a atividade-fim.

Dessa maneira, o requisito do profissionalismo seria um *plus* com referência à habitualidade e que esta seria suficiente para identificar o fornecedor como sujeito da relação jurídica de consumo. Se esse requisito fosse visto como essencial ao conceito de fornecedor, automaticamente estariam excluindo as pessoas físicas desta definição. (BOLZAN, 2014).

Porém, embora haja dissensão de pensamentos, acredita-se que o requisito do profissionalismo necessariamente deve estar presente na definição de fornecedor em qualquer de suas ramificações, pois esta pode ser uma das maneiras para se identificar um fornecedor tipificado no CDC de um outro que atua de maneira esporádica e sem profissionalismo.

Logo, não restam dúvidas de que o requisito do profissionalismo é essencial a todas as categorias de fornecedores presentes no Código Consumerista.

Deve-se, porém, observar que, na esfera do profissionalismo, pode estar presente a habitualidade, mas o contrário pode não acontecer, ou seja, nem sempre na esfera da habitualidade se encontra o profissionalismo, o que para todos efeitos práticos, distancia, derroga uma relação de consumo e as conseqüentes repercussões na responsabilidade civil, nos termos dos artigos 186, 187 e 927, todos do Código Civil.

3.1 A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO FORNECEDOR CONSIDERANDO O PROFISSIONALISMO COMO REQUISITO

Havendo alguma falha na relação de consumo provocada pelo fornecedor, nasce a possibilidade de o consumidor prejudicado ser ressarcido dos prejuízos que suportou. Isso está disposto no artigo 12, do CDC, que, com base na vulnerabilidade do consumidor, ressaltou que o fornecedor pode responder, independente de culpa, pelos produtos e serviços inseridos no mercado de consumo.

Destaca-se o teor do parágrafo único, do artigo 7º, do CDC, que aduz: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. (BRASIL, 1990)

Como é possível observar pela leitura dos dois dispositivos, o legislador implementou a responsabilidade objetiva e solidária pelas lesões provocadas pelos fornecedores.

O fornecedor imediato, denominado pelo CDC como “comerciante”, de acordo com Cláudia Marques (2014), tem uma definição muito ampla, pois mesmo não exercendo atos tipicamente de comércio poderá ser caracterizado como tal.

Entretanto, sua responsabilidade é subsidiária conforme a determinação do artigo 13, da Lei nº 8.078/1990:

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis. (BRASIL, 1990)

Sobre esse dispositivo, a responsabilidade pelos danos ocasionados pelos acidentes de consumo apenas recaíra sobre o comerciante quando não for identificado o fornecedor mediato (fabricante, construtor, produtor ou importador) ou quando ele não conservar de modo adequado os produtos perecíveis (MARQUES, 2014).

Nota-se que a esfera da responsabilidade do comerciante é reduzida, ocorrendo em situações especiais pré-determinadas, sendo considerado responsável subsidiário pelo estado de fato do produto. Isso porque, geralmente, a conduta deste não é a principal causa do evento danoso, pois, sem participar da efetiva produção, construção ou fabricação, somente repassa o produto ao consumidor, sendo, deste modo, o fornecedor final.

Assim, em relação aos danos suportados pelos consumidores, de acordo com Orlando Silva Neto (2013), o Estado deve regular as relações de consumo com a finalidade de evitar o prejuízo do consumidor.

Além disso, é preciso que se busque a igualdade de condutas, de maneira que o mercado se torne eficiente e seguro para os consumidores.

Silva Neto considera que o CDC:

Estabelece normas de proteção e defesa do consumidor”, e não regras de regulamentação de contratos específicos de consumo. Isso é importante porque se percebe, desde o início, que a intenção do legislador foi proteger e defender o consumidor [...]. O

legislador visa, portanto, mais do que apenas regular as relações de consumo, regulá-las protegendo o consumidor. Essa a função do Código de Defesa do Consumidor e, assim sendo, é nesse contexto que deve ser interpretado. (SILVA NETO, 2013)

Embora a responsabilização civil do fornecedor pelo fato do produto e do serviço seja objetiva, conforme determina o CDC, este também trouxe causas excludentes da responsabilidade. Dessa maneira, o fornecedor pode se exonerar dessa obrigação provando a incidência de uma das causas ali estabelecidas.

Sérgio Cavalieri Filho trata dessa temática:

Mesmo na responsabilidade objetiva é indispensável o nexu causal. Esta é a regra universal, quase absoluta, só excepcionada nos raríssimos casos em que a responsabilidade é fundada no risco integral, o que não ocorre no código do consumidor. Inexistindo relação de causa e efeito, ocorre a exoneração da responsabilidade, conforme enfatizado em várias oportunidades. Essa é a razão das regras dos arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, do Código do consumidor, porquanto, em todas as hipóteses de exclusão de responsabilidade ali mencionadas, o fundamento é a inexistência do nexu causal (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 328)

Uma questão que gera polêmica entre os doutrinadores é o caso fortuito e a força maior. Ressalta-se que estes institutos não estão expressos entre as excludentes de responsabilidade civil dos fornecedores. Assim, alguns autores defendem que nesses casos o fornecedor não deverá ser responsabilizado.

Outros entendem que por não estarem expressos no CDC o fornecedor deverá ser responsabilizado (CAVALIERI FILHO, 2008). Entretanto, por não ser o cerne deste trabalho, esta divergência não será aprofundada.

Ressalta-se que se o profissionalismo fosse um dos requisitos para a caracterização do fornecedor, grande parcela dessas relações jurídicas não seriam consideradas de consumo, pois tornaria inexistente a presença do fornecedor em um dos lados da lide.

Com esta ausência, essas relações seriam julgadas com base no Código Civil, sobretudo com base em seus artigos 186, 187 e 927, afastando a incidência do direito consumerista e de seus institutos jurídicos protetivos como a repetição de indébito, a inversão do ônus de prova, a vulnerabilidade de uma das partes, entre outros. Eis a redação legal dos dois primeiros:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002)

Segundo Flávio Tartuce (2017), em relação ao artigo 186 do CC/2002, o ato ilícito é o ato cometido em desarmonia com a ordem jurídica, infringindo direitos e ocasionando prejuízos a outrem.

Diante da sua ocorrência, a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional. O ato ilícito é tido como fato jurídico em sentido amplo, uma vez que produz efeitos jurídicos que não são almejados pelo agente, mas apenas aqueles impostos pela lei.

Tradicionalmente, a doutrina continua considerando a culpa genérica ou *lato sensu* como pressuposto do dever de indenizar, em regra. Dessa maneira, pode ser apontada a existência de quatro pressupostos do dever de indenizar, reunindo os doutrinadores aqui destacados: a) conduta humana; b) culpa genérica ou *lato sensu*; c) nexo de causalidade; d) e dano ou prejuízo (TARTUCE, 2017).

Entretanto, existem doutrinadores que defendem ser a culpa genérica um elemento accidental da responsabilidade civil, como é o caso de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011), que apresentam somente três elementos para o dever de indenizar: a) conduta humana (positiva ou negativa), b) dano ou prejuízo e c) nexo de causalidade.

Assim, a responsabilidade subjetiva constitui regra geral no ordenamento jurídico pátrio, baseada na *teoria da culpa*. Desse modo, para que o agente indenize, isto é, para que responda civilmente, é preciso comprovar a sua culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia) (TARTUCE, 2017).

Já o artigo 187, do CC/2002, trouxe uma nova dimensão de ilícito, consagrando a teoria do abuso de direito como ato ilícito, também denominada como teoria dos atos emulativos. Tal dispositivo revolucionou a visualização da responsabilidade civil, trazendo nova espécie de ilícito, precursora do dever de indenizar.

Pela sua análise, conclui-se que a definição de abuso de direito está fundamentada em quatro conceitos legais indeterminados, cláusulas gerais que devem ser preenchidas pelo juiz caso a caso: a) fim social; b) fim econômico; c) boa-fé; d) e bons costumes. (TARTUCE, 2017).

Além disso, o Código Civil também traz a responsabilidade objetiva no artigo 927, do CC/2002:

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. [...] Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Destaca-se que essa disposição também permite a reparação do dano moral puro, que é aquele que acontece sem repercussão patrimonial (dano exclusivamente moral). Ressalta-se que essa previsão não possui grande relevância prática como inovação, porque tal reparação já era admitida pela Lei Maior de 1988, nos incisos V e X, do artigo 5º.

Nesta, a consequência do ato ilícito é a obrigação de indenizar, de reparar o dano. Na prática, o agente que precisa provar que não agiu com culpa ou dolo na lesão provocada.

Em relação ao Brasil, a responsabilidade objetiva independe de culpa e é fundada na teoria do risco, sendo as suas principais modalidades:

- Teoria do risco administrativo: adotada nos casos de responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º, da CF/1988).

- Teoria do risco criado: está presente nos casos em que o agente cria o risco, decorrente de outra pessoa ou de uma coisa. Cite-se a previsão do art. 938 do CC, que trata da responsabilidade do ocupante do prédio pelas coisas que dele caírem ou forem lançadas (defenestramento).

- Teoria do risco da atividade (ou risco profissional): quando a atividade desempenhada cria riscos a terceiros, o que pode se enquadrar na segunda parte do art. 927, parágrafo único, do CC/2002.

- Teoria do risco-proveito: é adotada nas situações em que o risco decorre de uma atividade lucrativa, ou seja, o agente retira um proveito do risco criado, como nos casos envolvendo os riscos de um produto, relacionados com a responsabilidade objetiva decorrente do Código de Defesa do Consumidor.

Dentro da ideia de risco-proveito estão os riscos de desenvolvimento, nos termos do Enunciado n. 43 do CJF/STJ. Exemplificando, deve uma empresa farmacêutica responder por um novo produto que coloca no mercado e que ainda está em fase de testes.

- Teoria do risco integral: nessa hipótese não há excludente de nexo de causalidade ou de responsabilidade civil a ser alegada, como

nos casos de danos ambientais, segundo os autores ambientalistas (art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981).

Anote-se que o entendimento pelo risco integral para os danos ambientais é chancelado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.114.398/PR, 2.ª Seção, Rei. Min. Sidnei Beneti, j. 08.02.2012, DJe 16.02.2012. Publicado no Informativo n. 490 do STJ).

Com base no entendimento expressado anteriormente, o profissionalismo deve necessariamente fazer parte do rol dos requisitos para identificar o fornecedor, além de exercer a atividade de forma habitual. Se isso fosse aplicado, o julgador teria melhor convicção acerca de qual direito deve aplicar ao caso concreto, se o do âmbito do direito consumerista ou cível.

Sob este enfoque, como já exposto alhures tanto Püschel (2006), quanto Nunes (2017), colocam a regularidade/habitualidade de lado para enfatizar que basta a pessoa agir dentro dos requisitos definidores de fornecedor para ser visto como tal, trazendo consigo uma relação de consumo, desde que busque lucro.

Em relação à obtenção de ganho, existe controvérsia doutrinária, eis que para alguns, como Giuseppe Ferri e Tullio Ascarelli (*apud* PUSCHEL, 2006), deverá existir objetivo de aferição de lucro, de incremento no patrimônio, de forma que as entidades que desenvolvam atividades sem fins lucrativos não seriam consideradas fornecedoras.

Entretanto, o entendimento que prevalece é que basta existir o fito de procurar o reembolso dos fatores de produção empregados ou evitar perdas e gastos, sem buscar o incremento patrimonial propriamente dito. Pois, compreender de maneira diversa poderia fomentar a concorrência desleal entre entidades sem fins lucrativos, sujeitas, à princípio, à responsabilidade subjetiva, e ressalvada a aplicação do parágrafo único, do artigo 927 e do artigo 931, ambos do Código Civil, com aquelas que possuem finalidade lucrativa, que, incluem no custo de sua operação o ônus de responder objetivamente aos danos que der causa, certamente não conseguiriam competir com os preços da primeira (PUSCHEL, 2006).

Ainda, a finalidade de ganho deve referir-se à atividade em si, e não aos atos singulares, isto é, inexistente necessidade de que cada ato singular seja cometido com o fito de auferir ganho. O fornecedor é responsável, por exemplo, por produtos distribuídos de modo gratuito como amostra, porquanto, apesar de haver remuneração por tais amostras, tal distribuição gratuita faz parte do exercício da atividade econômica profissional do fornecedor (PUSCHEL, 2006).

Igualmente, é imprescindível que o desenvolvimento da atividade econômica seja voltado para a satisfação de necessidade alheia, independente se para poucos ou muitos, não sendo possível a configuração de profissionalismo na pessoa que produz apenas para a satisfação de necessidade pessoal.

Desse modo, levando em consideração que o fornecedor oferece produtos ou serviços no mercado consumerista com a finalidade de satisfazer as necessidades dos consumidores nasce um questionamento: o fornecedor fundamentalmente deve exercer tal atividade com profissionalismo para se enquadrar no conceito legal ou é preciso somente o exercício destas atividades com habitualidade? Sobre isso a doutrina não é unânime.

3.2 O RECONHECIMENTO NA JURISPRUDÊNCIA DO PROFISSIONALISMO PARA DETERMINAR O FORNECEDOR

Após intentando acerca dos entendimentos jurisprudenciais, foi possível notar que o Poder Judiciário ainda é extremamente tímido quando o tema versa sobre o uso do profissionalismo como requisito caracterizador do fornecedor.

Não foi encontrado jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que trate expressamente acerca desse requisito. Sendo muito utilizado o termo “habitualidade”, não trazendo de forma específica e delimitada sobre a necessidade do profissionalismo como requisito.

Esclarecimento feito, destaca-se que o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR, 2015) faz observação se o caso apresentado na esfera consumerista possui o requisito do profissionalismo para identificar o fornecedor.

O julgado a seguir tratou sobre locação de imóvel:

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CONSTRUTORA. INCOMPETÊNCIA DOS JUÍZADOS ESPECIAIS NÃO VERIFICADA. VALOR DA CAUSA QUE DEVE SE ATER À PRETENSÃO ECONÔMICA DO OBJETO. COMISSÃO DE CORRETAGEM. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS PELOS AUTORES. RESTITUIÇÃO EM DOBRO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. AUSÊNCIA DE PEDIDO. RESTITUIÇÃO NA FORMA SIMPLES. PRAZO PRESCRICIONAL DECENAL. ARTIGO 205 DO CÓDIGO CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. VALIDADE DA CLÁUSULA QUE PREVÊ A PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE ENTREGA EM 120 DIAS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. Apesar da recorrente alegar que não se aplicam as regras consumeristas, sob o argumento de que os recorridos adquiriram o imóvel no intuito de locá-lo posteriormente, constata-se que não está presente um requisito essencial para descaracterizar a relação de consumo, qual seja, habitualidade ou profissionalismo destes no ramo de locação de imóveis. Vale dizer, ainda que o imóvel tenha sido adquirido para posterior locação, aplicam-se os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, pois os promitentes compradores amoldam-se à figura de consumidores, na medida em que, conforme dito acima, não se vislumbra habitualidade ou profissionalismo no ramo de locação de imóveis,

capazes de caracterizá-los como fornecedores. (TJPR, 2015)

No caso acima, o TJPR foi claro ao aduzir que não cabe no ramo de locação de imóveis a habitualidade ou profissionalismo para a caracterização de fornecedores, embora no caso concreto tenha sido visto como uma relação de consumo.

Já o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não considera o requisito do profissionalismo como caracterizador do fornecedor no momento da responsabilização.

No julgado a seguir, a corretora de imóveis deixou de prestar as informações necessárias sobre o imóvel, objeto da negociação:

Ementa: todas as informações necessárias à conclusão do negócio. Insere-se nesses deveres a obrigação de prestar informações relevantes acerca do objeto do contrato, a fim de proporcionar a formação da vontade consciente dos riscos que envolvem o negócio. Uma vez descumprida essa obrigação básica, o corretor poderá ser responsabilizado pelos prejuízos causados, a teor do disposto no art. 723 do CC/02. Incidência do art. 6º, III, e do art. 31 do CDC. 6. Corretora que deixou de prestar informações relevantes ao Autor, que teve ciência das obras irregulares do imóvel e do processo administrativo municipal em que foram apuradas as ilegalidades. Inequívocos prejuízos assumidos pelos adquirentes, que não foram informados da situação do imóvel. Falha do serviço, nos termos do art. 14 do CDC. 7. Danos materiais comprovados que devem ser ressarcidos. Danos morais *in re ipsa*, que extrapolam o simples inadimplemento contratual. A legítima expectativa criada no consumidor quando busca os serviços de empresa especializada no ramo de compra e venda de imóveis faz surgir plena confiança na higidez da negociação, que, uma vez frustrada, causa proporcional angústia. Iniludível que faltou profissionalismo ao Demandado, vez que, seja por

negligência, seja por despreparo - frise-se, ambas irrelevantes para a responsabilização do fornecedor, haja vista a natureza objetiva da responsabilidade - omitiu informações relevantes sobre o imóvel e que, talvez, pudessem em última análise resultar no cancelamento do contrato. Faltou na conclusão do negócio a boa-fé objetiva. Quebra do dever de lealdade que norteia o relacionamento das partes na celebração de contratos. 8. Danos morais que devem ser fixados em R\$8.000,00, valor este que cumpre sua função punitivo-pedagógica, sem que traduza enriquecimento sem causa da vítima. 9. Recurso a que se dá parcial provimento. (TJRJ, 2016)

Como já aludido, o Tribunal fluminense considera o profissionalismo irrelevante para a responsabilização do fornecedor, em razão da natureza objetiva da responsabilidade.

O Tribunal de Justiça de São Paulo também observa a questão do profissionalismo quando ocorre reparação indenizatória em âmbito consumerista. No fato ocorrido, o consumidor por erro da parte ré acabou pagando o valor do veículo para um terceiro:

Apelação - Ação indenizatória de danos morais e materiais - Bem móvel - Denúnciação da lide - Impossibilidade - Relação de consumo - Concessionária que informa ao consumidor o pagamento, por terceiro, de valor atinente ao preço do veículo, induzindo o consumidor a transferir quantia para esse terceiro, cuja quitação estava condicionada ao pagamento do veículo - Pagamento posteriormente não confirmado, com a perda do valor que o consumidor havia repassado ao terceiro, apurando-se tratar de fraude por este praticada - Dever de informação do fornecedor, que assume os riscos da sua atividade - Concessionária que não tomou as cautelas mínimas para constatar o efetivo pagamento. Em regra, nas demandas propostas pelo consumidor,

é vedada a denúncia da lide, nos termos do que preceitua a norma disposta no artigo 88 do Código de Defesa do Consumidor, devendo o fornecedor exercer seu eventual direito de regresso por meio de ação própria. A informação sobre o efetivo pagamento do veículo estava sob o domínio da ré, inacessível ao autor senão por meio de algum preposto da demandada. Diversamente do que sustenta a ré, os danos só se consumaram porque o seu preposto deu ao autor informações sobre o pagamento que não correspondiam à realidade, não podendo eximir-se ao pretexto de que também foi vítima. É direito básico do consumidor receber “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço” (CDC, art. 6º, III). A tese da demandada não pode ser acolhida, uma vez que é pessoa jurídica que atua, com profissionalismo, no segmento econômico em que empreende, tendo, por isso, o dever de adotar todas as medidas possíveis a evitar ou mitigar os riscos inerente à atividade, e há de ser reduzida para nove mil reais, valor que está em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e atende aos objetivos repressivo e reparatório da indenização. Apelação provida em parte (TJSP, 2017).

Como pode ser observado, a questão do profissionalismo no Poder Judiciário brasileiro ainda não foi enfrentada da maneira como deveria, pois, como asseverado, a habitualidade do fornecedor é muito destacada e tem se sobreposto àquele.

Ao revés disso, dever-se-ia inserir o profissionalismo como requisito objetivo, imprescindível para estar-se diante de uma relação de consumo, porquanto diversas situações que nitidamente não representam uma relação de consumo pode ser tratada assim, podendo prejudicando pessoas que não atuam como fornecedor.

É possível notar, apesar de existir no campo doutrinário singela distinção sobre o requisito do profissionalismo e habitualidade, os entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais pátrios ainda não trazem em vias práticas a necessidade de distinção entre os requisitos objetivos aqui ditados, o que em tese, demanda necessidade de maior crescimento e corrente análise do referido pressuposto - profissionalismo - como essencial para caracterização da relação de consumo.

CONCLUSÃO

Portanto, conclui-se que, os negócios jurídicos evoluíram muito nos últimos anos, fazendo com que o legislador criasse leis específicas que pudessem regular determinados negócios de maneira mais eficiente, adequada e justa.

É importante frisar que o mercado de consumo sempre existiu de alguma forma durante toda a história da sociedade humana, mas recentemente os países foram se preocupando em regular essa espécie de relação jurídica com mais especificidade.

Assim, surgiu o Direito do Consumidor, relação jurídica protagonizada pelo(s) consumidor(es) e de outro lado pelo(s) fornecedor(es). No Brasil a Lei que trata sobre isso é a nº 8.078, de 1990, que estabeleceu o Código de Defesa do Consumidor.

Logo, os elementos existentes na relação de consumo foram determinados pelo CDC, mas foram completadas e individualizadas pela doutrina e jurisprudência. Porém, com referência ao fornecedor, existe um requisito que deveria ter maior destaque, qual seja, o profissionalismo que, apesar de ainda não constar expressamente na legislação e ainda ter certa timidez na jurisprudência pátria, deveria ser o justo divisor de águas para definir o fornecedor e então verificar se o negócio jurídico estaria diante de uma relação de consumo.

Destarte, o profissionalismo, diferente da habitualidade ou regularidade que exige dada continuidade em prestar serviço ou oferecer produto com a finalidade de buscar lucro, repousa na

qualidade intrínseca da pessoa, que exerce tal atividade por ser profissional da área, ou seja, por ter determinada especialização ou especialidade na realização e no dispêndio das atividades econômicas.

Além disso, não pode a doutrina classificar a habitualidade e o profissionalismo como sinônimos, pois, o primeiro é apenas a reiteração de uma conduta, que pode estar sendo feita por um profissional ou não, já o segundo é um fator intrínseco da pessoa, isto é, subjetivo, que exerce a atividade por claramente ser um profissional da área em busca de lucro.

Desse modo, apesar do requisito do profissionalismo não estar expresso no CDC, entende-se que é necessário dar destaque ao mesmo, pois, com o seu uso, tornar-se-á mais justa a definição de fornecedor, tão quanto identificar o referido a especificidade deste mesmo fornecedor e determinar se a relação é verdadeiramente de consumo ou se trata de outra relação jurídica que pode ser regulada por legislação diferente.

Exemplificando, a responsabilidade civil imposta pelo Código de Defesa do Consumidor é objetiva em se tratando de fato do produto ou do serviço, ou seja, independe de culpa, mas por óbvio, dependerá da caracterização de fornecedor para verificar se está diante de uma relação de consumo que, por sua vez, demanda a necessidade de estar presente o requisito do profissionalismo.

Mas, como abordado durante o decurso deste feito, filia-se ao entendimento de que, caso ausente o requisito do profissionalismo, não haverá como empreender rigor à caracterização de fornecedor e, por conseguinte, não irá se tratar de uma relação de consumo, derogando por deveras a incidência do CDC e seus institutos jurídicos protetivos voltados ao consumidor, podendo-se aplicar a responsabilidade civil corriqueira ao caso concreto, se cabível, que é a regra da esfera cível, que estabelece à parte acusatória o dever de demonstrar que a outra agiu com culpa *lato sensu* (que também inclui o dolo) em seu prejuízo.

Detido à análise do requisito do profissionalismo que demanda especialidade na atividade realizada, que demanda certo cunho específico e técnico no dispêndio da atividade econômica, faz-se

imprescindível sua presença inerente ao sujeito que presta o serviço ou fornece o produto para que se possa verificar a existência de uma relação de consumo e assim poder ser aplicado o CDC com todos seus benefícios e nuances.

A mera análise abstrata dos requisitos subjugados pela legislação, por vezes, induz o julgador a erro para caracterização da relação de consumo, eis que por vezes poderá estar diante de uma situação jurídica de natureza cível ordinária, derrogando a aplicação do CDC justamente por estar ausente o requisito profissionalismo.

Com fulcro nas premissas aqui instaladas, mister salientar que a análise dos requisitos de fornecedor deve, primeiramente, serem perpassadas pelas especialidades no desenvolvimento da atividade econômica, qual seja o profissionalismo, para que só então passe aos demais requisitos.

Neste escopo, despidendo dizer que aderindo aos requisitos doutrinários, poderá a jurisprudência delimitar melhor as relações de consumo, reduzindo a controvérsia sobre a caracterização da relação de consumo mensurando para tanto se há ali no negócio jurídico um fornecedor ou mero fato jurídico.

Desse modo, reforçando aquilo que já foi dito, haveria melhor uso do Direito, aplicando o CDC quando presente o profissionalismo do fornecedor e aplicando o CC/2002 quando inexistente este requisito caracterizador.

Por último, sugestionam-se em trabalhos futuros que versem sobre tema semelhante, se o legislador brasileiro está buscando colocar o requisito do profissionalismo no Código de Defesa do Consumidor para caracterizar o fornecedor, com vistas para facilitar o seu enquadramento, bem como a referida caracterização de uma relação consumerista.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. **Teoria Geral do Direito do Consumidor**. Londrina: IDE, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual do Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

CARVALHO, Kelly Caroline de; CASTRO, Renata Romani. A proteção jurídica do consumidor no comércio eletrônico. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. v. 12, n. 1, jul. 2017. Disponível em: <<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewFile/455/pdf>>. Acesso em: 23 set. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v. III: responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUIMARÃES, Paulo J. Scartezzini. **Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O Código de Direito do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PÛSCHEL, Flávia Portella. **A responsabilidade por fato do produto no CDC: acidentes de consumo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA NETO, Orlando Celso da. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Apelação nº 1013868-90.2016.8.26.0576**. 30ª Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Lino Machado. São Paulo. Julgado em: 3 maio 2017. Publicado em: 4 maio 2017. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com>>.

br/jurisprudencia/455330408/apelacao-apl-10138689020168260576-sp-1013868-9020168260576>. Acesso em: 24 set. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Recurso Inominado nº 0025115-87.2013.8.16.0182/0**. 1ª Turma Recursal (Decisão Monocrática). Relatora: Desembargadora Mayra dos Santos Zavattaro. Curitiba. Julgado em: 25 mar. 2015. Publicado em: 25 mar. 2015. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/177044840/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-recurso-inominado-ri-2511587201381601820-pr-0025115-8720138160182-0-decisao-monocratica>>. Acesso em: 23 set. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Apelação nº 04102628220138190001**. 6ª Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Teresa de Andrade Castro Neves. Rio de Janeiro. Julgado em: 2 mar. 2016. Publicado em: 7. mar. 2016. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/351848773/apelacao-apl-4102628220138190001-rio-de-janeiro-capital-11-vara-civel>>. Acesso em: 24 set. 2018.

MERCOSUL: BLOCO ECONÔMICO DA AMÉRICA LATINA

*Fernando Luiz da Silva
Larissa Aparecida de Oliveira Santos
Luciene Rufino Carvalho
Raimundo Bartolomeu França*

MERCOSUL: BLOCO ECONÔMICO DA AMÉRICA LATINA

Fernando Luiz da Silva¹

Larissa Aparecida de Oliveira Santos²

Luciene Rufino Carvalho³

Raimundo Bartolomeu França⁴

Resumo: O presente trabalho discute a cooperação internacional na América Latina, por meio do estudo do Mercosul, um tipo de organização internacional. Deste modo, como bloco econômico, o Mercosul busca a integração regional entre países vizinhos, permitindo o relacionamento socioeconômico entre os Estados-membros, localizados na América do Sul, os quais incluem o Brasil. Outrossim, coteja-se sobre o setor social e o funcionamento das relações trabalhistas do Mercosul. Ainda, este artigo apresentará o papel do Brasil neste bloco e quais benefícios alcança fazendo parte do Mercosul.

Palavras-chave: Mercosul. Brasil. Bloco econômico. Direito Internacional.

INTRODUÇÃO

Por anos, a América Latina foi ocupada por países europeus e dividida por meio de tratados internacionais, para ser apenas colônia de exploração e fonte de matéria prima. Ao se tornarem independentes, os países latinos, para manter sua visibilidade e receptividade com outros países, uniram-se uns com outros por seus propósitos e objetivos, e passaram a se relacionar entre si, com seus vizinhos.

1 Bacharel em Direito pela Faculdade Minas Gerais – FAMIG.

2 Bacharela em Direito pela Faculdade Minas Gerais – FAMIG.

3 Bacharela em Direito pela Faculdade Minas Gerais – FAMIG.

4 Bacharel em Direito pela Faculdade Minas Gerais – FAMIG.

Somado a este fato, há a regionalização do mercado de comércio, que transformou as relações internacionais.

Como consequência, os países sul-americanos criaram pactos e tratados, com fito de promoverem interação, cooperação e desenvolvimento. Por este motivo, os países da América do Sul criaram uma associação para defender seus interesses e estabelecer uma zona de livre comércio, como é o caso do Mercado Comum do Sul – Mercosul.

Com o Mercosul, os países membros ganharam força e representatividade, para não ficarem à margem das relações internacionais. Entretanto, para que haja uma integração total é necessário o estabelecimento de uma zona de livre comércio e união aduaneira, o que ainda não aconteceu e atrapalha formação de um mercado comum.

Para analisar a cooperação internacional do Mercosul, o presente artigo discute sobre sua formação e organização, como se relaciona com a comunidade mundial, quais medidas já implementaram e a atuação do Brasil no Mercosul. O artigo possui quatro capítulos, sendo o primeiro a introdução e o último a conclusão.

A presente pesquisa utilizou-se o método hipotético-dedutivo, por meio do levantamento bibliográfico, tendo como marco teórico o artigo 4º da Constituição Federal de 1988, que apresenta os princípios pelos quais o Brasil se rege nas relações internacionais.

1 ENTENDA O MERCOSUL

O Mercado Comum do Sul, conhecido como Mercosul, é uma organização internacional criada em 26 de março de 1991, pelo Tratado de Assunção, inicialmente formada por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Apenas em 2006 a Venezuela efetivou-se como Estado-membro, sendo que, em 2004, somente associou-se.

Hoje, o Mercosul conta com Estados associados, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru, tendo como países observadores o México e Nova Zelândia.

Depois da assinatura do Tratado de Assunção, o bloco realizou diversos protocolos, o Protocolo de Brasília, em dezembro de 1991, Protocolo de Ouro Preto, em dezembro de 1994, e por último o Protocolo de Olivos, em fevereiro de 2002.

E atualmente conta com uma população de cerca de 217 milhões de habitantes, com um Produto Interno Bruto (PIB) de US\$ 1,8 trilhão, o que totaliza cerca de 75% da América do Sul e torna o Mercosul a quinta economia do mundo (MATIAS, 2022).

A fim de gerar a cooperação entre os países membros e associados, o Mercosul objetiva um mercado comum que atenda aspectos socioeconômicos, bem como promover a cidadania, livre circulação entre os países membros de bens e serviços ou fatores produtivos e facilitar questões alfandegárias e tarifárias, com a implantação de uma política comercial comum (PEDRO JUNIOR, 2020).

Ainda, o Mercosul promove a integração comunitária, para que haja uma convivência harmônica e estável.

Por último, é fato que, em resposta ao princípio do artigo 4º, IX, da Constituição Federal de 1988, o Brasil coopera com seus vizinhos para o progresso da humanidade (BRASIL, 1988).

1.1 ORGANIZAÇÃO DO BLOCO MERCOSUL

O Tratado de Assunção determinou a estrutura orgânica intergovernamental que o Mercosul assumiu, nos termos do capítulo II do Decreto nº 350/91. As decisões do bloco são tomadas por consenso, com uma Presidência exercida por tempo determinado.

Além disso, o artigo 9º do Decreto nº 350 elenca a organização do Mercosul, que é composto pelo Conselho do Mercado Comum (CMC), Grupo Mercado Comum (GMC) e a Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM). (BRASIL, 1991)

O Conselho do Mercado Comum é o órgão superior do Mercosul. Como estabelece o artigo 10 do Decreto nº 350/91, responsável por conduzir a política do bloco e tomar decisões, para garantir que os

objetivos e prazos determinados pelo tratado sejam cumpridos. Vale salientar que o CMC é integrado por representantes dos Ministérios das Relações Exteriores e Economia dos Estados Membros, reunindo com eles sempre que necessário, ao menos uma vez ao ano (BRASIL, 1991).

O Tratado de Assunção preceitua que as reuniões do CMC são coordenadas pelos Ministros de Relações Exteriores, que podem convidar outros Ministros e autoridades para participar. Quanto à Presidência do Conselho, haverá uma rotação no cargo dos Estados Partes, em ordem alfabética, por um período de seis meses.

Por sua vez, o Grupo Mercado Comum (GMC) é um órgão executivo, também coordenado pelos Ministros das Relações Exteriores. Dentre as funções, o GMC vela pelo cumprimento do Tratado de Assunção e toma providências para dar cumprimento as decisões do Conselho do Mercosul (BRASIL, 1991).

O GMC é composto por quatro membros titulares e mais quatro alternados pelos países que representam órgãos públicos, a saber: Ministérios das Relações Exteriores, Economia e seus equivalentes, bem como o Banco Central. E no Brasil?

Compõem o Grupo no Brasil, o Subsecretário de Assuntos de Integração Econômica e de Comércio Exterior, o Diretor de Assuntos Internacionais do Banco Central, o Secretário de Assuntos Internacionais do Ministério da Fazenda, o Secretário de Comércio Exterior, o Secretário do Desenvolvimento da Produção do MDIC e o Secretário de Política Agrícola do Ministério da Agricultura (HUSEK, 2017, p. 277).

Por fim, trata-se da Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM), um órgão de apoio operacional desta organização internacional, apto a auxiliar os demais órgãos dos Mercosul, que apresentam as seguintes funções: guardar documentos oficiais e realizar comunicações sobre

as atividades do bloco, assim como organizar reuniões do Conselho e Grupo do Mercado Comum ou fazer tarefas solicitadas (HUSEK, 2017).

Cediço é que a estrutura orgânica, formada pelos órgãos supracitados, é essencial para o funcionamento e o bom andamento do Mercosul, a fim de assegurarem o objetivo de promover integração entre os Estados membros e associados.

1.2 INVESTIMENTOS SOCIAIS: INSTITUTO SOCIAL DO MERCOSUL - ISM

Além da cooperação econômica, o Mercosul também objetiva a integração cidadã, com a preocupação de cuidar do desenvolvimento social dos cidadãos dos países que compõem este bloco econômico. Para isso, criou-se o Instituto Social do Mercosul – ISM, a fim de promover a integração social e desenvolvimento humano, já que o Tratado de Assunção fazia referência em seu preâmbulo à busca por justiça social e melhoria da qualidade de vida dos habitantes da região (ISM, 2021).

O ISM tornou-se realidade com a assinatura da Carta de Compromisso Social de Buenos Aires, em 2000, para fortalecer o trabalho o intercâmbio dos problemas sociais mais graves do Mercosul. Por isso, foi realizado o Compromisso de Gramado, o qual culminou na criação da Reunião de Ministros e Autoridades de Desenvolvimento Social do Mercosul – RMADS, pelo CMC, que instituiu o ISM pela Decisão 03/07 (ISM, 2021).

Portanto, o ISM tornou-se a única instância técnica, capaz de realizar, de forma permanente, as pesquisas sobre políticas sociais.

Dessa forma, o Mercosul consegue discutir temas que envolvem a área da saúde, educação, cultura, as relações com a população indígena e afrodescendente, e programas para a juventude. Assim, a missão de consolidar políticas sociais regionais, promover políticas de desenvolvimento integral, por meio do intercâmbio e construção regional, são alcançadas (ISM, 2012).

Compulsando as diretrizes, cediço é que, no desenvolvimento social, o ISM concentra-se em privilegiar as pessoas. Para tanto, analisa a pobreza pelo prisma da vulnerabilidade e exclusão social, bem como exposição à violência, empregando esforços para envolver governos, comunidades, empresas, sociedade civil e grupos tidos como marginalizados (ISM, 2021).

Ademais, trata do desenvolvimento sustentável, para que seja gerada prosperidade econômica inclusiva, apta a assegurar o bem-estar das futuras gerações. Esta é a razão que tornou o desenvolvimento sustentável relevante no momento dos países estabelecerem um planejamento estratégico, até porque este desenvolvimento é tido como uma resposta para a inclusão e bem-estar social (ISM, 2021).

Com ajuda do Instituto Social do Mercosul, os Estados-membros e associados desenvolvem medidas voltadas ao combate a pobreza e insegurança alimentar, inclusão produtiva, economia solidária, dentre outros assuntos. Podem ser criados programas de promoção social para grupos vulneráveis, desenvolvidos para suprir suas necessidades e devolver-lhes a dignidade.

1.3 INTEGRAÇÃO CIDADÃ

Como dito, o Mercosul também promove políticas regionais para reduzir as assimetrias históricas na região. Para tanto, foram tomadas iniciativas voltadas a mobilidade das pessoas e migrações entre países do bloco econômico.

Por meio do Mercosul foi facilitado o acesso a direitos além do espaço nacional, uma vez que há o incentivo à livre circulação de pessoas entre os Estados-membros, para maior integração cidadã, com a redução de requisitos para as imigrações regionais e reajustes do controle de imigração (ISM, 2021).

Como resultado, a Organização Interacional para as Migrações – OIM estima que mais de 2,5 milhões de residências temporárias e permanentes foram outorgadas na região, entre 2009 e 2017,

principalmente na Argentina e Brasil (ISM, 2021), assegurando benefícios e direitos de cidadania aos nacionais do Mercosul.

Além disso, foi constituído o Estatuto da Cidadania do Mercosul, por meio do Conselho do Mercado Comum, que compilou os direitos e benefícios em favor dos cidadãos e residentes dos Estados-membros.

O Estatuto da Cidadania trata da circulação de pessoas, estabelecendo que os nacionais podem usar documentos de identificação pessoal nas viagens para trânsito entre os países que compõem o Mercosul, não havendo a necessidade de uso de passaporte. Quanto à obtenção de residência, os nacionais que a conseguirem poderão transferir recursos do país de origem para aquele que agora reside, assim como trabalhar em atividades lícitas ou se associar, professar sua fé e prestar culto, dentre outros (MERCOSUL, 2021).

Outrossim, o referido estatuto aduz sobre a integração fronteiriça, permitindo que as pessoas que saem de um Estado-membro ingressem em outro sejam beneficiados por procedimentos administrativos e operativos similares em pontos da fronteira que tenha Área de Controle Integrado. Agora, aqueles cidadãos que vivem em localidades fronteiriças podem se beneficiar de procedimentos simplificados para exportação e admissão temporária de bens provenientes de competições esportivas, atuações artísticas, celebração de congressos, dentre outros (MERCOSUL, 2021).

Todas estas determinações, que aponta a integração cidadã entre as populações dos países do Mercosul, somente são viabilizadas por tratados internacionais, celebrados entre os membros do bloco, que se tornam parte do ordenamento interno de cada Estado por meio de submissão ao seu Poder Legislativo.

2 A IMPORTÂNCIA DO MERCOSUL PARA O BRASIL

Fazer parte do Mercosul é interesse para o Brasil, haja vista o aumento das exportações para os países parceiros, desde a criação do Tratado de Assunção, resultado do câmbio mais realista e competitividade das empresas brasileiras. Com o Mercosul, a área de

livre comércio desenvolveu o intercâmbio sub-regional, beneficiando o Brasil (BATISTA, 1994).

Todavia, somente negociar com o Mercosul não assegura o desenvolvimento econômico do Brasil, obrigando-lhe a buscar outros parceiros comerciais, como os países asiáticos e africanos. Tanto é verdade, que o Brasil faz parte de outros blocos econômicos, como os BRICS, formado pela Rússia, Índia, China e África do Sul.

Mesmo assim, o Brasil exerce papel fundamental no Mercosul, pois, ao buscar maior integração nele, exerce a liderança do bloco, principalmente por causa de suas características populacionais e econômicas, bem como sua grande territorial (MOREIRA; MIRANDA, 2012).

Sendo líder, o Brasil passa a ter mais responsabilidade com o protagonismo da América do Sul no mundo. Por ter uma política e economia sólidas, exerce grande influência nas tomadas de decisões do Mercosul, dirigindo o bloco para alcance de seus interesses.

Não somente, a presença do Brasil atribuiu um peso político e econômico nas negociações internacionais, tendo em vista o grande mercado interno que possui, tendo maior de barganha, o que beneficia os países vizinhos (CRUZ, 2018).

Logo, é interessante para todos os membros ter o Brasil encabeçando o bloco. Contudo, vale ressaltar que participar do Mercosul também é muito vantajoso para o Brasil, que se beneficia do processo de integração e consolida sua soberania frente às potências econômicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Mercosul é uma integração regional de parte dos países da América do Sul, com o objetivo de associarem países que tenham traços culturais parecidos e interesses socioeconômicos em comuns, para fortalecer as relações entre si e sua aparição no cenário internacional, que passam a se relacionar com outras organizações internacionais

ou países, permitindo a sobrevivência de todos no processo de globalização.

Este bloco econômico também investe em iniciativas para melhorar a vida de seus cidadãos, buscando garantir direitos daqueles que migrarem entre os países membros, igualdade de gênero e otimizar as pesquisas biotecnológicas para melhorar a vida das pessoas carentes. Tanto é verdade que criou o Instituto Social do Mercosul – ISM e o Estatuto da Cidadania, a fim de reduzir as assimetrias regionais e culturais, bem como as desigualdades entre os Estados-membros.

Diante disso, devido à força e importância do Mercosul nas relações exteriores, o Brasil é signatário do Tratado de Assunção e atuante no bloco, exercendo certa liderança por causa de suas características populacional e social, bem como aspectos políticos e econômicos, considerados estáveis, o que beneficia todos os países do bloco e garante boas parcerias internacionais.

Logo, ressalta-se que fazer parte do Mercosul é interessante para o Brasil, que solidificou seu relacionamento com países vizinhos, os quais se tornaram grandes compradores dos produtos nacionais, assim como se beneficiou das negociações do bloco com outros países, podendo oferecer seus bens e serviços junto com os demais Estados-membros ao mundo.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Paulo Nogueira. O Mercosul e os interesses do Brasil. **Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 8, ago. 1994.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em 02 set 2021.

BRASIL. **Decreto nº 350, de 21 de novembro de 1991**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0350.htm >. Acesso em 01 set 2021.

CRUZ, Dayana Aparecida Marques de Oliveira. O papel do Brasil no processo de integração regional no Mercosul. **Revista Formação**, v. 25, n. 46. 2018.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 14 ed. São Paulo: LTr, 2017.

INSTITUTO SOCIAL DO MERCOSUL - **ISM**. 2021. Disponível em: < <http://www.ismercosur.org/pt/home/> >. Acesso em: 10 nov 2021.

INSTITUTO SOCIAL DO MERCOSUL - **ISM**. **Informe anual de gestão – 2012**. Disponível em: < <http://www.ismercosur.org/wp-content/uploads/downloads/2014/07/Informe-Anual-ISM-2012.pdf> >. Acesso em: 13 nov 2021.

MATIAS, Átila. **Bloco econômicos**. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/blocos-economicos.htm>. Acesso em: 14 jun 2022.

MERCOSUL. **Estatuto da Cidadania do MERCOSUL**. Disponível em: < <https://www.mercosur.int/pt-br/estatuto-cidadania-mercosul/> >. Acesso em: 14 nov 2021.

MERCOSUL. **Cooperação internacional do Mercosul**. Disponível em: < <https://www.mercosur.int/pt-br/cooperacao-internacional-do-mercosul/> >. Acesso em 02 set 2021.

MOREIRA, Vagner Rangel; MIRANDA, Gabriel Vinicius Mamed de. **O papel do Brasil no MERCOSUL**. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-96/o-papel-do-brasil-no-mercosul/> >. Acesso em 02 set 2021.

PEDRO JUNIOR, Delfizo Antônio. **Organização internacional, e a importância do Tratado de Assunção no Mercosul**. 2020. Disponível em: < <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54952/organizacao-internacional-e-a-importancia-do-tratado-de-assuno-no-mercosul> >. Acesso em 31 ago 2021.

**USO DA TECNOLOGIA NO
ESCRITÓRIO JURÍDICO:
NOVOS PARADIGMAS
TRANSFORMANDO A VIDA
PRÁTICA COM ÊNFASE NA
UTILIZAÇÃO CIBERNÉTICA E
NA MUDANÇA DO *MINDSET***

Guilherme Borges e Silva

USO DA TECNOLOGIA NO ESCRITÓRIO JURÍDICO: NOVOS PARADIGMAS TRANSFORMANDO A VIDA PRÁTICA COM ÊNFASE NA UTILIZAÇÃO CIBERNÉTICA E NA MUDANÇA DO *MINDSET*

Guilherme Borges e Silva¹

RESUMO: Para iniciar o assunto sobre os desafios do Direito, deve-se considerar como base todas as tradições já existentes, os pressupostos dos grandes juristas, filósofos e estudiosos e toda a transformação que houve nos tempos atuais da sociedade, em todos os aspectos. O avanço da informação e o conhecimento explícito, fez com que o ramo do direito, também, buscasse formas alternativas para se expressar em consonância com as novas necessidades. Assim, o profissional atual, que deseja empreender, utiliza todas as ferramentas que a internet proporciona e busca um conhecimento continuado, entendendo que a ação e a composição das áreas afins e dos paradigmas atuais, que mostram a mudança constante do ser humano, que são os instrumentos, que vão levá-lo ao sucesso e ser um articulador para o bem social.

Palavras-chave: Empreendedorismo; jurídico; Inovação; inteligência artificial; jurimetria.

INTRODUÇÃO

Uma questão que sempre assombrou a cabeça de um profissional do Direito é a dúvida, se deve empreender, abrindo seu próprio escritório de advocacia, enfrentando a forte concorrência do mercado; trabalhar para um escritório já consolidado ou investir em estudos para concorrer a um concurso público com estabilidade.

¹ Advogado. Graduado em Direito pela Universidade de Uberaba. Especialista em Legal Tech: Direito, Inovação e Startups pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Empreender não é uma tarefa fácil, exige sacrifícios, dedicação, disposição para identificar problemas e ter discernimento para resolvê-los, ter competência para criar e gerar mudanças positivas.

Considerando que a maioria das faculdades de Direito não ensinam o estudante a abrir o seu próprio escritório, a preparação é feita sob doutrinas e focada na temida prova da ordem, não deixando espaço para que o aluno aprenda como administrar e empreender em um negócio próprio.

O aluno fica preso no Direito engessado e as infinitas possibilidades do ramo jurídico não são devidamente apresentadas, o que acaba levando a uma insegurança e a necessidade de buscar conhecimento para a prática.

Atualmente, o Direito evoluiu de forma considerável, os velhos costumes estão acabando, o escritório focado em processos judiciais, com acúmulo de papéis e clientes insatisfeitos pela demora na resolução das demandas, estão dando lugar a ambientes de conciliação e resolução célere, com atendimento humanizado voltado para a solução de conflitos.

A desjudicialização e a tecnologia contribuem e auxiliam o profissional do Direito, a via extrajudicial propicia para uma solução célere e, como consequência, o advogado não demora para receber seus honorários. A tecnologia bem utilizada, contribui para um escritório enxuto, os softwares facilitam o trabalho do advogado, tanto na administração dos processos, como na jurimetria.

As *startups* conectam advogados de diversas áreas, bastando um clique para que consigam algum profissional habilitado em resolver uma demanda, não sendo necessário vários sócios em um ambiente amplo reduzindo, assim, recursos com pessoal, aluguel e, principalmente, aprimoram-se a experiência individual e aproximam o advogado do seu cliente.

1 EMPREENDEDORISMO JURÍDICO E INOVAÇÃO

O empreendedor deve ser visto como o profissional que possui conhecimento e o utiliza para transformá-lo em potencial criativo. Vai além do administrador que organiza, planeja, dirige e controla o negócio.

Sendo assim, o perfil do empreendedor jurídico é de um profissional voltado para a resolução de problemas, proativo e que busca sempre inovar, com a finalidade de entregar um trabalho de excelência a seu cliente, sempre respeitando o código de ética e o ordenamento jurídico.

Segundo Augusto Cury (2014), o empreendedor vive diante dos riscos que a vida propõe, não se deixa abater diante das dificuldades, porque elas sempre vão existir e sem elas é como se não houvesse vitória, passam por milhares de lugares desconhecidos por mais que às vezes não venham possuir nenhuma direção certa, de onde começar. Ser empreendedor é viver e trabalhar em prol da própria felicidade, que clama por obstáculos a serem vencidos.

O profissional jurídico deve sempre atualizar-se, acompanhar as mudanças da sociedade, pois, vivemos em um ambiente cada vez mais exigente e o advogado tem que estar atento às ferramentas que otimizem seu trabalho e que entreguem resultados positivos aos clientes.

O advogado empreendedor se utiliza de algumas ferramentas, como a técnica para conseguir satisfazer da melhor forma possível, satisfação da vontade do cliente e desenvolve produtos jurídicos adequados para seu público; Administração, que é uma camada de ligações (jurídica, financeira, gestão, contábil, etc); Liderança, liderando outras pessoas; Comportamental, saber se relacionar com outras pessoas de várias formas possíveis; Administração de tempo, gerir seu tempo de atividade da melhor forma possível (CTDP, 2016).

O mercado jurídico é competitivo, a busca por um diferencial deve ser constante, o maior impasse que enfrentamos é quebrar a barreira existente entre o mundo jurídico e a inovação. Dessa

forma, deve-se substituir as formalidades e burocracia constantes no ordenamento jurídico e esforçar-se para encontrar as soluções que acompanhem o desenvolvimento social.

O mundo jurídico tem evoluído consideravelmente, a digitalização de processos contribuiu para eliminar o uso excessivo de papéis e aumentar a proteção dos processos. O uso de softwares otimizou na comunicação com o cliente e deu proteção aos escritórios a cumprirem os prazos processuais e, ainda, auxiliam em pesquisas céleres.

O empreendedor jurídico é o profissional que aumenta a competitividade, pois, eles mudam a forma que o serviço é oferecido, são profissionais que pensam “fora da caixa”, buscam em soluções simples e escaláveis o melhoramento no atendimento, resolvem as demandas de forma rápida e transparente.

Existem diversas formas de inovar no ramo jurídico, a inovação muitas vezes é vista com uso de nova tecnologia, mas vai além disso. Um escritório pode inovar na forma de atendimento ao cliente, como lida com o processo ou até mesmo com os meios que usa para chegar no êxito da ação.

Há escritórios que buscam inovar, defendendo nichos pouco explorados e, que ainda, não foram totalmente regulamentados, nesse ponto o profissional deverá fazer uso da legislação vigente, buscando nas jurisprudências resolver a demanda do cliente.

Para que haja uma aproximação, os advogados devem estudar o mercado que estão inseridos, aperfeiçoar o atendimento, conhecer melhor seus clientes, fornecendo um tratamento humanizado e de transparência, para que o cliente tenha total confiança em seu trabalho. Personalizar o atendimento é criar um elo, transformando a experiência do cliente, fidelizando e aumentando a rede de indicações.

A capacidade de se adaptar às novas tecnologias, ser dinâmico e proativo, estar preparado para atender a qualquer tipo de demanda, usar o conhecimento a favor do cliente e fornecer um serviço de qualidade, são diferenciais competitivos que tendem a evidenciar o negócio jurídico.

2 DIREITO 4.0

A transformação tecnológica uniu dois mundos: o Direito e a tecnologia, antes vistos como estranhos, estão se mostrando cada vez mais conexos surgindo, assim, a expressão Direito 4.0.

Esse novo advogado 4.0 está impregnado por conceitos inovadores e inserido em um ambiente de escritório digital. Ele também tem perfil mediador, busca evitar o litígio e conhece o negócio do cliente na mesma proporção que estuda a própria teoria jurídica (FRANTZ, 2019)

A inovação chega para dar novos ares à atividade jurídica, auxiliando o advogado na prestação de serviços mais eficientes, eliminando burocracias e gerando economia de gastos.

Conforme explica Bruno Feigelson, presidente da AB2L e sócio do escritório Lima Feigelson Advogados, em entrevista para a revista LIDE: Os advogados estão sendo desafiados a contribuir com essa mudança tecnológica e ela está sendo inserida cada vez mais no cotidiano deles. O advogado 4.0 usa uma série de plataformas tecnológicas para potencializar seu trabalho e evitar atividades repetitivas. (LUDGERO, 2019)

Como exemplo de ferramentas que auxiliam e otimizam o funcionamento de um escritório jurídico há:

2.1 A.I. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Para Nils J. Nilsson, a Inteligência Artificial, entre vários objetivos, busca o desenvolvimento de máquinas com comportamento

inteligente, ou seja, que as máquinas possam deduzir, aprender, refletir, comunicar e agir em situações complexas tão bem como humanos, ou possivelmente melhor (SILVA, 2021).

A inteligência artificial é usada no campo do Direito para automatizar atividades. Ela auxilia o advogado em agendamentos, consultas processuais, buscas de jurisprudências, elaboração de contratos e pareceres etc.

A inteligência artificial no Direito é dividida em três áreas principais:

Machine learning é um ramo da inteligência artificial (IA) que se concentra no uso de dados e algoritmos para imitar a maneira como os humanos aprendem, toda a programação é feita no intuito de melhorar gradualmente sua precisão. Sendo necessário a supervisão do ser humano para otimizar o trabalho da máquina. (SILVA, 2021).

Deep learning, segundo Ricardo Syozi (2022) trata-se de um subcampo da machine learning. O *deep learning* é feito para simular um cérebro humano a partir de algoritmos. Seu objetivo é o de aprender e otimizar conceitos e previsões a partir de uma grande quantidade de informações e exemplos.

É um sistema apto para realizar múltiplas tarefas, inclusive referentes ao âmbito do Direito e iguala à precisão na execução feita por seres humanos. No *Deep learning* ao contrário do *Machine learning*, a programação tende a se aprimorar sozinha, apenas com base em dados adquiridos, sem a necessidade de supervisão humana. (SILVA, 2021).

Natural language processing é uma combinação de linguística, inteligência artificial e linguagem computacional. Segundo Ricardo Schneider (2020), a palavra linguagem aqui é extremamente importante, pois é através do conhecimento de como o cérebro processa a linguagem, e a forma da linguagem do computador, que humanos e computadores podem “conversar” de forma parecida.

2.2 CHATBOT

O Chatbot é um sistema usado para agilizar a comunicação com o cliente. Ele é programado para reagir a determinadas palavras-chave, permitindo simular um diálogo com a pessoa que utilizar as expressões as quais o robô foi programado para responder. Na área jurídica o Chatbot é utilizado para fazer o primeiro contato com o cliente sendo implementado em redes sociais ou até mesmo no site do escritório. (BLOGJURIS, 2018)

Esse primeiro contato pode ser para apresentar o escritório, tirar alguma dúvida menos complexa ou até mesmo para agendar uma consulta. Após essa primeira fase o cliente é transferido para um dos atendentes ou advogado associado para que seja feito um atendimento individual.

2.3 ARMAZENAMENTO EM NUVEM

O Armazenamento em nuvem - *cloud computing* é um sistema que salva as informações e arquivos online. As informações são guardadas por provedores virtuais com espaço infinito e protegidas por criptografia, ficando seguras e acessíveis de qualquer local por quem possua sua chave de acesso.

Esse tipo de armazenamento auxilia na redução de custos, pois sem os arquivos físicos há economia de espaço e papel, otimizando o espaço do escritório e permitindo que os arquivos fiquem salvos de forma segura. Esse tipo de armazenamento unifica e integra todas as informações do escritório.

Os documentos salvos na nuvem facilitam a vida do profissional do Direito, pois podem ser acessados a qualquer hora e em qualquer lugar sendo necessário apenas o uso de um dispositivo com conexão à internet, auxiliando no trabalho remoto. Tais arquivos podem ser acessados por um ou vários colaboradores, contribuindo para o

trabalho em equipe de forma simultânea. Auxilia na otimização do trabalho e aumenta a produtividade do escritório.

O armazenamento em nuvem auxilia na proteção de todos os dados armazenados, contra ataques e ameaças externas que possuem o intuito de corromper os documentos. Existe, também, a possibilidade de criar cópias de segurança dos arquivos para que não ocorra perda e alteração de informações.

2.4 JURIMETRIA

A Jurimetria, segundo a Associação Brasileira de Jurimetria, é definida como “a estatística aplicada ao Direito” (ABJ, 2019).

Ao utilizar dados e estatísticas, essa disciplina encontra posicionamentos, repetições que acontecem no Direito. Nada mais é que a filtragem de dados, para análise de casos que possuem temas em comum trazendo, assim, um possível desfecho do processo.

Para Couto e Oliveira (2016, p.779), a jurimetria ascenderia por meio de um papel importante em auxiliar o Direito no melhor entendimento do caso, mergulhando nas questões que ensejaram o conflito e o suporte necessário para o Congresso criar, aprovar e rejeitar normas que aproximem da realidade e coerência social; até mesmo, apresentar soluções extrajudiciais.

A Jurimetria serve como um panorama, pelo qual o profissional do Direito utiliza dessa ferramenta para estudar a melhor forma de agir em um determinado processo. Ela mostra ao advogado as decisões que um juiz poderia tomar em uma sentença, e as hipóteses e caminhos pelo qual o processo poderá seguir.

No estudo da jurimetria, observa-se que ela se sustenta em três pilares:

1. Elaboração legislativa e gestão pública – o legislador se baseia em estatísticas, para elaborar leis atuais e que atinjam a sociedade em conformidade com a realidade vigente (ABJ, 2019).

2. Instrução probatória – O litigante faz o uso da Jurimetria para conhecer a probabilidade de vencer uma ação, observando decisões do magistrado em processos anteriores, analisando jurisprudências, e auxiliando o advogado em tomar a correta decisão em qual linha de argumentos irá percorrer para obter êxito (ABJ, 2019).

3. Decisão judicial – O Juiz utiliza a Jurimetria para tomar a decisão adequada ao caso, levando em conta fatores jurídicos e sociais. Ele tem a visão de caminhos que o processo poderá seguir e a melhor resolução daquele fato perante a sociedade (ABJ, 2019).

O uso da Jurimetria dentro de um escritório tende a tornar o trabalho mais eficiente, passa credibilidade e conhecimento do profissional perante o caso em concreto. Aumenta a satisfação do cliente pois o profissional consegue aproximar-se do Direito pretendido, utilizando a linha de raciocínio correta e eficaz. Otimiza e descomplica o trabalho do escritório pois os colaboradores ficam focados em eficiência e resultados, culminando no êxito das ações e aumento de clientela.

2.5 LEGAL DESIGN E VISUAL LAW

A maneira de se comunicar tende a aproximar o profissional do Direito a seu cliente, o uso excessivo do Jurídiquês e a linguagem formal criam uma barreira, muitas vezes gera desconfiança pela parte leiga e causa insegurança por não entender o que foi explanado.

Em um mundo que inspira revolução tecnológica os meios de comunicação devem acompanhar o desenvolvimento da sociedade, ao utilizar o *legal design*, que é a junção entre o design, a tecnologia e o Direito. A relação entre advogado e a parte se estreita, a linguagem usada é de fácil compreensão o que propicia no aumento da confiança depositada no profissional.

Para Margaret Hagan, o *legal design*

É uma proposta inovadora para aprimorar documentos legais, produtos, serviços, políticas ou organizações, o legal design é a reformulação dos serviços jurídicos com foco na resolução do problema do destinatário final, seja ele o juiz, as partes, os promotores etc. (HAGAN, 2017)

O *legal design* auxilia na abordagem que o advogado terá com o cliente, transforma a experiência ao utilizar uma linguagem acessível e de fácil compreensão, aumenta a credibilidade, confiança e transparência.

O *visual Law* utiliza técnicas visuais para melhorar a compreensão, sendo a parte do legal design voltada para facilitar a leitura dos documentos jurídicos.

De acordo com Bernardo Souza e Ingrid Oliveira (2020), esta nova tecnologia deve ser assegurada e utilizada dentro dos parâmetros legais afim de assistir as pessoas da melhor maneira possível, que é o fator gerado dessa busca, em síntese pode-se dizer que é transformar a informação jurídica em algo que qualquer pessoa consiga entender, e fazendo uso de técnicas às quais são as mais variadas que envolvem a utilização de vídeos, infográficos, fluxogramas, *storyboards*, *bullet points*, gamificação, entre outros recursos.

Utilizando tais métodos a comunicação se torna mais objetiva e diminui o risco de confusão quando envolvem muitos personagens e muitos elementos descritivos, o uso e apresentação dessas informações fazem com que a leitura seja mais fluída, evitando pausas e quebras durante o texto, para que o entendimento se torne mais célere e explicativo faz-se o uso de tabelas, e planilhas com o resumo de informações que constam em documentos anexados.

Ao utilizar o *visual law* com uma linguagem acessível, textos objetivos e menos rebuscados, a tendência é melhorar na compreensão e clareza da mensagem a ser transmitida no documento. O leitor fica atento às informações contidas, pois a atenção estará voltada à leitura de algo prazeroso.

Ao mesclar o padrão utilizado de textos jurídicos extensos, citações e jurisprudências, com infográficos, planilhas, linhas do tempo, a leitura fica menos cansativa e de fácil entendimento. Esse recurso vai melhorar a experiência do usuário e ser tornando um diferencial para o profissional jurídico.

Ao utilizar o *visual law*, a gama de benefícios é infinita, pois, facilita na compreensão das partes, o advogado expressa melhor suas argumentações, o cliente entende o procedimento adotado na sua defesa de maneira clara, o julgador não fica com dúvidas quanto ao teor do processo, tomando decisões mais assertivas sobre o objeto da ação, tornando o processo célere e eficaz.

2.6 MARKETING JURÍDICO

Ao longo dos últimos anos vimos uma grande expansão de tecnologia e comunicação, os aparelhos eletrônicos se tornaram extensão do ser humano, o mundo real e o virtual se uniram.

A produção de conteúdo mostrou-se extremamente necessária para conectar o prestador de serviço ao público em geral. O consumidor ao conquistar acesso à informação também ficou mais exigente, deixando de ser um alvo passivo. O censo crítico e o conhecimento a respeito de todo tipo de conteúdo estão nas palmas das mãos.

Ao utilizar do marketing jurídico o advogado deve passar uma imagem de conhecimento, credibilidade e respeito às normas éticas.

Um escritório que se preocupa com a imagem, tende a sobressair no mercado,

Os recursos de marketing auxiliam no empreendedorismo jurídico. Aumentam a visibilidade do escritório, atraindo mais clientes e prestígio ao operador do Direito.

A formação de uma imagem é um processo complexo porque é o resultado de abstração que cada indivíduo forma em sua mente a partir de operações de simplificação com atributos mais ou menos representativos para ele. Estes atributos são em sua maioria

provenientes de três fontes de informação: os meios de comunicação de massa, as relações interpessoais e a experiência pessoal.

Segundo Gordon (1999 *apud* Bogmann, 2000), a longo prazo a relação é muito evidenciada. Para ele o marketing é o “processo contínuo de identificação e criação de novos valores com clientes individuais e o compartilhamento de seus benefícios durante uma vida de parceria”.

A exemplo de Peter Drucker, conhecido como “pai da administração” e também Doutor em Direito Público e Internacional, pela Universidade de Frankfurt, que deixou grandes legados na área de gestão e marketing, que tais conteúdos sejam revisitados e colocados em prática pois são vastos ensinamentos, que devem ser modelados e presentes nas organizações, unindo teoria e prática de diversas áreas. (MARTINSON, 2022)

Os benefícios do marketing jurídico são enormes! Ao utilizar a publicidade online o advogado consegue conectar e atrair clientes; o conteúdo fica exposto para consumidores ilimitados durante 24 horas por dia; o custo para manutenção é relativamente baixo se comparado ao marketing offline.

Ora, é evidente, por obvio, que a ferramenta digital deve ser utilizada dentro das normas da ética jurídica, e gerar oportunidade de desenvolver novos canais de relacionamento com os clientes e demais usuário, sendo que, não estar nas novas mídias é não existir” (BERTOZZI; BUCCO, 2017).

Com o avanço das redes sociais ficou mais fácil se conectar com o consumidor, *Instagram, facebook, LinkedIn, Youtube*, fazer um *Podcast*, etc. As plataformas proporcionam diferentes formas de produzir o conteúdo que mais se adequa ao serviço prestado. De qualquer lugar do planeta, e sem depender de espaço físico, é possível demonstrar seu trabalho e existem diversos softwares que auxiliam o profissional, inclusive qualificando e mensurando os clientes. Dessa forma, pode ser feita uma pesquisa de satisfação e um estudo de qual o tipo de cliente e necessidades de cada área.

“A causa mais comum do fracasso é a incapacidade ou falta de vontade de mudar diante das exigências de uma nova posição”. (DRUKER,1990 *apud* MARTINSON, 2022).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo Jurídico é competitivo, e ao mesmo tempo, possui uma imensidão de possibilidades e diversas formas de atuação.

Cabe ao operador do Direito escolher a área mais adequada a sua realidade, atuar em um ramo que se identifique, aprimorar seus conhecimentos e utilizar das diversas ferramentas tecnológicas existentes, para que consiga chegar no êxito profissional.

As formas de se conectar com as pessoas mudaram, o mundo mudou! Cabe ao profissional acompanhar essas mudanças ou ficará estagnado na competição por clientes.

Diante das oportunidades que nos são apresentadas no universo da tecnologia, suas ferramentas que facilitam a operacionalidade de todos os processos, vale ressaltar o quão grande momento vivemos, mesmo diante de tantos desafios de epidemias e guerras, temos o dever de facilitar a vida das pessoas e valorizar ainda mais a inteligência humana, a ciência, a pesquisa que nos proporcionam trabalhos grandiosos e que valem a pena sermos agentes articuladores de conhecimentos e transformação.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA - ABJ. **O que é Jurimetria?** 2019. Disponível em: <https://abj.org.br/conteudo/jurimetria/> Acesso em: 10 de junho de 2022.

BERTOZZI, Rodrigo; BUCCO, Renata. **Marketing jurídico: o poder das novas mídias & inteligência artificial.** Curitiba: Juruá, 2017.

BLOGJURIS. **Chatbots na advocacia: o guia completo.** 2018. Disponível em: <https://blog.juriscorrespondente.com.br/chatbots-na-advocacia-o-guia-completo/> Acesso em: 10 de junho de 2022.

BOGMANN, Itzhak Meir. **Marketing de Relacionamento: estratégias de fidelização e suas implicações financeiras.** São Paulo: Nobel, 2000.

CONTENTTEAM DIREITO PROFISSIONAL – CTDP. **O que preciso para me tornar um advogado empreendedor?** 2016. Disponível em: <https://www.direitoprofissional.com/advogado-empreendedor/>. Acesso em: 07 de julho de 2022.

COUTO, Mônica Bonetti; OLIVEIRA, Simone Pereira. Gestão da Justiça e do Conhecimento: A contribuição da Jurimetria para a Administração da Justiça. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 43, 2016, p. 771-801.

CURY, Augusto. **Características de um empreendedor.** 2014. Disponível em: <https://empreendedorparnaiba.blogspot.com/2014/09/caracteristicas-de-um-empreendedor.html>. Acesso em: 07 de julho de 2022.

FRANTZ, S. **Escritório digital: como esse conceito está mudando a advocacia.** 2019. Disponível em <https://blog.sajadv.com.br/escritorio-digital-mudandoadvocacia/>. Acesso em: 07 de julho de 2022.

HAGAN, Margaret. ***A Visual Approach to Law***. 2017. *Miscellaneous Law School History & Publications*. Disponível em <https://repository.law.umich.edu/miscellaneous/36>. Acesso em 10 de junho de 2022.

LUDGERO, Paulo Ricardo. **A advocacia na quarta revolução**. 2019. Disponível em: <https://ludgeroadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/796650416/a-advocacia-na-quarta-revolucao-a-advocacia-40>. Acesso em: 04 de agosto de 2022.

MARTINSON, Júlia. **Saiba quem foi Peter Drucker e quais seus principais legados para a Gestão e o Marketing moderno**. 2022. Disponível em: <https://resultadosdigitais.com.br/agencias/peter-drucker>. Acesso em: 10 de junho de 2022.

SCHNAIDER, Ricardo. **Como as máquinas podem entender nossa linguagem**. 2022. Disponível em: <https://blog.dsbrigade.com/o-que-e-nlp-e-como-as-maquinas-podem-entender-nossa-linguagem/>. Acesso em: 04 de agosto de 2022.

SILVA, Sheila Aparecida da. **Inteligência Artificial no Direito**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/89283/inteligencia-artificial-no-direito>. Acesso em: 04 de agosto de 2022.

SOUZA, Bernardo de Azevedo OLIVEIRA, Ingrid Barbosa. **Visual Law: Como os elementos visuais podem transformar o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SYOZI, Ricardo. **O que é deep learning?** Entenda as características do *deep learning*; conheça aplicações no dia a dia e entenda a diferença com o *machine learning*. 2022. Disponível em: <https://tecnoblog.net/responde/o-que-e-deep-learning/>. Acesso em: 04 de agosto de 2022.

DIREITO E PANDEMIA (COVID-19): AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

*Jefferson Max Delfino
Renata Suellen Ferreira Coelho*

DIREITO E PANDEMIA (COVID-19): AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Jefferson Max Delfino¹

Renata Suellen Ferreira Coelho²

Resumo: O artigo exposto tem o objetivo de discutir o surgimento da organização Mundial da Saúde (OMS) no âmbito internacional, os principais marcos históricos e políticos e as estratégias no cenário sanitário internacional. Foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental através de documentos da OMS, textos de apresentação institucional e artigos. Dois momentos fundamentais na influência da OMS nas políticas de saúde internacionais foram identificados: garantir a todas as pessoas o mais elevado nível de saúde e na prevenção da transmissão de doenças entre os países, período em que são realizadas profundas transformações nas políticas de saúde internacionais e, em especial, em que há a necessidade de estabelecer nexos metodológicos e políticos com as estratégias de globalização da economia e com as políticas de saúde globais.

Palavras-Chave: Direito Internacional. Organização Mundial de Saúde. Covid-19. Brasil

INTRODUÇÃO

Com o início da pandemia do coronavírus, os países têm tomado diversas iniciativas para conter o agravamento e o avanço da doença. Grande parte dessas iniciativas são pautadas com base no Regulamento Sanitário Internacional (RSI).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) é uma agência internacional que influencia monitora e avalia as políticas de saúde

¹ Bacharelado em Direito da Faculdade Minas Gerais – FAMIG. E-mail: jeffersonmax48@hotmail.com

² Bacharela em Direito da Faculdade Minas Gerais – FAMIG. E-mail: renatasuellenferreira@hotmail.com

em todo o mundo. Nesse sentido, o esforço de cooperação técnica e científica é a principal estratégia para influir nos sistemas nacionais de saúde.

A noção de agência internacional é utilizada neste trabalho foi um levantamento sobre o vírus (Covid-19) e a real situação do Brasil e suas consequências internacionais. A pandemia do novo coronavírus (Covid-19) trouxe novamente à tona a questão da obrigatoriedade das decisões e recomendações de organizações internacionais no País.

De fato, sabe-se que muitas organizações internacionais, como a OMS, expedem decisões ou recomendações aos seus Estados-membros, à luz de seu acordo ou tratado constitutivo.

Tal é assim pelo fato de serem formadas por Estados, que consentem, quando da assunção do jogo obrigacional.

1 HISTÓRIA E POLÍTICA

No período imediato do pós-guerra, ocorre o surgimento de diversas instituições de âmbito mundial, subsidiadas pelos países aliados, como a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, e o Banco Mundial, em 1944. Tais agências consistiam em um arcabouço institucional de agências internacionais, pensadas como sustentadoras da nova ordem mundial no pós-guerra. (PENA, 2021)

A Organização Mundial de Saúde (OMS) ou WHO (*World Health Organization*) surgiu com a proposta de cuidar de questões relacionadas com a saúde global. Essa agência especializada das Nações Unidas foi fundada em 7 de abril de 1948, quando seus estatutos foram ratificados. (SANTOS, 2022)

Atualmente, mais de 7000 pessoas trabalham em 150 escritórios em diferentes países, em seis escritórios regionais e na sede, em Genebra.

O objetivo da OMS, de acordo com sua constituição, é garantir a todas as pessoas o mais elevado nível de saúde. Vale destacar que essa agência define saúde como um estado de completo bem-estar físico,

mental e social, ou seja, a saúde é muito mais do que a ausência de doenças. (SANTOS, 2022)

É interessante perceber que a preocupação dessas organizações residia no controle e na prevenção da transmissão de doenças entre os países, como, por exemplo, no estabelecimento de um Consenso Sanitário Internacional para a navegação aérea. (SANTOS, 2022)

A partir de 1973, observa-se uma primeira revisão da política da OMS em relação a sua influência sobre os países membros. A assembleia então decidiu que a OMS deveria contribuir, mais do que assistir, com seus países membros no desenvolvimento de normas práticas para os sistemas nacionais de saúde. Em 1974, a OMS expandiu seu Programa de Imunização Infantil, com ênfase na poliomielite, sarampo, difteria, coqueluche, tétano e tuberculose. (MATTA, 2012)

Uma nova política da OMS foi lançada em 1977, com o objetivo inicial de propiciar um padrão de saúde que permitisse a todas as pessoas terem a oportunidade de levar uma vida social e economicamente produtiva. (MATTA, 2012)

Em 1978, este projeto intitulado “Saúde para Todos no Ano 2000” foi lançado durante a Conferência de Alma-Ata, que adotou como carro-chefe dessa política, em uma parceria entre a OMS e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), a Declaração sobre Cuidados Primários em Saúde. (MATTA, 2012)

Em 1978, a ONU, simultaneamente à realização da Assembleia Mundial de Saúde, reafirma que a saúde é a alavanca poderosa para o desenvolvimento socioeconômico e a paz. A ONU repete a estratégia em 1981, adotando a Estratégia Global para “Saúde para Todos no Ano 2000”, solicitando o apoio de outras organizações internacionais interessadas em colaborar com a OMS. (MATTA, 2012)

Logo no início da década de 1980, por sua vez, o Banco Mundial - que rapidamente vinha elevando o volume de recursos destinados à saúde e que propunha várias reformas setoriais com ênfase na redução do papel do Estado, inicia um programa de pesquisa destinado aos países em desenvolvimento. (MATTA, 2012)

2 O DESENVOLVIMENTO DA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL

O Direito internacional público é considerado como o conjunto de preceitos e fundamentos que regula a sociedade internacional. A sociedade internacional é composta por Estados soberanos, Organizações Internacionais e indivíduos, sendo, ainda hoje, os Estados como elemento central da sociedade internacional.

Nesse sentido, a ONU vem atuando, desde o final da Segunda Guerra Mundial, para elucidar conflitos e oferecer soluções a divergências entre os países signatários de sua carta.

O nome “Nações Unidas”, concebido pelo presidente Roosevelt, foi empregado pela primeira vez na Declaração das Nações Unidas, em 1º de janeiro de 1942, durante a Segunda Guerra. Na ocasião, os representantes de 26 países estabeleceram um compromisso, em nome de seus governos, de prosseguir em conjunto a luta contra os países do Pacto Anticomintern (as “potências do Eixo”, Alemanha, Japão e Itália).

A Carta das Nações Unidas foi redigida pelos representantes de 50 governos, reunidos em San Francisco, nos EUA, entre 25 de abril e 26 de junho de 1945, na Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional. Os delegados basearam seus trabalhos nas propostas formuladas pelos representantes da China, Estados Unidos, Reino Unido e União Soviética, em Dumbarton Oaks, entre agosto e outubro de 1944. (DW, 2022)

A construção da legislação internacional notadamente através da Carta da ONU (1945) instituiu segundo suas próprias palavras:

Preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe

sufrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. E para tais fins praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, nossos respectivos Governos, por 102 intermédios de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas. (BRASIL, 1945)

A Carta da ONU é o documento mais importante da Organização, como registra seu artigo 103:

No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta. (BRASIL, 1945)

O Direito Internacional Público está em constante crescimentos em seus diversos tratados internacionais oferecendo respostas no cenário global que impactam em uma demanda entre estados soberanos.

Nesse sentido de constante crescimento dessa modalidade jurídica, Núñez Novo afirma que:

[..] O direito internacional atual está a evoluir no sentido de uma sociedade global preocupada com os direitos humanos e esta evolução ergue limites à soberania das justiças nacionais dos Estados. As construções jurídicas em torno dos crimes de guerra, de genocídio e contra a humanidade mostram que a concepção da soberania está em evolução [...]. (NOVO, 2017, p. 1)

Os compromissos internacionais estabelecidos entre nações garantem a ordem jurídica internacional, bem como a presença de relativa unidade em temas de alta complexidade. Tendo em vista que o direito internacional não possui hierarquia teórica entre países, os tratados auxiliam na construção de pontes necessárias à unidade de um mundo globalizado e plural, capaz de dialogar com estruturas governamentais diferentes, que possam possuir em comum a finalidade de compartilhar objetivos.

3 A COVID-19 E A DESCOORDENAÇÃO GOVERNAMENTAL BRASILEIRA E INTERNACIONAL.

Os dados levantados com o impacto da pandemia da Covid-19 sugerem que os governos de outros países não estavam preparados para um aumento assustador nessas proporções.

As implicações sanitárias, sociais e econômicas exigem a ação dos Estados em diversos segmentos e evidenciam o quão essencial é uma coordenação governamental efetiva.

O gerenciamento de crises dessa magnitude é uma responsabilidade central dos governos, e uma responsabilidade difícil de cumprir, exigindo ações em diversos segmentos. A crise atual desafia diversas áreas de políticas públicas no curto e médio prazo. (BOIN; HART, 2003)

Considerando a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional pela Organização Mundial de Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020, em decorrência da Doença por Coronavírus – COVID-19 (decorrente do SARS-CoV2, novo Coronavírus). Dessa forma que, para conter o avanço descontrolado do contágio do COVID-19, quando as medidas de distanciamento social não estão surtindo o efeito desejado, a fim de permitir que o Sistema de Saúde consiga se recuperar para absorver, da melhor maneira possível, a demanda, faz-se necessária a suspensão total de atividades não essenciais com restrição de circulação de pessoas, medida conhecida como “lockdown”. (PIGATTO, 2020, p. 1).

O Regulamento Sanitário Internacional estabelece regras claras a serem seguidas pelos Estados Membros em casos de “emergência de saúde pública de importância internacional”.

Trata-se, especificamente, do art. 6º do tratado que dispõe que:

Cada Estado Parte notificará a OMS, pelos mais eficientes meios de comunicação disponíveis, por meio do Ponto Focal Nacional para o RSI, e dentro de 24 horas a contar da avaliação de informações de saúde pública, sobre todos os eventos em seu território que possam se constituir numa emergência de saúde pública de importância internacional, segundo o instrumento de decisão, bem como de qualquer medida de saúde implementada em resposta a tal evento. (ALMEIDA, 2020).

Em vista do acima exposto, pode-se dizer que as ações da China em resposta à pandemia Covid-19 violaram as disposições vinculativas

do Regulamento Sanitário Internacional e, portanto, deveriam ter responsabilidade internacional.

Os requisitos de responsabilização internacional dos países perante a Corte Internacional de Justiça não apenas violam as obrigações internacionais atribuídas a um país no caso da China, viola o Regulamento Sanitário Internacional, mas, também existem motivos de jurisdição.

Por fim, ainda que haja objeções às opiniões expressas pelas referidas comissões, a decisão caberá ao Diretor-Geral. Até o momento, o diretor-geral da agência considerou as decisões do comitê em crises de saúde passadas e atuais.

5 O REGULAMENTO SANITÁRIO INTERNACIONAL (RSI) E SUA APLICAÇÃO NA CRISE DA COVID-19

A Covid-19 é uma emergência de saúde pública e a OMS decretou situação de pandemia em 11 de março de 2020.

A visão do RSI é prevenir, proteger, controlar e fornecer medidas de resposta à saúde pública de forma proporcional aos riscos à saúde pública, de modo a prevenir a propagação internacional de doenças e evitar perturbar o trânsito e tráfego. (WHO, 2022)

É responsável por um diploma básico em situações de emergência, que contém informações detalhadas sobre a gestão de portos, aeroportos, transporte de cargas, passageiros, etc.

Uma das principais obrigações dos Estados Partes é notificar a OMS sobre eventos que possam constituir uma emergência de saúde pública de importância internacional e compartilhar todas as informações relevantes.

O RSI conceitua *emergência de saúde pública de importância internacional* como

(...) um evento extraordinário que, nos termos do presente Regulamento, é determinado como: (i) constituindo um risco para a saúde pública para

outros Estados, devido à propagação internacional de doença e (ii) potencialmente exigindo uma resposta internacional coordenada. (ANVISA, 2009, p. 14-15)

Retomando, deve-se ter em conta que o RSI é explícito quanto ao caráter não mandatário das recomendações.

De acordo com o documento,

“recomendação temporária” significa uma orientação de natureza não vinculante emitida pela OMS consoante o artigo 15, “recomendação temporária” significa uma orientação de natureza não-vinculante emitida pela OMS, para aplicação por tempo limitado, baseada num risco específico, em resposta a uma emergência de saúde pública de importância internacional, visando prevenir ou reduzir a propagação internacional de doenças e minimizar a interferência com o tráfego internacional. (ANVISA, 2009, p. 17)

Uma consequência prática do reconhecimento da natureza exortativa das recomendações da OMS é a impor obstáculos ao controle judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a gestão de Brundtland, a transformação institucional da OMS ocorreu quando várias agências internacionais começaram a mudar seu interesse pela saúde e uma grande quantidade de recursos passou a investir na saúde em todo o mundo.

Neste período, poderosas organizações não governamentais, fundações, instituições internacionais e até departamentos de saúde de países desenvolvidos começaram a se interessar pela saúde da população dos países pobres.

O direito internacional público é considerado um conjunto de regras e fundamentos que regulam a sociedade internacional. A comunidade internacional é composta por estados soberanos, organizações internacionais e indivíduos, e o estado continua sendo o elemento central da comunidade internacional.

O movimento técnico e político integrado ao conceito de saúde global iniciado na década de 1990 buscou conectar a transformação do mundo globalizado e seu impacto na saúde do mundo e de cada país.

Desde 1990 onde se iniciou a mobilização que visa os países mais pobre, essa é a primeira Pandemia que o mundo se deparou após todo o engajamento das organizações. É nítido que apesar de todas as organizações, a dificuldade vai além, como o cumprimento das medidas

É na perspectiva da hegemonia de estabelecer indicadores e políticas que se alinhem às estratégias globais de saúde que a OMS está participando dessa corrida de investimentos pela supremacia tecnológica e política no mercado global de saúde

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. **O Direito Internacional frente à pandemia Covid-19**. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-direito-internacionalfrente-a-pandemia-covid-19-09042020>>. Acesso em 15. jul, 2022.

ANVISA. **Regulamento Sanitário Internacional** – RSI (2005). 2009. Disponível em: www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/paf/regulamento-sanitario-internacional/arquivos/7181json-file-1. Acesso em: 6 ago. 2022.

BOIN, A.; HART, P. Public leadership in times of crisis: mission impossible? **Public Administration Review**, v. 63, n. 5, p. 544-553, Sept./Oct. 2003.

BRASIL. **Carta das Nações Unidas**. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 7 ago. 2022.

DEUTSCHE WELLE (DW) **HISTÓRIA**: 26 de junho de 1945. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/1945-assinada-carta-das-nações-unidas/a-582908>. Acesso em: 7 ago. 2022.

MATTA, Gustavo Corrêa. **A organização mundial da saúde: do controle de epidemias à luta pela hegemonia**. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1981-77462005000200007>. Acesso em: 6 ago. 2022.

NOVO, Benigno Núñez. **A importância do direito internacional na atualidade**. 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59325/a-importancia-do-direito-internacional-na-atualidade/3>>. Acesso em: 26. jun. 2022.

PENA, Rodolfo F. Alves. **Principais Organizações internacionais**. 2021. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/organizacoes-internacionais.htm>. Acesso em: 6 ago. 2022.

PIGATTO, Fernando Zasso. **Recomendações:** Recomendação nº 036, de 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1163-recomendac-a-o-n-036-de-11-de-maio-de-2020>. Acesso em: 6 ago. 2022.

SANTOS, Vanessa Sardinha dos. **Organização Mundial de Saúde.** Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/curiosidades/organizacao-mundial-saude-oms.htm>>. Acesso em 26. jun. 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **OMS.** Disponível em: <https://www.who.int/en/>. Acesso em: 06 ago. 2022

O ADQUIRENTE DE BOA-FÉ E A NECESSÁRIA PERQUIRIRIÇÃO DO BEM OBJETO DO NEGÓCIO JURÍDICO

*Mariella Guerra Moreira de Castro
Sylvia Carvalho de Resende*

O ADQUIRENTE DE BOA-FÉ E A NECESSÁRIA PERQUIRÇÃO DO BEM OBJETO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Mariella Guerra Moreira de Castro¹

Sylvia Carvalho de Resende²

RESUMO: O presente trabalho objetiva discorrer sobre o avanço jurisprudencial acerca da interpretação do disposto no art. 792, IV, do Código de Processo Civil – CPC, que tem afastado a aplicação literal do texto legal, para admitir a transferência ao credor, do ônus da prova quanto a existência de fraude à execução praticada pelo alienante devedor em cooperação do terceiro adquirente, que acaba por elevar a perquirção do bem à ferramenta de comprovação da boa-fé para a hipótese de execução em face do vendedor, mesmo após as alterações promovidas no art. 54, da Lei 14.382, de 27 de junho de 2022, que deixaram de condicionar a presunção da boa-fé à obtenção prévia de quaisquer documentos ou certidões além daqueles previstos no § 2º do art. 1º da Lei nº 7.433/85.

Palavras-Chaves: Fraude à execução. Adquirente de boa-fé. Ônus da prova.

INTRODUÇÃO

A legislação e jurisprudência processual civil, com o fito de proteger o credor e, igualmente, conferir segurança jurídica aos negócios envolvendo direitos reais sobre bem imóveis, construiu um

1 Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Gama Filho. Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Membro da Comissão de Direitos Sociais e Trabalhistas da OAB/MG Seccional de Belo Horizonte. E-mail: mariellagmc@gmail.com.

2 Advogada. Pós-graduanda em Gestão Estratégica na Advocacia pela Escola Superior da Advocacia da OAB/MG. Pós-graduanda em Direito Previdenciário e suas tendências pela PUC/MG. Pós-Graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNAR. Graduada em Direito pela PUC/MG e em Medicina Veterinária pela UFMG. E-mail: sylvia.resende@lacerdadinizsena.com.br.

arcabouço jurídico visando a proteção do credor, mas também do adquirente de boa-fé.

No Livro destinado a tratar sobre o processo de execução, o CPC apresenta o artigo 774, inciso I, que diz ser a fraude à execução, ato atentatório à dignidade da justiça, preceito que tem como fim proteger o credor do devedor de má-fé que, ciente da possibilidade de perda de seus bens, inicia um processo de esvaziamento de seu patrimônio, como forma de impedir a execução.

Na mesma senda, o artigo 792 e seus incisos, do CPC, arrola uma série de hipóteses em que a alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução, dispondo de forma expressa nos incisos I, II e III, acerca da necessidade de averbação da alienação no respectivo registro público, para que se caracterize a fraude.

Lado outro, no recorte objeto do presente estudo (art. 792, IV, CPC), foi omissivo quanto à obrigatoriedade da averbação da existência de ação judicial contra o devedor para configuração da fraude.

Como se denota do texto de lei supracitado, o legislador se olvidou de tratar acerca da situação do terceiro adquirente de boa-fé, que, desconhecendo a situação do vendedor alienante, celebra negócio jurídico envolvendo bem imóvel de propriedade desse, ante a omissão quanto à necessidade de averbação na matrícula do bem sobre o impedimento decorrente de existência de ação judicial em face do proprietário, o que fez surgir um ambiente de insegurança jurídica.

Nesse contexto, no presente artigo busca-se discorrer acerca da evolução jurisprudencial que, diante da omissão existente no art. 792, IV, do CPC, se viu necessário interpretar o preceito de Lei como forma de resguardar a presunção da boa-fé subjetiva e, para tanto, se utilizou o método de pesquisa descritiva como meio de analisar a norma jurídica-dogmática, a partir da revisão jurisprudencial composta pela jurisprudência clássica e contemporânea de Tribunais brasileiros, com o fim de demonstrar a mitigação do ônus probatório do adquirente de boa-fé a despeito do texto legal.

A pesquisa também é amparada na análise dos direitos fundamentais tutelados pela Constituição da República de 1988 e dos direitos infraconstitucionais dispostos no Código de Processo Civil de 2015 relacionados ao tema objeto de estudo. Buscar-se-á, por derradeiro, descrever meios legais de proteção do terceiro adquirente, sob o mote da presunção da boa-fé objetiva e do direito à propriedade privada.

1. A GARANTIA FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA E À PROPRIEDADE PRIVADA

A segurança jurídica constitui “o conjunto das condições que permitem às pessoas o conhecimento antecipado das consequências jurídicas de seus atos” (PINHO, 2010, p. 131).

O direito à propriedade privada, conforme dispõe o artigo 1.228, do CC, consiste na faculdade do proprietário de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. (BRASIL, 2002)

Sob o contorno da Constituição da República de 1988, o direito à propriedade é estendido ao direito patrimonial, econômico e pessoal, que, de acordo com Antônio Ferreira (2020, p. 187) “consiste basicamente em duas garantias: de conservação (ninguém será privado de seus bens fora das hipóteses previstas na Constituição) e de compensação (caso privado de seus bens, o proprietário deverá receber a devida indenização)”.

Ambos os princípios, na integralidade de seus alcances, são fundamentais para celebração de um negócio jurídico – “poder de [autorregulação] dos interesses que contém a enunciação de um preceito, independentemente do querer interno” (DINIZ, 2006, p. 436).

Ao firmar um contrato de compra e venda de bem imóvel, vendedor e comprador estabelecem as condições da transação do bem, condições essas que dão forma e segurança ao negócio jurídico. A partir do cumprimento das obrigações transacionadas, transfere-se

ao adquirente a propriedade do bem alienado pelo vendedor, e com ela os respectivos direitos e garantias previstos na legislação pátria.

No interesse se salvaguardar o credor, que não possui qualquer relação com o negócio jurídico celebrado, o Código de Processo Civil, especificamente em seu o artigo 792 e incisos, arrola uma série de hipóteses em que a alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução, dispondo de forma expressa nos incisos I, II e III, acerca da necessidade de averbação da alienação no respectivo registro público, para que se caracterize a fraude. (BRASIL, 2015)

A fraude à execução é uma das formas de se fraudar a execução, pois sua noção é mais ampla e abarca “qualquer tipo de fraude perpetrada pelo executado capaz de frustrar a atividade jurisdicional executiva ou prejudicar o exequente” (MENDES, 2005, *apud*, THEODORO JUNIOR, 2016, p. 349).

Neste condão, a princípio, para que o negócio jurídico tenha validade, o bem imóvel objeto da transação deve estar livre e desimpedido, sendo assim considerado, aquele que não houver gravado em seu registro público qualquer impedimento.

Diga-se “a princípio”, na medida que o pressuposto utilizado nos incisos I, II e III, do art. 792, do CPC, não foi replicado inciso IV, que se limita a dispor que, “quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência”. (BRASIL, 2015)

Sem a necessidade de registro na matrícula do bem sobre o impedimento decorrente de existência de ação judicial em face do proprietário, o que fez surgir um ambiente de insegurança jurídica.

2. DA JURISPRUDÊNCIA QUANTO À APLICAÇÃO DO ART. 792, IV, DO CPC PARA O RECONHECIMENTO DA CONFIGURAÇÃO DA FRAUDE À EXECUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, no julgamento do Recurso Especial nº 956.943/PR, firmou entendimento sobre o tema 243 – “Questão

referente aos requisitos necessários à caracterização da fraude de execução envolvendo bens imóveis, excetuadas as execuções de natureza fiscal”, no sentido de que “A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.”, de modo que “Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência (...)”. (STJ, 2014)

A despeito do posicionamento da Corte Superior de Justiça acerca da presunção de boa-fé do adquirente em caso de inexistência de averbação na matrícula do bem, o legislador se omitiu na redação do inciso IV, artigo 792, do CPC. (BRASIL, 2015)

A doutrina clássica desonera o credor exequente de provar a existência do *consilium fraudis*³ ou a *scientia fraudis*⁴, tendo a jurisprudência do STJ, ordinariamente, evitado interpretações que levem à “imposição de ônus de prova difícilíssima ou diabólica”, como a comprovação da existência de ligação entre devedor e terceiro, com o propósito de lesar o credor. (TST, 2018)

A ruptura do inciso IV com a coesão expressa nos incisos I, II e III do artigo 792, do CPC, que seria uma reafirmação da doutrina clássica, para alguns intérpretes, é justificada no fato de que o inciso IV estaria atrelado apenas a bens não sujeitos a registros públicos, o que seria corroborado pelo parágrafo segundo do mesmo dispositivo. (BRASIL, 2015)

Admitida a interpretação supra, caberia ao terceiro adquirente o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição bem, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem, demonstrando assim que contra esse não corre qualquer processo judicial capaz de levá-lo a insolvência.

3 Intenção de lesar o credor. Tradução livre.

4 Conhecimento, pelo terceiro adquirente, da situação de insolvência do devedor. Tradução livre.

Não obstante, e se não houver averbação no registro público do bem? Como será possível garantir a segurança do negócio jurídico celebrado, quando o inciso IV, artigo 792, do CPC, não preconiza a necessidade de averbação para caracterizar fraude à execução?

A teor da tese consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 375, “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.” (STJ, 2009)

Logo, inexistente qualquer impedimento no registro público do bem alienado, o ônus de demonstrar a fraude à execução é transferida ao credor, que deverá comprovar a má-fé do terceiro adquirente.

O entendimento expresso na Súmula supracitada está em linha com a presunção da boa-fé já pronunciada no julgamento do Recurso Especial nº 956.943/PR, e tem sido observada nos julgados mais recentes, não só nos Tribunais da Justiça Comum, como também em Tribunais Especializados, como os da Justiça do Trabalho.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de execução de título extrajudicial. Decisão agravada que indeferiu pedido de declaração de ineficácia da alienação de imóvel, por não verificar alienação em fraude à execução (...) Afastamento de fraude à execução que deve ser mantido. Negada a fraude na instância de origem, pois ausentes as hipóteses previstas no artigo 792 do CPC e Súmula nº 375 do STJ. Entendimento que ora se mantém. Aplicação da Súmula nº 375 do STJ e observância do Recurso Especial nº 956943/PR, julgado sob o regime dos recursos repetitivos. Inexistência de evidências seguras que permitam o reconhecimento da fraude à execução. Necessidade de se demonstrar que o adquirente do imóvel tinha conhecimento efetivo da demanda executiva proposta em face dos executados (...). (TJSP, 2022)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - FRAUDE À EXECUÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - ALIENAÇÃO

DO IMÓVEL APÓS AJUIZAMENTO DA AÇÃO - TERCEIRO ADQUIRENTE - MÁ-FÉ - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - NECESSIDADE DE MAIOR DILAÇÃO PROBATÓRIA - RECURSO NÃO PROVIDO. - Tendo a alienação do imóvel ocorrida após o ajuizamento da ação principal, não há que se falar em fraude à execução (art. 792, IV, do CPC), sobretudo quando ausente prova suficiente quanto à alegada má-fé do terceiro adquirente. - Decisão mantida. - Recurso não provido. (TJMG, 2019)

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO RESCINDENDA OCORRIDO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. DEMANDA AJUIZADA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. HIPÓTESES DE RESCINDIBILIDADE E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS. A jurisprudência da SDI-2 é remansosa no sentido de que as hipóteses de rescindibilidade são aquelas previstas no ordenamento jurídico em vigência ao tempo do trânsito em julgado da decisão que se pretende desconstituir, porém, os pressupostos processuais deverão observar a disciplina da legislação em vigor no momento do ajuizamento da demanda rescisória. FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL PERTENCENTE AO SÓCIO APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO TRABALHISTA CONTRA A EMPRESA E ANTES DO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO - ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DAS NORMAS INSERTAS NOS ARTS. 5º, XXII E XXXVI, E 100 DA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA; 593, II, 730 DO CPC/1973; E 535, 792, II, IV E § 3º, E 833, I, DO CPC DE 2015. 1. Consolidou-se nesta Corte o entendimento de que, quando a penhora não está inscrita no registro imobiliário, é necessária a prova da má-fé do terceiro adquirente, não sendo suficiente a verificação de que o negócio jurídico ocorreu no curso de processo distribuído em desfavor do devedor (Súmula 375 do STJ). (...) 3. Ao presumir a fraude à

execução sem o registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente, a Corte de origem violou a norma inserta nos arts. 5º, XXII, da Constituição Federal e 593, II, do CPC de 1973. FRAUDE À EXECUÇÃO. ALIENAÇÕES SUCESSIVAS - PROVA DA MÁ-FÉ DO ÚLTIMO ADQUIRENTE. NECESSIDADE. 1. Em acréscimo, é preciso ressaltar que não se evidenciando que o último adquirente do imóvel tivesse conhecimento da demanda processada no feito principal, sobretudo porque não adquiriu o bem do responsável pelo inadimplemento, e sendo incontroverso que ao tempo do negócio jurídico não havia registro de qualquer ônus na correspondente matrícula do imóvel ou suspeita de fraude, não é possível reconhecer a ineficácia da transmissão patrimonial. 2. Nesse caso, ainda que fosse provada a má-fé da primeira adquirente, contra ela deveriam ser dirigidas pretensões indenizatórias, pois, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “o reconhecimento da ineficácia da alienação originária, porque realizada em fraude à execução, não contamina, automaticamente, as alienações posteriores”. (TST, 2022)

RECURSO DE REVISTA. FRAUDE À EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE REGISTRO DE PENHORA NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. TERCEIRO DE BOA-FÉ. SEGURANÇA JURÍDICA. NECESSIDADE DE PROVA DA MÁ-FÉ DO ADQUIRENTE. 1.1. Nos termos do art. 792, IV, do CPC, a fraude à execução ocorre quando presentes dois requisitos: a litispendência, independentemente da natureza do processo (cognição, executivo ou cautelar) e a frustração dos meios executórios. 1.2. Quando o vendedor do bem alienado é o próprio executado, a fraude à execução não é de difícil constatação. Não é por outra razão que, ao adquirente de bens de expressivo valor monetário, cabe perquirir se o alienante se encontra na posição de réu, em demanda capaz de o reduzir à insolvência, sob pena de sofrer as consequências de possível e

futura evicção. O adquirente do bem alienado em fraude à execução responderá pela sua incúria. Disto decorre a lição clássica de que, em regra, ao exequente descabe provar a existência do “consilium fraudis” entre alienante e adquirente. 1.3. Entretanto, essa conclusão vem sendo mitigada pela jurisprudência em algumas situações. Isto se dá, principalmente, quando se impõe ao adquirente do bem (terceiro de boa-fé) um ônus desarrazoado, com intuito de evitar a fraude à execução, ou mesmo quando a conduta daquele é irrelevante para a consumação desta. 1.4. É o que se verifica no quadro fático delineado nos autos, em que não restou provada a má-fé do terceiro adquirente, tampouco o registro de penhora ou ônus, na matrícula do imóvel, que inviabilizasse a aquisição do bem, não havendo como presumir a fraude à execução. 1.5. Efetivamente, o direito da Fazenda Pública à satisfação de seu crédito - embora superprivilegiado - não é absoluto e, sendo assim, não pode violar a esfera patrimonial de pessoa que agiu com a diligência que ordinariamente se espera daquele que realiza negócio jurídico envolvendo a alienação de bem imóvel. A propriedade privada (art. 5º, XXII, da CF) e a segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, da CF) também são valores caros ao ordenamento jurídico brasileiro e, por isso, cabe ao exequente a prova de que o terceiro adquirente agiu de má-fé, com o intuito de fraudar a execução. Recurso de revista não conhecido. (TST, 2021)

A teor das jurisprudências do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, a jurisprudência tem mitigado a doutrina clássica, para desonerar o adquirente de boa-fé do ônus “desarrazoado” de comprovar não ser a hipótese de fraude à execução, quando inexistir registro de penhora ou ônus sobre a matrícula do imóvel, e comprovado ter o adquirente agido com a cautela necessária na celebração do negócio

jurídico, com a requisição de certidões negativas de existência de ação judicial em face do vendedor.

4. DA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA PERTINENTE À COMPROVAÇÃO DA BOA-FÉ DO ADQUIRENTE DE BEM IMÓVEL

A redação original da Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015, já previa em seu artigo 54 a necessidade do registro dos atos relativos ao imóvel de forma concentrada em sua respectiva matrícula, sob pena de não serem oponíveis a terceiros que porventura venham a adquirir o imóvel em ato posterior, conforme se vê:

Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;

II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil;

III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e

IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II

do art. 593 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel. (BRASIL, 2015)

A partir da leitura do parágrafo único do dispositivo supracitado, já se constatava a ressalva quanto às situações jurídicas que não dependem de averbação na matrícula do imóvel para serem oponíveis a terceiros estão previstas de forma expressa, não deixando dúvida acerca da necessidade da concentração dos demais atos na matrícula do imóvel.

Na mesma linha, os artigos 828, parágrafo quarto, e 844, do CPC, dispõem que a má-fé do terceiro adquirente somente será presumida quando devidamente registrada na matrícula do imóvel a situação jurídica que se pretende garantir.

Art. 828. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.

§ 1º No prazo de 10 (dez) dias de sua concretização, o exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas.

§ 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente providenciará, no prazo de 10 (dez) dias, o cancelamento das averbações relativas àqueles não penhorados.

§ 3º O juiz determinará o cancelamento das averbações, de ofício ou a requerimento, caso o exequente não o faça no prazo.

§ 4º Presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens efetuada após a averbação.

§ 5º O exequente que promover averbação manifestamente indevida ou não cancelar as averbações nos termos do § 2º indenizará a parte contrária, processando-se o incidente em autos apartados.

Art. 844. Para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, cabe ao exequente providenciar a averbação do arresto ou da penhora no registro competente, mediante apresentação de cópia do auto ou do termo, independentemente de mandado judicial. (BRASIL, 2015)

Ainda, sobre a comprovação da boa-fé do adquirente, após já ter sofrido algumas modificações no ano de 2021 que restaram superadas em recente alteração trazida pela Lei nº 14.382, de 27 de junho de 2022, o mencionado art. 54 da Lei nº 13.097/2015 passou a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

(...)

II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, de que a execução foi admitida pelo juiz ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos no art. 828 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);

(...)

IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso IV do caput do art. 792 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 1º Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no registro de imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

§ 2º Para a validade ou eficácia dos negócios jurídicos a que se refere o caput deste artigo ou para a caracterização da boa-fé do terceiro adquirente de imóvel ou beneficiário de direito real, não serão exigidas:

I - a obtenção prévia de quaisquer documentos ou certidões além daqueles requeridos nos termos do § 2º do art. 1º da Lei nº 7.433, de 18 de dezembro de 1985; e

II - a apresentação de certidões forenses ou de distribuidores judiciais (BRASIL, 2022)

Constata-se, pois, que, além da manutenção do teor do parágrafo único da redação original, agora renumerado como parágrafo primeiro, dentre outras alterações no texto legal, o legislador cuidou de acrescentar o parágrafo segundo, com seus incisos I e II, ao mencionado artigo 54, que deixam claro que para a caracterização da boa-fé do adquirente não serão exigidas a obtenção prévia de documentos ou certidões que não a comprovação do pagamento do Imposto de Transmissão *inter vivos*, as certidões fiscais e as certidões de propriedade e de ônus reais, tampouco a apresentação de certidões forenses ou de distribuidores judiciais. (BRASIL, 1985)

5. DA PERQUIRÇÃO DO BEM PELO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ E DA IMPORTÂNCIA DA DUE DILIGENCE IMOBILIÁRIA NO ÂMBITO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL RELATIVA À ALEGAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO

A despeito da literalidade do art. 792, IV, do CPC permitir inferir bastar a tramitação contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência, ao tempo da alienação ou da oneração do bem, para configuração da fraude à execução, conforme exposto nos capítulos anteriores, o que se tem verificado na jurisprudência é a imposição ao credor, que persegue a satisfação de seu crédito por meio do bem alienado a terceiro, da comprovação da existência de má-fé por parte do adquirente, além da citação prévia do devedor quanto à ação em andamento capaz de reduzi-lo à insolvência.

Ainda, a presunção da boa-fé, como também discorrido, decorre de outros dispositivos legais que preveem taxativamente as hipóteses de presunção de má-fé e a desoneração do adquirente da apresentação de diversos documentos e certidões como condição para a validade ou eficácia da aquisição do bem imóvel.

No que diz respeito ao entendimento jurisprudencial referente à necessidade de comprovação, pelo credor, da má-fé do terceiro adquirente para o reconhecimento da configuração da fraude à execução, constata-se que ele tem como consequência basicamente a instauração de uma verdadeira instrução processual, que pode acarretar a transferência ao terceiro adquirente do ônus probatório de sua boa-fé, na medida que o artigo 373, I, do CPC, impõe ao autor o ônus probatório quanto ao fato constitutivo de seu direito. (BRASIL, 2015)

É que o parágrafo quarto do art. 792 do CPC dispõe que, caso alegado pelo credor a ocorrência de fraude à execução, “Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias.” (BRASIL, 2015)

Trata-se de procedimento previsto nos artigos 674 a 681, que deverá ser distribuído por dependência ao juízo que ordenou a constrição e autuados em apartado, feito este que demandará dilação probatória.

Sobre os embargos de terceiro, tem-se que:

Trata-se de ação de conhecimento, constitutiva negativa, de procedimento especial sumário, cuja finalidade é livrar o bem ou direito de posse ou propriedade de terceiro da constrição judicial que lhe foi injustamente imposta em processo de que não faz parte. O embargante pretende ou obter a liberação (manutenção ou reintegração na posse), ou evitar a alienação de bem ou direito indevidamente constricto ou ameaçado de o ser. (NERY JÚNIOR, 2019, *apud* ARANON, 2020)

Neste contexto, em sendo os Embargos de Terceiro o remédio jurídico apto a comprovar a regularidade do negócio jurídico que consubstanciou na alienação do bem, e sendo o terceiro adquirente, ainda que a mais recente redação do art. 54, da Lei nº 14.382/22 tenha o eximido da obrigatoriedade de obtenção prévia de quaisquer documentos ou certidões além daqueles requeridos nos termos do § 2º do art. 1º da Lei nº 7.433/85, a norma processual transfere para este o ônus probatório quanto a sua boa-fé na aquisição do bem imóvel.

A manutenção da redação original do inciso IV, do artigo 792, do CPC aliada ao disposto na regra processual quanto ao ônus probatório, coloca o terceiro adquirente mais uma vez em situação de insegurança jurídica, que pode ser compelido a comprovar sua boa-fé por ocasião de Embargos de Terceiros, a ser distribuído por dependência ao processo de execução existente.

Importante consignar que, a despeito do entendimento jurisprudencial e de alguns dispositivos legais favoráveis ao adquirente de boa-fé no que tange ao ônus probatório, a previsão da necessidade de oportunizar ao adquirente a oposição de embargos de terceiro “antes

de declarar a fraude à execução”, já permite inferir que o mínimo de prova acerca da alegada fraude já foi produzida pelo credor. Não o fosse, seria o caso de negativa sumária do pedido. Assim, tem-se que o ônus de afastar a tese de fraude à execução apresentada pelo credor estaria, ao menos, no âmbito da produção de contraprova.

Nesse diapasão, a interpretação em conjunto dos preceitos dispostos na Constituição da República/88 e na norma infraconstitucional, acredita-se que, em que pese não haver obrigatoriedade legal de obtenção de outras certidões, salvo as já determinadas por lei, a fim de salvaguardar a validade do negócio jurídico celebrado, é prudente ao adquirente promover a busca por quaisquer impedimentos que porventura possam recair sobre o bem objeto de alienação, sendo o procedimento de *due diligence* imobiliária aquele que melhor se amolda aos interesses do terceiro.

Due diligence, em tradução livre, significa “diligência prévia”, sendo a *due diligence* imobiliária nada mais que um procedimento especializado de averiguação da regularidade de imóveis sujeitos a um negócio jurídico.

O procedimento objetiva a análise e a avaliação detalhada de informações do bem e do vendedor, seja ele pessoa física ou sociedade empresária, que engloba não só a análise do registro público do imóvel, mas também a existência de ação judicial ou administrativa envolvendo o vendedor e, em caso de pessoa jurídica de direito privado, seus sócios, visando demonstrar estar o bem livre e desimpedido, garantido maior segurança ao negócio jurídico.

Por meio da análise dos registros públicos do imóvel e da busca por eventual processo de natureza cível, fiscal ou trabalhista em face do vendedor, nos últimos 05 (cinco) anos, na comarca de registro do imóvel, o adquirente é capaz de certificar sobre a inexistência de impedimentos que já existam ou que possam recair sobre o bem, capazes de invalidar a transação de compra e venda, ou ao menos comprovar ser adquirente de boa-fé.

Veja-se que, no próprio voto vencido por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 956.943/PR já mencionado acima, proferido

pela Ministra Nancy Adrighi, que entendeu que caberia ao adquirente a comprovação da boa-fé para afastar a fraude à execução no caso de existir ação capaz de levar o alienante à insolvência ainda não averbada na matrícula do imóvel, é possível constatar alguns cuidados que o adquirente pode tomar e que podem ser utilizados pelo adquirente para impugnar eventual alegação de má-fé por parte do credor exequente, resguardando a aquisição do imóvel.

Por outro lado, convém ressaltar que, dada a multiplicidade de comarcas existentes em nosso país, nem sempre ao comprador é possível – nem viável – a identificação de todas as ações ajuizadas contra o devedor. Tomando por base o comportamento do homem médio, zeloso e diligente no trato dos seus negócios, bem como a praxe na celebração de contratos de venda e compra de imóveis, é de se esperar que o adquirente efetue, no mínimo, pesquisa nos distribuidores das comarcas de localização do bem e de residência do alienante.

Esse entendimento é corroborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, que acrescenta, ainda, a necessidade de se “levar em conta como ocorreu a fraude de execução” sugerindo a realização de “pesquisas nas comarcas em que o alienante tem domicílio, caso ele tenha diversos domicílios.”

Ciente dessa circunstância, não se está aqui sugerindo o estabelecimento de uma presunção absoluta contra o terceiro adquirente, mas de lhe impor o ônus de demonstrar a existência de um cenário fático a partir do qual seja razoável inferir que não havia como ter conhecimento da insolvência do alienante ou da existência de ações contra ele ajuizadas.

O dever de cautela do terceiro adquirente, portanto, deve ficar restrito à obtenção de certidões nas comarcas de localização do bem e de residência do alienante nos últimos 05 anos. Nessa última hipótese, a pesquisa deverá abranger tantos quantos forem

os domicílios do alienante, já que o art. 71 do CC/02 admite a multiplicidade de residências.

Assim, a perquirição prévia do bem como forma de comprovação da boa-fé do adquirente, em um cenário de insegurança jurídica trazida pela legislação conflitante e no cenário do ônus processual da produção da prova (ou contraprova), evidencia a importância à realização de *due diligence* imobiliária, na medida que a demonstração de inexistência de *consilium fraudis* ou de *scientia fraudis*, impõe a prevalência do direito fundamental à propriedade privada e da segurança jurídica, à execução do crédito.

CONCLUSÃO

A despeito de a presunção da boa-fé ser estar incutida no ordenamento jurídico como princípio basilar e de ter sido ratificada na mais recente redação do art. 54, da Lei 14.382, de 27 de junho de 2022, desobrigando o terceiro adquirente de buscar outras certidões, senão aquelas já previstas na Lei, a ruptura do legislador com a premissa contida nos incisos I, II e III, do artigo 792, do CPC ao dar redação ao inciso IV, bem como distribuição do ônus probatório disposto no artigo 373, do CPC devolve ao terceiro adquirente a necessária perquirição do bem imóvel objeto do negócio jurídico, ainda que em sede de contraprova.

Tal conclusão se faz na medida que eventual declaração de nulidade da alienação decorrente de fraude à execução será enfrentada por meio de embargos de terceiro, processo de conhecimento, no qual o adquirente figura como autor e por meio do qual o ônus de afastar eventual prova de má-fé trazida pelo credor é imposto ao adquirente.

Neste condão, a escorreita perquirição do bem imóvel através da análise de seu registro público e de possíveis impedimentos que possam ser lançados sobre o vendedor em razão de ação de natureza cível, fiscal, trabalhista ou administrativa em face desse, em seu

domicílio, no local e na capital do estado onde se situa o bem imóvel - caso não se situe na capital -, nos últimos 5 (cinco) anos, constitui importante instrumento de demonstração da boa-fé do terceiro adquirente para a hipótese do art. 792, inciso IV, do CPC/15, na qual a averbação é dispensada, bem como contundente meio de prova em embargos de terceiro, para demonstrar que o adquirente agiu com diligência e boa-fé, resguardando a validade do negócio jurídico, o que melhor pode ser feito através de *due diligence* imobiliária.

REFERÊNCIAS

ARANON, Cleiton Aparecido de Assis. **Embargos de Terceiro**. 2020. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54368/embargos-de-terceiro>. Acesso em: 15 jul 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.433, de 18 de dezembro de 1985**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7433.htm#art1%C2%A72. Acesso em 14 jul. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 08 jul. 2022.

BRASIL. **Código Civil brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 08 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13097.htm. Acesso em 13 jul. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 08 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.382, de 27 de junho de 2022**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14382.htm#art16. Acesso em 13 jul. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, Antônio Carlos Gomes. **Direito Constitucional: Teoria Geral e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Clube dos Autores, 2020.

PINHO, Rodrigo C.R. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 375**. 2009. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_33_capSumula375.pdf. Acesso em: 08 jul. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial 956.943/PR**. 2014. Relatora: Ministra Nancy Andrighi – Corte Especial. 1 dez. 2014. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=959675&num_registro=200701242518&data=20141201&formato=PDF>. Acesso em: 08 jul. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. III. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação cível nº 1182686-76.2018.8.13.0000**. 2019. Relator: Maurício Pinto Ferreira. Disponível em: <https://dje.tjmg.jus.br/pesquisarDiarioJudiciario.do>. Acesso em 15 jul. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Agravo de Instrumento nº 2056023-63.2022.8.26.0000**. 2022. Relator: Roberto Maia. Disponível em: <http://www.dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSim.ples.do?cdVolume=16&nuDiario=3546&cdCaderno=11-1&nuSeqpagina=1986>. Acesso em 15 jul. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso Ordinário 200199820175040000**. 2022. Relator: Amaury Rodrigues Pinto Junior

- Subseção II Especializada em Dissídios Individuais. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1470748969/recurso-ordinario-ro-1150353201650.30000/inteiro-teor-1470749083>>. Acesso em: 06 jul. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Recurso de Revista 3581920195110017**. 2021. Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira – Terceira Turma. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1212544522/recurso-de-revista-rr-3581920195110017/inteiro-teor-1212544624>>. Acesso em: 06 jul. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Intenção de lesar credor não é imprescindível para caracterizar fraude**. 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-05-15_09-27_Intencao-de-lesar-credor-nao-e-imprescindivel-para-caracterizar-fraude.aspx. Acesso em 12 jun. 2022.

DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS E DA PARTICIPAÇÃO DO COMPANHEIRO NA UNIÃO ESTÁVEL

*Marina Coelho Godinho
Renata Lourenço Pereira Abrão
Verônica Gonçalves Estrella*

DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS E DA PARTICIPAÇÃO DO COMPANHEIRO NA UNIÃO ESTÁVEL

Marina Coelho Godinho¹

Renata Lourenço Pereira Abrão²

Verônica Gonçalves Estrella³

Resumo: O presente artigo tem como objetivo debater a participação do companheiro sobrevivente na sucessão e as dificuldades de se considerá-lo como herdeiro necessário. Para tanto, debruça-se sobre a união estável enquanto entidade familiar, diferenciando-a do casamento; e sobre a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Casamento. Direito Sucessório. Herdeiros Necessários. Inconstitucionalidade. União Estável.

INTRODUÇÃO

Em um determinado momento da pré-história, os seres humanos passaram a se organizar em pequenos grupos por reconhecerem que havia mais chance de sobrevivência quando organizados em bandos, cooperando uns com os outros. A organização deu origem às famílias ou clãs em configurações diferentes.

No direito brasileiro, principalmente por questão cultural, famílias com configurações diferentes recebiam tratamento jurídico diferente, até que, com a entrada em vigor da Constituição Federal

1 Advogada. Palestrante. Especialista em Direito Material e Processual Previdenciário pelo IEC – PUC/MG. Pós-Graduada em Direito do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

2 Advogada. Professora universitária. Palestrante. Especialista em Direito Civil Aplicado pelo IEC - PUC/MG. Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais com bolsa capes e distinção cum laude. Membro da Comissão de Direito Civil da OAB/MG.

3 Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade Minas Gerais – FAMIG.

de 1988, passa-se a ter o reconhecimento de princípios como o da igualdade e da pluralidade.

Não obstante, a família matrimonial vem sendo tratada de forma diferente da família informal, a exemplo do que acontece com na sucessão do cônjuge e do companheiro sobrevivente.

O presente artigo tem por fim a análise da possível classificação do companheiro como herdeiro necessário a partir da análise do disposto nos artigos 1.845 e 1790, ambos do Código Civil, bem como do julgamento dos Recursos Extraordinários 646721 e 878694.

Inicia-se o presente artigo com uma análise pormenorizada do conceito de família, das espécies de família mais comuns na sociedade brasileira e a sua relevância constitucional.

Em seguida, realizar-se-á análise do casamento e da união estável, tanto com base no Código Civil de 1916, quanto do Código Civil de 2022, somada ao entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário sobre o tema.

Posteriormente, será estudado o direito sucessório na união estável e no casamento e as repercussões legais que a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil inaugurou, dentre elas, as discussões sobre a possível inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários.

1 DA FAMÍLIA MATRIMONIAL E DA FAMÍLIA INFORMAL

Considerando que a organização em família – ainda que de forma diferente daquela conhecida nos dias atuais, acompanha o surgimento da raça humana, pode-se afirmar que se trata de um dos institutos mais antigos que se tem conhecimento. É também um dos mais relevantes para a sociedade na busca do eudemonismo, tendo passado por inúmeras transformações no decorrer dos tempos a fim de se encaixar no momento histórico e cultural em que se encontra.

Carlos Roberto Gonçalves, ao estudar o vínculo familiar, assim ensina:

Lato sensu, o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreendem os cônjuges e companheiros, os parentes e os fins (...). As leis em geral referem-se à família como um núcleo mais restrito construído pelos pais e sua prole, embora esta não seja essencial a sua configuração. É a denominada pequena família, porque o grupo é reduzido ao seu núcleo essencial: pai, mãe e filhos, correspondendo aos que os romanos denominavam *domus*. Tratava-se de instituição jurídica e social, resultante de casamento ou união estável, formada por duas pessoas de sexo diferente com a intenção de estabelecerem uma comunhão de vidas e, via de regra, de terem filhos a quem possam transmitir o seu nome e seu patrimônio. (GONÇALVES, 2011, p 12).

Trata-se de entidade protegida constitucionalmente pelo artigo 226 da Constituição Federal de 1988, que a reconhece como base da sociedade e garante especial proteção pelo Estado. (BRASIL, 1988).

Na busca pela garantia da dignidade e confirmando a valorização do ser humano, à medida em que as organizações familiares foram sofrendo modificações, percebeu-se evolução na legislação constitucional e infraconstitucional, reconhecendo-se a importância do vínculo afetivo e das várias espécies de família.

Chama-se atenção para duas espécies: a família matrimonial e a família informal. A primeira, prevista nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 226 da Constituição Federal, tem sua formação a partir do casamento, que será civil e entre duas pessoas.

Sendo, há algumas décadas, a única forma de se constituir família, o instituto manteve-se vinculado à igreja católica até a segunda metade do século XIX, quando o então Ministro da Justiça, Diogo de Vasconcellos, propôs a realização de casamento acatólico.

A forma como era regido tinha muito a ver com o padrão comportamental esperado da época, em que apenas se aceitava o casamento heterossexual e religioso, ligado à ideia do conservadorismo.

Confira-se o ensinamento de Baptista sobre o tema:

Sempre desfrutou de especial proteção legal. Antes da CF/88, o Estado só reconhecia a família formada pelo casamento solene, que jamais poderia ser desconstituído; somente anulado. Tudo isso para atender aos interesses do Estado e da Igreja, que impunham um padrão na tentativa de conservar a moralidade. (BAPTISTA, 2014, p. 27).

Isso contribuiu para a manutenção de sua indissolubilidade até meados de 1977: o casamento somente podia ser dissolvido pela anulação ou pelo desquite. Porém, em 26 de dezembro do referido ano, foi publicada a Lei 6.515, que ficou conhecida como Lei do Divórcio, passando a permitir sua dissolução. (ASSIS, 2010)

Para tanto, seria necessário a separação prévia, seja de fato por mais de 02 anos, ou judicial por pelo menos 01 ano, para que, em seguida, fosse pleiteado o divórcio. No entanto, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 66/2010, passou-se a admitir o divórcio direto, independentemente de separação prévia.

Atualmente, encontra-se regulado nos artigos 1.511 e seguintes do Código Civil, *in verbis*, interessando-nos saber, em especial que:

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei.

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

§ 1º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.

§ 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532.

§ 3º Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil. (BRASIL, 2002)

Trata-se, portanto, de ato formal, que, para a validade, deve respeitar uma série de requisitos.

Já a segunda espécie de família, denominada *família informal*, mencionada no §3º do artigo 336 da Constituição Federal de 1988,

tem formação a partir da constituição de união estável, recebendo tal denominação porque dispensa-se, para a constituição de união estável, as formalidades de um casamento. União estável simplesmente é. Simplesmente ocorre. (BRASIL, 1988)

Para sua configuração, conforme o artigo 1.723 do Código Civil, é necessário que haja um relacionamento público, contínuo e duradouro, entre duas pessoas e com o objetivo de constituição de família. (BRASIL, 2002)

Sendo assim, a conceituação de entidades familiares traz uma pluralidade de famílias reconhecidas no ordenamento jurídico pátrio tanto as previstas expressamente quanto as ratificadas pela sociedade.

2 DA RECEPTIVIDADE DA UNIÃO ESTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Código Civil Brasileiro de 1916 não reconhecia como entidade familiar a união estável havida entre duas pessoas, que se denomina como um vínculo amoroso tido entre dois indivíduos sem as formalidades existentes no casamento.

Diante dessa perspectiva, a união estável era considerada como concubinato, relação composta por duas pessoas que eram casadas, separadas ou não que se relacionavam amorosamente sem constituir o matrimônio.

“A união livre simplesmente não era considerada como família e a sua concepção era de uma relação ilícita, comumente associada ao adultério e que deveria ser rejeitada e proibida”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 456).

Ainda segundo Gagliano e Pamplona Filho (2019), a imagem do concubinato era causa de inúmeros preconceitos e discriminações. Um exemplo desse tipo de diferenciação era no tocante aos filhos advindos do matrimônio e os que vinham das uniões *livres*, de modo que os descendentes tidos na constância do casamento tinham uma posição de superioridade frente aos demais, notadamente, maiores benefícios de ordem familiar e testamentária.

Sabe-se que o Código Civil de 1916 trazia inúmeros dispositivos legais que tratavam a união estável com certo distanciamento do casamento.

Sobre o assunto, Madaleno explica que:

A legislação brasileira também sempre se apresentou como em oposição ao concubinato, existindo diversos dispositivos no revogado Código Civil de 1916 a proibirem doações do cônjuge adúltero ao seu cúmplice e outorgando à mulher casada a legitimidade processual para reivindicar os bens comuns, doados ou transferidos pelo marido à concubina, assim como impedindo a instituição da concubina como beneficiária do contrato de seguro de vida, cujos dispositivos sempre tiveram em mira a concubina de homem casado, em defesa da família matrimonial, única expressão de legítima e exclusiva exteriorização de entidade familiar. (MADALENO, 2020, p. 1894).

Diante disso, verifica-se que o concubinato⁴, em tempos anteriores à Constituição de 1988, era considerada um vínculo bastante inferior ao casamento, haja vista que esse instituto era o único que validava a família.

No entanto, tanto as legislações, quanto julgados de inúmeros Tribunais e doutrina, foram se ajustando para que começasse a dar certa credibilidade ao instituto da união estável com a finalidade de tentar dar os mesmos direitos tidos no casamento ao concubinato.

Um progresso no ano de 1964 foi a edição da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, dispondo que “comprovada a existência

4 Sobre a denominação “concubinato”, esclarece-se que este foi, à época, dividido em concubinato puro, vínculo formado por duas pessoas que não contava com se quer alguma causa impeditiva para o casório; e concubinato impuro – vínculo composto por dois indivíduos que possuem alguma causa impeditiva para o casamento. Atualmente, porém, com o reconhecimento da união estável como entidade familiar, a expressão concubinato é utilizada apenas para se referir às pessoas impedidas de se casar e que se relacionam entre si.

de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”, dando maior fidedignidade à união estável. (STF, 1964)

Outro marco de suma importância para essa evolução foi a edição da Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal indicando que “a vida em comum sob o mesmo teto, more uxório, não é indispensável à caracterização do concubinato”. (STF, 1964)

Isso porque começou-se a entender que não era obrigatório que as pessoas residissem sob o mesmo teto para que houvesse o reconhecimento do instituto da união estável, sendo imperioso o preenchimento dos outros pressupostos para sua caracterização.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a união estável teve menção expressa a fim de ser considerada como entidade familiar sem qualquer tipo de discriminação e distanciamento em vista do casamento, eis que a Carta Magna também trouxe consigo o reconhecimento de outras entidades que podem ser consideradas como família, dando amparo estatal para quem quisesse optar por qualquer categoria.

Conforme entendimento de Madaleno:

Alterava a Constituição Federal de 1988 os paradigmas socioculturais brasileiros, ao retirar o concubinato do seu histórico espaço marginal e passar a identificá-lo não mais como uma relação aventureira e de segunda categoria, mas, doravante, como uma entidade familiar denominada como união estável, assemelhada ao casamento, com identidade quase absoluta de pressupostos, e com a alternativa de ser transformada em casamento. (MADALENO, 2020, p. 1897).

Ressalta-se também a inclusão do instituto familiar da união estável no Código Civil de 2002 nos artigos 1.723 a 1.727 bem como em outros capítulos, trazendo de forma objetiva sua caracterização bem como amparo legal para sua formação.

Diante disso, a união estável havida entre duas pessoas passou a ter respaldo legal e proteção acerca da sua constituição, tendo, sobretudo, algumas aplicabilidades das disposições do casamento.

3 DAS DIFERENÇAS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

Em que pese o casamento e a união estável serem considerados espécies de família, ambos são muito diferentes, a começar por sua formação. Não fosse assim, a Constituição Federal não previa que *é dever do Estado facilitar a conversão da união estável em casamento*, nos ditames do artigo 226, § 3 da Carta Magna.

Ainda, sabe-se que o matrimônio se trata de um vínculo jurídico solene em que há intervenção do Estado desde a sua habilitação até, se for o caso, sua extinção. Refere-se a um contrato estabelecido pelas partes, obedecidos os ditames legais, formalizado por um juiz de paz ou juiz de direito, devendo ser registrado em cartório, mudando, assim, o estado civil do casal.

Frisa-se também que os deveres do casamento estão dispostos no artigo 1.566 do Código Civil, veja-se:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I – fidelidade recíproca;
 - II – vida em comum, no domicílio conjugal;
 - III – mútua assistência;
 - IV – sustento, guarda e educação dos filhos;
- (BRASIL, 2002)

Ao passo que a união estável se trata como um fato jurídico em que não há formalidades para sua configuração, apenas o preenchimento dos requisitos para que possa existir, sem, portanto, alterar o estado civil dos indivíduos. Frisa-se que embora não haja obrigatoriedade de formalidades, nada impede que o casal deseje registrar a união em um cartório.

Uma diferença importante de se ressaltar é a intervenção estatal nas duas espécies de família. Sabe-se que a todo tempo o Estado intervém no casamento, ainda de forma mínima, para sua regulamentação. Enquanto na união estável, o Estado possui certa dificuldade para intervenção, vez que com a falta de formalidades a serem seguidas, podem ser constituídas por mais de duas pessoas e serem instituídas mais de uma união, sem que caracterize algum tipo de bigamia ou impedimento legal, o que não pode ocorrer no casamento.

No que tange à união estável, o diploma civilista resolveu por dissertar em seu artigo 1.724 que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. Com isso, tem-se mais uma diferença clara entre os dois institutos, visto que no matrimônio os indivíduos devem se basear na fidelidade à medida que na união estável as partes se amparam na lealdade. (BRASIL, 2002)

4 DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO ESTÁVEL E NO CASAMENTO

O direito sucessório no tocante à união estável é tratado no artigo 1.790 do Código Civil, enquanto que, no casamento, tem previsão no artigo 1.829 da mesma legislação. Com isso, é estabelecida ordem sucessória diferenciada em cada um dos institutos, respectivamente.

De acordo com o artigo 1.829 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002).

Sua participação é privilegiada considerando o fato de o artigo 1.845 do Código Civil ter classificado o cônjuge como herdeiro necessário, o que significa que a pessoa viúva necessariamente participará da sucessão do outro com fundamento no amparo familiar.

Quando se refere à união estável, porém, as disposições são diferentes, sendo regida a sucessão conforme o artigo 1.790 do Código Civil, nos seguintes termos:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

- I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
- II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
- III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. (BRASIL, 2002).

É possível perceber, pela análise dos dispositivos explorados acima, que: i) o legislador não classificou, inicialmente, o companheiro como herdeiro necessário; ii) por força disso, os companheiros podiam concorrer até mesmo com parentes do falecido em até 4º grau na linha colateral; iii) a participação dos companheiros está limitada aos bens adquiridos onerosamente na constância do relacionamento; iv) os companheiros sobreviventes só herdam a totalidade do patrimônio na falta de todo e qualquer parente vivo; v) os companheiros não

possuem, objetivamente, direito real de habitação, sendo necessário interpretação extensiva do artigo 1.831 do Código Civil⁵.

Ainda, o Código Civil de 2002 não fixou o único dispositivo que trata dos direitos sucessórios em local apropriado, uma vez que tal dispositivo foi colocado junto às disposições gerais da sucessão, em que deveria ter sido colocado a título que trata da ordem de vocação hereditária, como foi posto referente aos cônjuges. (TARTUCE, 2011).

Há, portanto, diferença no tratamento da união estável e do casamento não apenas em vida, mas também na morte dos cônjuges e companheiros.

Neste sentido, Giselda Hironaka esclarece que:

O art. 1.790 do CC restringiu a possibilidade de incidência do direito sucessório do companheiro à parcela patrimonial do monte partível que houvesse sido adquirido na constância da união estável, não se estendendo, portanto, àquela outra quota patrimonial relativa aos bens particulares do falecido, amealhados antes da evolução da vida em comum. A nova lei limitou e restringiu, assim, a incidência do direito a suceder do companheiro apenas àquela parcela de bens que houvessem sido adquiridos na constância da união estável a título oneroso. Que discriminação flagrante perpetuou o legislador, diante da idêntica hipótese, se a relação entre o falecido e o sobrevivente fosse uma relação de casamento, e não de união estável! (HIRONAKA, 2011, p. 420)

Tamanha diferenciação, encarada por parte da doutrina como discriminatória, foi alvo de questionamentos ao longo dos últimos anos, conforme se verá adiante.

⁵ Prova da necessidade consiste no fato de ter sido necessário que o Superior Tribunal de Justiça se manifestasse no sentido de garantir ao companheiro o direito real de habitação, conforme julgamento do REsp 1846167/SP (STJ, 2021)

5 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

Diante dos argumentos trazidos, não pairaram dúvidas que a diferenciação da sucessão no tocante à união estável e ao casamento gerariam vastas discussões.

Acontece que tal situação foi revista em 2016 e 2017, na análise dos Recursos Extraordinários n. 646.721 e 878.694, em sede de repercussão geral, em que os ministros do Supremo Tribunal Federal resolveram por declarar inconstitucional o disposto no artigo 1.790 do Código Civil. (STF, 2016; 2017)

O fundamento do julgamento da inconstitucionalidade é a suposta violação de preceitos constitucionais como: igualdade, vedação ao retrocesso, dignidade da pessoa humana e liberdade de constituir família.

Por isso, foi compreendido, no Recurso Extraordinário nº 876.894, que “não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988”. (STF, 2017)

Após essa declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal, o companheiro passou a ser equiparado para todos fins sucessórios ao cônjuge, utilizando-se, assim, o artigo 1.829 do Código Civil.

Todavia, rumores foram surgindo no tocante à decisão do Supremo Tribunal Federal, eis que se foi a liberdade de não se casar; e que, em momento algum, a Constituição Federal igualou o casamento com a união estável, sendo ambos conceituados de maneira diversas e tendo formalidades diferentes.

Ora, ainda que ambos sejam reconhecidos como entidades familiares e que inexista hierarquia entre as famílias, não faz sentido pressupor que são institutos idênticos e que mereçam ser equiparados indiscriminadamente sob pena de violação da segurança jurídica.

6 DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS E DA MANUNTENÇÃO DO ARTIGO 1.845 DO CÓDIGO CIVIL

Apesar de a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, não se pode afirmar que optou-se pela equiparação integral do casamento e da união estável.

Isso porque o companheiro continua não fazendo parte do rol dos elencados como herdeiros necessários, consoante dissertado no artigo 1.845 do Código Civil, de modo que ao companheiro não foi atribuída a legítima⁶. (BRASIL, 2002)

Isso pode ser concluído porque, quando da decisão dos Recursos Extraordinários supramencionados, foram opostos embargos de declaração, cuja discussão se baseava na falta do companheiro elencado como herdeiro necessário.

Em decisão, o Supremo Tribunal Federal entendeu que:

Não há que se falar em omissão do acórdão embargado por ausência de manifestação com relação ao artigo 1.845 do Código Civil, pois esse dispositivo não foi objeto da repercussão geral reconhecida pelo Plenário do STF.

(...)

Não houve discussão a respeito da integração do companheiro ao rol de herdeiros necessários, de forma que inexistiu omissão a ser sanada. (STF, 2018).

O julgamento deixou a questão sem respostas, o que significa que o artigo 1.845 do Código Civil não sofreu alterações, não tendo sido incluído, o companheiro, no rol de herdeiros necessários.

Como consequência disso, não há necessidade de preservar a legítima quando o falecido não tenha deixado ascendente tampouco

⁶ Trata-se da porção da herança reservada por lei aos herdeiros necessários no montante de 50% de todo o patrimônio.

descendente e sim somente o companheiro. Por isso, na falta de descendentes e ascendentes, é possível que o autor da herança faça um testamento dispondo da integralidade dos bens.

Neste sentido, disserta Regina Beatriz Tavares da Silva sobre o tema:

Não há mais, portanto, que se falar em incerteza sobre o companheiro passar ou não a ser herdeiro necessário. Não é herdeiro necessário. Isto está bem decidido pelo STF. Afinal, a Corte Suprema reconheceu a razão da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), que, na qualidade de *amicus curiae*, defendeu a diferenciação entre casamento e união estável, porque o primeiro é oriundo de toda a solenidade prevista na lei e a segunda é uma relação que não precisa de qualquer formalidade para existir ou extinguir-se. A liberdade das pessoas na escolha de uma ou outra entidade familiar está preservada no STF (SILVA, 2017).

Ademais, percebe-se que existem diferenças latentes entre os institutos do casamento e da união estável, cuja escolha advém das partes que a constituem, não podendo igualar de forma absoluta ambas as espécies de família, visto que é levada em consideração a manifestação da vontade para que haja sua criação.

Percebe-se que a posição dos herdeiros necessários está fundada nas formalidades advindas do casamento, visto que somente quem é casado tem a posição de sucessor legítimo, fazendo jus a metade do patrimônio do seu cônjuge.

Dessa maneira, ao tentar igualar a união estável com o casamento de maneira irrestrita perde-se a liberdade buscada pelos que optaram pela constituição da união estável, eis que ao equiparar se denomina a união estável, um casamento forçado.

CONCLUSÃO

Com base no presente estudo, defende-se que, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha declarado inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, equiparando cônjuge e companheiro na sucessão, os companheiros não foram incluídos no rol dos herdeiros necessários, não fazendo jus, portanto à legítima.

Defende-se, ainda, que seja mantida a exclusão, afinal, casamento e união estável são institutos diferentes na essência, sendo um equívoco tentar equipará-los totalmente, sob pena de se violar a segurança jurídica e a autonomia privada.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Arnaldo Camanho de. **EC n.º 66/10: A Emenda Constitucional do Casamento**. 2010. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/644/novosite>. Acesso em 10 de julho de 2022.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Manual de direito de família**. 3. ed. Recife: Bagaço, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 de julho de 2022.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 10 de julho de 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 9. ed. São Paulo, Saraiva: 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A herança na união estável segundo o STF**. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-heranca-na-uniao-estavel-segundo-o-stf/>. Acesso em 13 de julho de 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 2019/0326210-8**. 2021. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172221569/recurso-especial-resp-1846167-sp-2019-0326210-8/inteiro-teor-1172221579>. Acesso em: 13 de julho de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 380**. 1964. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula380/false>. Acesso em: 15 de julho de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **Súmula 382**. 1964. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula380/false>. Acesso em: 15 de julho de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE646.721/RS**. 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4100069>. Acesso em: 15 de julho de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 878.694**. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em: 13 de julho de 2022.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Método, 2011.

