

Aline Souto Fontinha
Carlos Marcel Ferrari Lima Fernandes
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

VOLUME III - PARTE I

DIREITO EM TRANSFORMAÇÃO



EXPERT
EDITORA DIGITAL



O Livro Direito em Transformação é composto por artigos e resumos com o objetivo de fornecer à comunidade jurídica uma diversidade de temas em voga na atualidade.

Esta coletânea de artigos e resumos traz análises distintas e valiosas acerca dos temas, trazendo aos leitores uma visão interpretativa e ampliada dos pontos de atenção que têm gerado debates e discussões.

Esperamos que esta obra seja aproveitada por todo o público do Direito, reafirmando a importância da discussão dessa temática, despertando, ainda mais, o interesse pela leitura.

Boa leitura!

ISBN 978-65-6006-080-7



9 786560 060807 >


EXPERT
EDITORA JURÍDICA

VOLUME III - PARTE I

DIREITO EM TRANSFORMAÇÃO

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa: Editora Expert

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)

FONTINA, Aline Souto, FERNANDES, Carlos Marcel Ferrari Lima;
RIBEIRO, Thaysa Navarro de Aquino. (orgs.)
Direito em Transformação / Aline Souto Fontina, Carlos Marcel Ferrari
Lima Fernandes, e Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro e (Organizadores)
— Editora Expert - Belo Horizonte - 2024
1. Direito. 2 Sistema judiciário. 3. Atualidades 4. Brasil I. Título.
ISBN: 978-65-6006-080-7
CDD: 340

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

SUMÁRIO

A coisificação da mulher provocada pela síndrome da Barbie: reflexos nos Direitos Humanos das mulheres.....	9
<i>Mickaelly Victtoria Silva Picoli Caetano</i>	
A judicialização da saúde e a garantia dos direitos fundamentais	27
<i>Mickaelly Victtoria Silva Picoli Caetano</i>	
A importância da mediação e conciliação judicial como meios alternativos de soluções de conflitos: uma análise do CEJUSC da comarca de Eugenópolis – Minas Gerais	45
<i>Amanda Paradelas Ribeiro Ferreira, Wilson Sebastião Rodrigues Soares</i>	
A contribuição da filosofia do direito para a hermenêutica do direito penal ...	63
<i>Éverson de Paula Carvalho</i>	
A plenitude de defesa no tribunal do júri.....	79
<i>Breno Puppim Machado Melo, Adilson Poubel de Castro Junior</i>	
Lei de alienação parental: análise crítica da proposta de inovações legislativas	97
<i>Nathalia Berto Gonçalves, Wilson Sebastião Rodrigues Soares, Vânia Ágda de Oliveira Carvalho</i>	
Constitucionalidade da aplicação de penas antes do trânsito em julgado...	115
<i>Robson Carlos Gomes</i>	
Crimes cibernéticos: uma análise jurídica acerca do avanço dessa temática na atualidade	135
<i>Caroline Lima e Silva</i>	

Racismo estrutural e direito antirracista: políticas de promoção da igualdade étnico-racial.....	149
<i>Micaely de Souza Bello dos Santos Matiello</i>	
Pacote anticrime e a captação ambiental.....	165
<i>Mahoni Rodrigo Santos da Vitória</i>	
Cyberwar sob a égide do direito internacional	181
<i>Felipe de Souza Ferreira</i>	
Explorando o crime de adoção à brasileira: uma análise jurídica e social	191
<i>Jessica de Sousa Azeredo</i>	
Holding familiar como alternativa do planejamento sucessório e patrimonial.....	209
<i>Maria Leonice Lima Passos, Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro Zem</i>	
O exercício do direito à laqueadura tubária: a nova lei e seus impactos sociais	221
<i>Layla Coelho Costa, Débora dos Santos Silva</i>	
Liberdade de expressão e discurso de ódio, entre direitos e deveres.....	235
<i>Lucas Milani Silva, Kézia Odette Ferreira Perry</i>	
O impacto da inteligência artificial e da automação no campo de direito...	249
<i>Fabiane Cristina Pereira</i>	

A COISIFICAÇÃO DA MULHER PROVOCADA PELA SÍNDROME DA BARBIE: REFLEXOS NOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

Mickaelly Vittoria Silva Picoli Caetano¹

INTRODUÇÃO

A coisificação da mulher é um fenômeno profundamente enraizado na sociedade contemporânea, refletindo-se em diversas esferas da vida cotidiana, desde a publicidade até as mídias sociais e, inevitavelmente, nos Direitos Humanos das Mulheres.

Este artigo se propõe a explorar a intricada relação entre a coisificação feminina e a chamada “Síndrome da Barbie,” um conceito que, embora não seja um diagnóstico clínico, representa a pressão social e os padrões de beleza inatingíveis impostos às mulheres desde tenra idade.

Neste contexto, será discutido como a coisificação da mulher, impulsionada pela Síndrome da Barbie, afeta os direitos humanos das mulheres, comprometendo a igualdade de gênero, a liberdade de escolha e a autonomia sobre seus corpos.

A Síndrome da Barbie, uma expressão cunhada para descrever o desejo de mulheres e meninas de se assemelharem à icônica boneca de brinquedo, é um reflexo das normas de beleza inatingíveis propagadas pela sociedade moderna. Essa síndrome não se limita a crianças; ela persiste ao longo da vida das mulheres, moldando sua autoestima, seu senso de identidade e até mesmo suas escolhas de carreira.

¹ Estudante de Direito do Centro Universitário Faminas – Muriaé. Técnica em Informática pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas Gerais – Campus Muriaé. Coautora dos Livros “Direito Em Transformação”, ISBN: 978-65-89904-30-4, Editora Expert, Belo Horizonte, Ano 2021 e “Direito Em Transformação, v. 2”, ISBN: 978-65-89904-87-8, Editora Expert, Belo Horizonte, Ano 2022. E-mail: mickaelycaetano@gmail.com

A Barbie, com seu corpo desproporcional e suas características estereotipadas, influencia as mulheres desde a infância, inculcando a ideia de que a beleza é o valor mais significativo a ser buscado.

A coisificação da mulher, por sua vez, é o processo pelo qual as mulheres são reduzidas a objetos de desejo, despojadas de sua humanidade e valor intrínseco, e transformadas em meros instrumentos para a satisfação dos desejos dos outros. Isso é especialmente agravado pela disseminação constante de imagens idealizadas de beleza feminina, exacerbando a pressão sobre as mulheres para se conformarem a padrões inatingíveis de perfeição. A publicidade, a indústria da moda e o entretenimento frequentemente perpetuam essa visão distorcida da feminilidade, exacerbando o impacto da Síndrome da Barbie na sociedade.

Essa coisificação tem sérias implicações nos direitos humanos das mulheres, comprometendo princípios fundamentais, como a igualdade de gênero, a liberdade de expressão e a autonomia sobre seus próprios corpos.

Em primeiro lugar, a pressão para se adequar aos padrões de beleza irreais frequentemente resulta em uma autoestima prejudicada, levando a problemas de saúde mental, como ansiedade e depressão. Além disso, a ênfase excessiva na aparência física pode afetar a autoimagem das mulheres, minando sua confiança e restringindo suas escolhas e oportunidades. A coisificação também alimenta a misoginia e a objetificação, perpetuando uma cultura que desvaloriza as mulheres e as coloca em risco de abuso e assédio.

Os direitos humanos das mulheres são profundamente afetados pela Síndrome da Barbie e pela coisificação resultante. O direito à igualdade de gênero é comprometido quando as mulheres são sistematicamente desvalorizadas com base em sua aparência física, impedindo-as de alcançar seu pleno potencial.

A liberdade de expressão é restringida quando as mulheres são forçadas a se conformar com padrões de beleza prejudiciais, em detrimento de sua autenticidade e individualidade.

Além do mais, a autonomia sobre seus próprios corpos é frequentemente negada, já que as pressões sociais e a coisificação podem influenciar escolhas como cirurgias plásticas e dietas extremas.

Em conclusão, a coisificação da mulher provocada pela Síndrome da Barbie é um problema complexo e multifacetado que tem sérios reflexos nos direitos humanos das mulheres. Enquanto a sociedade continuar a promover padrões de beleza irreais e a enfatizar a importância da aparência física sobre a inteligência e a capacidade, as mulheres continuarão a ser prejudicadas em sua busca pela igualdade, liberdade e autonomia. É fundamental reconhecer e combater essa coisificação, promovendo uma cultura que valorize a diversidade, a autenticidade e a igualdade de gênero, garantindo assim que os direitos humanos das mulheres sejam plenamente respeitados e protegidos.

1. A SÍNDROME DA BARBIE

A Síndrome da Barbie é um fenômeno psicossocial que ganhou destaque nas últimas décadas, desencadeando discussões profundas sobre a influência das normas de beleza na vida das mulheres. Apesar de não ser uma condição médica reconhecida, essa síndrome descreve a ansiedade e o desejo de mulheres e meninas de se assemelharem à icônica boneca Barbie, um ícone da cultura pop conhecido por seu corpo desproporcional e padrões de beleza extremamente estereotipados. Neste viés, explorar-se-á a origem, as causas e as implicações da Síndrome da Barbie, bem como sua conexão com a coisificação das mulheres e seus efeitos nas esferas da saúde mental, autoimagem e liberdade de escolha.

A história da Barbie remonta a 1959, quando Ruth Handler, cofundadora da Mattel, Inc., apresentou ao mundo a primeira boneca Barbie. Desde então, a Barbie tornou-se um símbolo de beleza e feminilidade, mas também um foco de controvérsias em relação aos padrões de beleza irreais que ela representa. A boneca, com suas medidas físicas consideradas impossíveis para uma mulher

real, estabeleceu um padrão que, para muitas, se tornou um ideal inatingível.

A Síndrome da Barbie é alimentada por uma série de fatores interconectados na sociedade moderna. A mídia, incluindo publicidade, filmes e redes sociais, desempenha um papel crucial na perpetuação desses padrões de beleza.

A constante exposição a imagens idealizadas de mulheres “perfeitas” leva muitas a comparar-se a esses modelos inatingíveis. Além disso, a pressão social para corresponder a esses padrões pode ser avassaladora, especialmente para as gerações mais jovens que crescem em um mundo hiperconectado.

A Síndrome da Barbie tem implicações significativas na saúde mental das mulheres. A busca constante por um ideal de beleza inatingível pode resultar em uma autoestima prejudicada, levando a problemas como ansiedade e depressão. A sensação de inadequação em relação aos padrões de beleza promovidos pela sociedade pode criar um ciclo de autocritica constante, afetando negativamente a saúde mental das mulheres.

Além das implicações na saúde mental, a Síndrome da Barbie também afeta a autoimagem e a autonomia das mulheres. Muitas mulheres sentem-se compelidas a moldar suas vidas, escolhas de carreira e decisões de estilo de vida para corresponder a esses padrões de beleza. Isso pode levar a uma perda de identidade e à negação de suas próprias vontades e desejos. (TEIXEIRA, 2016)

Superar a Síndrome da Barbie exige uma mudança cultural profunda e a promoção de padrões de beleza mais realistas e inclusivos. A educação sobre saúde mental, autoimagem positiva e a valorização da diversidade são passos essenciais para combater essa síndrome. É crucial que a sociedade se afaste dos ideais de beleza inatingíveis e abrace a autenticidade e a individualidade das mulheres.

A Síndrome da Barbie é um reflexo das pressões sociais que as mulheres enfrentam na sociedade Contemporânea.

É essencial reconhecer e desafiar os padrões de beleza irreais promovidos pela sociedade, promovendo um ambiente que valorize a

autenticidade, a diversidade e a igualdade de gênero. Somente assim as mulheres poderão se libertar das amarras da Síndrome da Barbie e alcançar uma autoimagem saudável e uma maior liberdade de escolha em suas vidas.

A idealização dos padrões de beleza promovidos pela Síndrome da Barbie pode afetar a forma como as pessoas percebem as mulheres em suas vidas, incluindo mães, irmãs, filhas e amigas. Isso pode resultar em julgamentos e expectativas irrealistas em relação à aparência das mulheres e influenciar a maneira como são tratadas.

A Síndrome da Barbie também pode levar a comportamentos prejudiciais, como o uso de procedimentos cirúrgicos estéticos em busca da perfeição física. Isso pode ter implicações sérias para a saúde das mulheres, uma vez que procedimentos invasivos nem sempre são seguros e podem causar complicações.

A conexão entre a Síndrome da Barbie e a coisificação das mulheres é evidente, uma vez que ambas estão enraizadas na objetificação das mulheres, destacando a necessidade de abordar essas questões interligadas.

Promover uma mudança cultural que celebre a autenticidade e a diversidade é fundamental. Isso inclui não apenas desafiar os padrões de beleza irreais, mas também reconhecer o valor das mulheres com base em suas contribuições, inteligência e habilidades, e não apenas em sua aparência. É um esforço coletivo que exige a participação ativa da sociedade, da indústria da mídia, da educação e de outras esferas.

Finalmente, é crucial destacar que a Síndrome da Barbie é uma questão que está enraizada nas estruturas mais amplas de desigualdade de gênero. Abordar essa síndrome é parte integrante da luta pela igualdade de gênero e pela criação de um mundo onde as mulheres possam viver com dignidade, respeito e liberdade para serem autênticas. É uma causa que merece atenção contínua e compromisso de toda a sociedade.

2. A COISIFICAÇÃO DA MULHER

A coisificação da mulher é um fenômeno profundamente enraizado na sociedade contemporânea, refletindo-se em diversas esferas da vida cotidiana. Trata-se da prática de reduzir as mulheres a objetos de desejo, despojando-as de sua humanidade e tratando-as como meros instrumentos para a satisfação dos desejos alheios. Neste diapasão, abordar-se-á as origens, manifestações e implicações da coisificação da mulher, analisando seu impacto na igualdade de gênero, na autonomia e nos direitos humanos das mulheres.

A coisificação da mulher tem raízes profundas na história, ligando-se a sistemas patriarcais e culturais que tradicionalmente subjogaram as mulheres. Através dos séculos, as mulheres foram frequentemente retratadas como objetos de desejo sexual, uma visão que persiste até hoje. A publicidade, o entretenimento e a mídia contribuem para a perpetuação dessa representação, normalizando a objetificação feminina.

Esta situação se manifesta de várias maneiras na sociedade contemporânea. A publicidade é um dos principais veículos, frequentemente retratando mulheres de forma sexualizada para vender produtos. A cultura do estupro, que culpabiliza as vítimas e minimiza a gravidade das agressões sexuais, é outra manifestação preocupante. Além disso, as redes sociais e a pornografia também podem contribuir para a coisificação, promovendo imagens que objetificam as mulheres.

A coisificação da mulher tem um impacto profundo na igualdade de gênero. Quando as mulheres são sistematicamente desvalorizadas com base em sua aparência e reduzidas a objetos de desejo, isso perpetua uma cultura que desvaloriza as mulheres em relação aos homens. A coisificação também contribui para a disseminação de estereótipos prejudiciais de gênero, reforçando a ideia de que o valor das mulheres está ligado à sua atratividade física, e não à sua inteligência, habilidades ou realizações. (CURY, 2005)

Nesta situação, há o comprometimento da autonomia das mulheres, minando sua capacidade de tomar decisões livres e informadas sobre suas vidas e seus corpos. A pressão para se conformar aos padrões de beleza estereotipados muitas vezes leva a escolhas prejudiciais, como cirurgias plásticas não desejadas e dietas extremas. Além disso, a coisificação contribui para a objetificação sexual e o assédio, minando os direitos fundamentais das mulheres à integridade física e à segurança.

Combater a coisificação da mulher requer um esforço conjunto da sociedade, da indústria e das instituições. Educação sobre igualdade de gênero e respeito mútuo é essencial para mudar atitudes e comportamentos. A regulação da publicidade e da mídia acerca da realidade das mulheres na contemporaneidade, por meio da promoção de imagens realistas das mulheres e o empoderamento destas para se expressarem de maneira autêntica são passos cruciais.

Desta forma, é um desafio persistente que afeta profundamente a igualdade de gênero, a autonomia e os direitos humanos das mulheres. Reconhecer a complexidade desse fenômeno e agir para combatê-lo é fundamental para criar uma sociedade onde as mulheres sejam valorizadas por quem são, e não apenas por sua aparência. A luta contra a coisificação é um passo em direção a um mundo mais igualitário, onde todas as pessoas, independentemente de seu gênero, possam viver com dignidade e respeito. É um imperativo moral e social que requer a atenção de todos da sociedade.

É crucial destacar que a coisificação da mulher também está relacionada ao fenômeno da hipersexualização. Muitas vezes, a representação das mulheres na mídia e na cultura popular enfatiza a sexualização excessiva de seus corpos, contribuindo para a criação de expectativas prejudiciais em relação à sexualidade feminina. Isso não apenas perpetua a objetificação, mas também afeta a maneira como as mulheres percebem e vivenciam sua própria sexualidade.

A coisificação da mulher é particularmente prejudicial para as jovens, que crescem em uma sociedade que valoriza a aparência sobre todas as outras qualidades. Isso pode levar a problemas de autoestima,

distúrbios alimentares e uma busca constante por validação externa com base na atratividade física.

Além disso, é importante mencionar que a coisificação da mulher não apenas afeta as mulheres cisgênero, mas também tem implicações significativas para as pessoas transgênero e de gênero não conformes. Elas muitas vezes enfrentam estigmatização e discriminação adicionais, pois a sociedade frequentemente tenta forçá-las a se conformar com padrões binários e tradicionais de gênero.

A coisificação da mulher também está interconectada com a exploração econômica. Indústrias que se beneficiam da exploração da imagem sexualizada das mulheres muitas vezes perpetuam a desigualdade de gênero em termos de remuneração e oportunidades profissionais. Abordar a coisificação também significa questionar as estruturas econômicas que lucram com a objetificação das mulheres.

Em resumo, a coisificação da mulher é um fenômeno complexo que permeia a sociedade contemporânea e tem consequências generalizadas. Abordar esse problema requer uma abordagem multifacetada, incluindo educação, regulação da indústria da mídia, promoção da diversidade e igualdade de gênero, bem como uma mudança cultural profunda. É uma luta contínua e coletiva pela igualdade, dignidade e respeito de todas as pessoas, independentemente de seu gênero.

3. OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

Os direitos humanos das mulheres são fundamentais e inalienáveis, no entanto, a luta contínua por igualdade de gênero e justiça ainda é uma realidade em muitas partes do mundo. Avalia-se os direitos humanos das mulheres, sua evolução ao longo da história, os desafios que as mulheres enfrentam atualmente e as ações necessárias para garantir que esses direitos sejam plenamente respeitados e protegidos.

A história dos direitos humanos das mulheres é uma narrativa complexa de desafios e conquistas. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, pela primeira vez, reconheceu-se a igualdade de direitos entre homens e mulheres. No entanto, a concretização desses princípios tem sido um processo contínuo e muitas vezes lento. As primeiras ondas do movimento feminista, que ganharam força no século XIX e início do século XX, abriram caminho para importantes conquistas, como o direito ao voto e a igualdade perante a lei.

O principal documento internacional de proteção aos direitos da mulher hoje existente é a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1979. Tal Convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro através de sua aprovação pelo Decreto Legislativo n.º 93, de 14 de novembro de 1983, e promulgação pelo Decreto n.º 89.406, de 1º de fevereiro de 1984. Como se percebe, percorreu todos os trâmites exigidos para que vincule o país signatário não só perante a comunidade internacional, como também internamente. (BOUCAULT e ARAÚJO, 1999)

Com sua integração normativa ao direito interno, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher situa-se no mesmo plano de validade e eficácia das normas infraconstitucionais, conforme entendimento pacificado pela jurisprudência pátria. (MELLO e TORRES, 1999)

Importa observar, contudo, que parte da doutrina especializada tem defendido a tese de que o § 2º do art. 5º da Constituição de 1988 vislumbra regime jurídico diferenciado a ser aplicado aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, que seriam incorporados imediatamente pelo direito brasileiro e apresentariam status de norma constitucional, diversamente dos tratados tradicionais, os quais se sujeitam à sistemática da incorporação legislativa e ostentam hierarquia infraconstitucional. (PIOVESAN, 2019)

A Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em junho de 1993 em Viena, reconheceu no artigo 18 de sua Declaração que

Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais. A violência de gênero e todas as formas de assédio e exploração sexual são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Os direitos humanos das mulheres devem ser parte integrante das atividades das Nações Unidas, que devem incluir a promoção de todos os instrumentos de direitos humanos relacionados à mulher (VIENA, 1993, p.1).

Apesar dos avanços significativos, as mulheres enfrentam uma série de desafios contínuos em relação aos seus direitos humanos. A violência de gênero, incluindo o assédio sexual, a violência doméstica e o tráfico de pessoas, continua a ser uma ameaça para muitas mulheres em todo o mundo. A disparidade de gênero no local de trabalho, incluindo a diferença salarial, a falta de representação em cargos de liderança e o acesso desigual à educação, também persiste.

Os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres têm sido um campo de batalha significativo em muitas sociedades. Acesso a serviços de saúde sexual e reprodutiva, como contracepção e aborto seguro, é frequentemente limitado ou negado, resultando em consequências graves para a saúde e a autonomia das mulheres. A decisão sobre o próprio corpo é um direito fundamental, e muitas vezes é alvo de controvérsias e restrições.

A luta contínua pelos direitos humanos das mulheres é uma causa fundamental na busca da igualdade de gênero e justiça. O empoderamento das mulheres, o apoio a movimentos feministas e a conscientização pública são elementos-chave para avançar nessa jornada. Além disso, políticas e legislação que promovam a igualdade de gênero, a proteção contra a violência de gênero e o acesso igualitário a oportunidades econômicas e educacionais são essenciais.

A educação desempenha um papel crucial na promoção dos direitos humanos das mulheres. Ao educar as gerações futuras sobre

a igualdade de gênero e os direitos das mulheres, podemos começar a mudar as normas culturais que perpetuam a discriminação de gênero. É fundamental promover uma cultura que valorize as contribuições das mulheres em todos os aspectos da sociedade e que desafie estereótipos de gênero prejudiciais.

Os direitos humanos das mulheres são uma parte essencial da luta por igualdade e justiça em todo o mundo. Embora tenham sido feitos progressos significativos ao longo da história, ainda há muito a ser feito para garantir que as mulheres desfrutem plenamente de seus direitos humanos. A conscientização, o apoio a movimentos feministas e a mudança cultural são elementos-chave nessa jornada contínua. É responsabilidade da sociedade trabalhar para criar um mundo onde as mulheres possam viver com dignidade, igualdade e justiça, desfrutando plenamente de seus direitos humanos. Essa é uma causa que merece compromisso contínuo.

Ademais, é importante acrescentar que os direitos humanos das mulheres são fundamentais para o progresso e a justiça em todas as sociedades. No entanto, é crucial reconhecer que a luta pela igualdade de gênero é multifacetada e está interligada com outras formas de discriminação e opressão, como o racismo, a homofobia e a discriminação de classe. Portanto, promover os direitos das mulheres significa também abordar essas interseccionalidades e trabalhar para erradicar todas as formas de discriminação.

Além disso, as mulheres em situações de vulnerabilidade, como refugiadas, migrantes e mulheres com deficiência, muitas vezes enfrentam desafios adicionais na busca pela proteção de seus direitos humanos. Garantir que essas mulheres tenham acesso a serviços de apoio e proteção é uma parte crucial da luta pela igualdade de gênero.

É importante mencionar que a promoção dos direitos das mulheres não é uma questão exclusiva das mulheres. Os homens também desempenham um papel fundamental na desconstrução das normas de gênero prejudiciais e na promoção da igualdade. A igualdade de gênero beneficia a sociedade como um todo, criando um ambiente mais justo, inclusivo e próspero para todos.

Neste viés, a conscientização sobre a importância dos direitos humanos das mulheres e a educação para a igualdade de gênero devem começar desde cedo, nas escolas, para garantir que futuras gerações estejam comprometidas com a igualdade e a justiça de gênero.

Em última análise, a proteção e promoção dos direitos humanos das mulheres requer esforços contínuos em todas as esferas da sociedade, desde o nível individual até o governo e as organizações internacionais. É uma causa que merece atenção constante e ação determinada para criar um mundo onde todas as mulheres possam viver com dignidade, igualdade e justiça.

4. OS REFLEXOS DO ESTEREÓTIPO NAS MULHERES CONTEMPORÂNEAS

Os estereótipos exercem uma influência profunda e muitas vezes prejudicial sobre a vida das mulheres em todo o mundo. Eles são generalizações simplistas e muitas vezes preconceituosas que moldam as expectativas, os papéis sociais e as interações das mulheres na sociedade. Esses estereótipos podem ser baseados em gênero, raça, idade, orientação sexual e outros aspectos da identidade, e são frequentemente perpetuados pela mídia, cultura popular e até mesmo por instituições sociais. Nesta exploração dos reflexos do estereótipo nas mulheres, examinar-se-á a origem e a disseminação dessas representações simplistas, bem como os impactos negativos que podem ter em diversas áreas de suas vidas.

Os estereótipos de gênero, em particular, têm raízes profundas na história e na cultura. Eles são frequentemente enraizados em tradições patriarcais e normas sociais que têm sido transmitidas de geração em geração. Esses estereótipos podem se manifestar de várias formas, desde a crença de que as mulheres são emocionalmente instáveis até a ideia de que são menos capazes em campos como ciência, tecnologia e liderança.

A mídia desempenha um papel significativo na perpetuação dos estereótipos de gênero. A representação das mulheres em filmes,

programas de televisão, publicidade e música muitas vezes reforça papéis tradicionais de gênero, retratando-as como frágeis, submissas, emocionalmente dependentes e preocupadas principalmente com a aparência física. A cultura popular, como revistas de moda e celebridades, também contribui para a criação e manutenção de padrões de beleza irreais.

Os estereótipos de gênero têm um impacto profundo na autoimagem e autoestima das mulheres. Quando são constantemente bombardeadas com representações limitadas e muitas vezes negativas de si mesmas na mídia, muitas mulheres internalizam essas mensagens e passam a duvidar de suas próprias capacidades e autovalor. Isso pode resultar em sentimentos de inadequação, ansiedade e depressão.

Os estereótipos de gênero também criam barreiras significativas para o desenvolvimento profissional e econômico das mulheres. A crença generalizada de que as mulheres são menos capazes em campos como matemática, ciência e liderança prejudica a igualdade de oportunidades e contribui para a disparidade de gênero no local de trabalho. As mulheres são menos propensas a ocupar cargos de liderança e ganham menos do que seus colegas masculinos em muitos setores. (IBGE, 2019)

Os estereótipos também têm impacto na saúde mental e bem-estar das mulheres. A pressão para se conformar aos padrões tradicionais de feminilidade e a constante avaliação baseada na aparência física podem levar a problemas de saúde mental, como distúrbios alimentares, ansiedade e depressão. As expectativas não realistas e as críticas implícitas podem minar a autoestima e a confiança em si mesmas.

O empoderamento das mulheres e a desconstrução de estereótipos são passos fundamentais para superar essas limitações. Isso envolve o desafio de normas de gênero prejudiciais, a promoção de representações mais diversas de mulheres na mídia e o apoio a programas e políticas que promovam a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres. As mulheres também desempenham

um papel essencial nesse processo, encontrando sua voz, construindo confiança e resistindo aos estereótipos prejudiciais.

Os estereótipos de gênero e outros estereótipos relacionados à identidade têm um impacto profundo na vida das mulheres. Eles moldam as expectativas, as oportunidades e a autoimagem, muitas vezes de maneira prejudicial. Reconhecer a existência desses estereótipos é o primeiro passo para combatê-los. À medida que a sociedade desafia as normas tradicionais e promove a igualdade de gênero, as mulheres podem alcançar seu pleno potencial, desfrutar de autoestima saudável e viver vidas mais autênticas e satisfatórias. Essa é uma jornada contínua em direção a uma sociedade mais justa e igualitária, onde todos possam ser valorizados por quem são, sem serem limitados por estereótipos preconceituosos.

Imperioso destacar que os estereótipos de gênero e outros estereótipos relacionados à identidade afetam não apenas as mulheres, mas também todas as pessoas em uma sociedade. Eles perpetuam uma visão restritiva e muitas vezes prejudicial de como as pessoas devem se comportar, com base em sua identidade de gênero, raça, orientação sexual, idade e outras características.

Os estereótipos não apenas prejudicam as mulheres, mas também contribuem para a discriminação e o preconceito em relação a indivíduos que não se encaixam nas normas tradicionais, como também os homens, ao restringir suas expressões emocionais e criar expectativas irrealistas sobre seu comportamento.

Outrossim, a reeducação tem o potencial de criar um ambiente mais inclusivo, justo e diversificado, onde todas as pessoas têm a liberdade de serem autênticas e de buscar suas paixões e interesses, independentemente de sua identidade de gênero.

A luta contra estereótipos também é uma questão de direitos humanos, uma vez que todos têm o direito de serem tratados com igualdade, respeito e dignidade, independentemente de sua identidade. Portanto, promover uma sociedade livre de estereótipos e preconceitos é fundamental para garantir os direitos humanos de todas as pessoas.

Por fim, é crucial destacar que a educação desempenha um papel fundamental na desconstrução de estereótipos. Ao ensinar a igualdade de gênero, a diversidade e o respeito mútuo desde cedo, pode-se moldar as atitudes e comportamentos futuros, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da coisificação da mulher, provocado pela Síndrome da Barbie, é um tema que merece atenção contínua e reflexão crítica. Ao longo deste artigo, explorou-se as origens, as causas e as implicações dessa síndrome que afeta a maneira como as mulheres são percebidas, como se percebem e como vivenciam os direitos humanos.

Conclui-se que a Síndrome da Barbie, apesar de não ser uma condição médica formal, reflete uma realidade preocupante, com profundos impactos na igualdade de gênero, na autonomia das mulheres e na busca pelos direitos humanos das mulheres.

A Síndrome da Barbie e a coisificação da mulher têm raízes nas representações irreais da feminilidade promovidas pela boneca Barbie. Esses ideais de beleza e perfeição são perpetuados pela mídia, publicidade e cultura popular, criando um padrão inatingível que muitas mulheres se sentem compelidas a alcançar. Essa pressão constante para corresponder a esses padrões de beleza irreais resulta em uma autoimagem negativa e em problemas de saúde mental, como ansiedade e depressão. A busca incessante por esse ideal de beleza também pode levar a uma perda de autonomia, com muitas mulheres moldando suas vidas e escolhas de carreira para se conformarem a esses padrões.

Além das implicações individuais, a Síndrome da Barbie também tem implicações mais amplas nos direitos humanos das mulheres. Ela reflete a persistente desigualdade de gênero e a objetificação das mulheres na sociedade. Quando a conformidade com padrões de beleza irreais é valorizada acima de outras qualidades, as mulheres frequentemente enfrentam discriminação no local de trabalho,

bem como uma representação limitada em posições de liderança e oportunidades econômicas. A luta pela igualdade de gênero é, portanto, inextricavelmente ligada à desconstrução dos estereótipos de beleza promovidos pela Síndrome da Barbie.

Para combater a Síndrome da Barbie e suas implicações nos direitos humanos das mulheres, é fundamental adotar uma abordagem multifacetada. A educação desempenha um papel fundamental na conscientização sobre os impactos negativos dos estereótipos de beleza e na promoção de uma autoimagem positiva. É importante que as mulheres sejam incentivadas a se valorizarem por suas realizações, habilidades e caráter, em vez de sua aparência física.

Além disso, a regulamentação da publicidade e da mídia é necessária para conter a disseminação de imagens idealizadas de mulheres. Isso inclui promover representações mais diversificadas e realistas de beleza nas mídias de massa, e desafiar a objetificação das mulheres. Os esforços para promover a igualdade de gênero no local de trabalho, incluindo políticas de igualdade salarial e oportunidades de liderança para mulheres, são vitais para combater a desigualdade sistêmica.

O empoderamento das mulheres desempenha um papel crucial nessa luta. As mulheres precisam ser encorajadas a rejeitar a pressão para se conformarem a padrões irreais e abraçarem sua autenticidade. O apoio a movimentos feministas e à igualdade de gênero também é fundamental para desafiar as normas culturais prejudiciais.

Em resumo, a Síndrome da Barbie e a coisificação da mulher são reflexos de desafios profundamente enraizados na sociedade, relacionados à desigualdade de gênero, à saúde mental e aos direitos humanos das mulheres. Para promover uma sociedade mais igualitária e inclusiva, é essencial reconhecer e enfrentar esses desafios. À medida que haja a desconstrução dos estereótipos de beleza prejudiciais e promoção da igualdade de gênero, as mulheres poderão alcançar uma autoimagem mais saudável e desfrutar de todos os seus direitos humanos, livres das amarras da Síndrome da Barbie. É uma jornada contínua que merece dedicação e empenho de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nadia de. **A Internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos. Os Direitos Humanos e o Direito Internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 63-113.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 de outubro de 2023.

CURY, Augusto Jorge. **A ditadura da beleza e a revolução das mulheres.** Rio de Janeiro: Sextante, 2005.

IBGE. **Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem.** Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>. Acesso em: 21 de outubro de 2023.

MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. **Arquivos de direitos.** Imprensa: Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

Nações Unidas. **Declaração e Programa de Ação de Viena.** Viena: ONU, 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2019.

TEIXEIRA, Marilane Oliveira. **Os avanços e continuidades para as mulheres no mundo do trabalho entre 2004 e 2014.** Ano: 2016. Disponível em: <https://cnti.org.br/html/congcnti70anos/Marilane%20-%20Artigo%20congresso.pdf>. Acesso em 21 de outubro de 2023.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mickaelly Victtoria Silva Picoli Caetano²

INTRODUÇÃO

A judicialização do direito à saúde se configura como um procedimento jurídico empregado pelos cidadãos, os quais iniciam processos legais contra o Estado com o objetivo de assegurar o Acesso ao Direito à Saúde e a determinados tratamentos ou medicamentos que não são abrangidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Esse fenômeno representa a abordagem de indagações de profundo impacto social e político que são decididas pelo Poder Judiciário, em vez dos poderes tradicionais, ou seja, o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

A Carta Magna de 1988 consagrou a saúde como um direito de todas as pessoas e um dever do Estado, atribuindo ao (SUS) a responsabilidade pela salvaguarda do acesso universal, abrangente e equitativo às atividades de saúde. Entretanto, a atualidade brasileira expõe uma série de contenções e deficiências na concretização desse direito.

Neste viés, torna-se imperativo ponderar sobre os obstáculos que emergem quando se trata da judicialização do Acesso à Saúde. Tais obstáculos envolvem questões como a escassez de recursos, a definição de prioridades, a gestão dos processos judiciais e os ônus financeiros que recaem sobre o Estado. Ademais, é crucial examinar os debates decorrentes desse fenômeno, incluindo o sobrepeso do Sistema Judiciário, a disparidade no Acesso à Saúde, a interposição nas políticas públicas de saúde e a viabilidades de decisões judiciais

² Estudante de Direito do Centro Universitário Faminas – Muriaé. Técnica em Informática pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas Gerais – Campus Muriaé. Coautora dos Livros “Direito Em Transformação”, ISBN: 978-65-89904-30-4, Editora Expert, Belo Horizonte, Ano 2021 e “Direito Em Transformação, v. 2”, ISBN: 978-65-89904-87-8, Editora Expert, Belo Horizonte, Ano 2022. E-mail: mickaelycaetano@gmail.com

conflitantes. A percepção destas dificuldades e divergências assume importância primordial na procura por resultados mais eficazes e abrangentes, visando à promoção de um acesso à saúde justo e sustentável.

Dentro deste contexto, este estudo científico almeja aprofundar a análise acerca da judicialização do Acesso à Saúde no Brasil, tendo como alicerce normativo e analítico a Constituição Federativa do Brasil de 1988.

Este artigo proporcionará uma reflexão abalizada sobre os dilemas, confrontos e perspectivas inerentes à concretização dos Direitos à Saúde por intermédio do Sistema Judiciário, considerando a realidade brasileira e as valiosas contribuições tanto teóricas como práticas disponíveis.

Através de uma interpelação crítica e pluridisciplinar, busca-se enriquecer o diálogo e aprimorar as políticas e práticas concernentes ao Acesso à Saúde, com o intuito de assegurar os Direitos Fundamentais dos cidadãos e promover um Sistema de Saúde mais equitativo e eficiente.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE

Os Direitos Fundamentais são um conjunto de disposições legais que se referem à Dignidade intrínseca da Pessoa Humana e à restrição do Poder Estatal. Esses direitos têm sua base na estrutura constitucional dos Estados Democráticos de Direito e, devido à sua importância fundamental, são consagrados em toda a jurisdição do Ordenamento Jurídico Nacional.

A doutrina de Alexandre de Moraes (2013, p. 21) estabelece o conceito de Direitos Fundamentais, como se vê:

[...] o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o

estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

O Direito à Saúde representa um dos Princípios Fundamentais reconhecidos no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo. No decorrer do século XX, os Direitos Sociais foram agregados aos Direitos Fundamentais, definindo a responsabilidade do Estado em proporcionar conjunturas materiais de vida adequadas aos cidadãos. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, consagrou o Direito à Saúde como um Direito Público Subjetivo, impondo ao Estado a obrigação de desenvolver políticas capazes de garantir essa prerrogativa.

Dentro dessa perspectiva, a Constituição estabelece Princípios Fundamentais, tais como universalidade, descentralização e integralidade do atendimento, para orientar a prestação dos serviços de saúde. Além disso, o Direito à Saúde possui uma dimensão objetiva, que exige a proteção da saúde nas relações privadas e a promoção de um ambiente saudável em todas as esferas da vida social.

A efetivação do Direito à Saúde, embora enfrente desafios consideráveis, encontra respaldo nas normas constitucionais, as quais estabelecem sua aplicabilidade e vinculam os poderes públicos a assegurar sua concretização em prol da população, para garantir o mínimo existencial entre os cidadãos brasileiros.

Moraes definiu os Direitos Fundamentais de forma material como benefícios e estruturas sólidas criadas pelo Sistema Jurídico Nacional com o propósito fundamental de assegurar a dignidade, liberdade e igualdade plenas de todos os indivíduos. Estes direitos têm como principal missão preservar a Dignidade Humana contra qualquer ingerência estatal indesejada, ao mesmo tempo em que estabelecem as condições mínimas necessárias para a vida digna e o desenvolvimento da personalidade (MORAES, 2013).

Nessa conjuntura, José Afonso da Silva (2012, p. 160) afirma:

A Constituição estrutura um regime democrático consubstanciando esses objetivos de equalização por

vários direitos sociais e da universalização de prestações sociais (seguridade, saúde, previdência e assistência sociais, educação e cultura). A democratização destas prestações, constitui fundamento do Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º.

Na circunstância histórica do Brasil, é exequível traçar a evolução do Direito à Saúde pública como um todo integrado. Isso se deve ao fato de que a saúde pública brasileira tem suas raízes na colonização, época em que a saúde era considerada uma questão de responsabilidade individual e os governantes coloniais se ocupavam apenas da saúde de seus súditos. Foi somente nos primórdios das Reformas Sanitárias, no início do século XIX, que a saúde pública no Brasil começou a ser metodicamente desenvolvida.

Nesse cenário, o Estado assumiu a responsabilidade pela saúde dos cidadãos, transformando-a em um bem público. Não obstante, durante o período da Ditadura Militar, esse progresso foi descontinuado, sendo retomado somente a partir da década de 1980, com a implantação do Sistema Único de Saúde (SUS).

Deste modo, a promulgação da Constituição Federal de 1988 representou um marco significativo, pois empoderou a sociedade civil e desencadeou uma revolução evidente ao incorporar em seu texto Direitos Fundamentais relacionados à saúde, assistência social, entre outros, visto que em uma Democracia de Direito, o propósito dos Direitos Fundamentais é promover a melhoria da qualidade de vida e o bem-estar social na coletividade como um todo.

No livro “Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988” de Sarlet, é afirmado que o acesso à assistência médica é inalienável e indisponível, independentemente de sua explícita previsão na Constituição. Isso ocorre porque se trata de um direito humano vital para a preservação da vida. Nesse contexto, é viável sublinhar a relevância do aspecto econômico para todos os cidadãos, uma vez que, teoricamente, todos desfrutam do direito à saúde. Não obstante, os indivíduos em situação de maior

carência devem ser priorizados pelas autoridades públicas, dado que não têm condições de arcar com os custos do atendimento médico privado (SARLET, 2011).

Nesse sentido, a consagração da saúde como um Direito Social Fundamental determina a responsabilidade do Estado em proporcionar vantagens aos cidadãos por intermédio de políticas públicas abrangentes, sociais e econômicas orientadas para a realização, promoção e reabilitação da saúde. Essa incumbência implica assegurar que, mesmo quando não exista uma cura definitiva para determinada condição de saúde, seja garantida uma satisfatória qualidade de vida aos indivíduos, facilitando o acesso e tornando a terapia alcançável para a totalidade.

Depois de uma longa batalha e movimentação da sociedade, o reconhecimento do Direito à Saúde Pública foi oficializado por meio da promulgação da Constituição de 1988, a qual instituiu a saúde como um direito universal. Porém, a efetiva concretização desse direito permanece um desafio, especialmente acentuado pela crise socioeconômica.

Apesar da previsão constitucional, a realidade da população brasileira nem sempre reflete a plenitude desse direito. Diversas fragilidades têm sido constatadas, dificultando o acesso aos serviços de saúde e minando a eficácia da prestação desses serviços.

Um dos problemas centrais reside na carência de estrutura adequada. O Sistema Único de Saúde (SUS) é o maior Sistema Público de Saúde do Mundo, mas enfrenta questões como superlotação, escassez de médicos e falta de equipamentos. Além disso, as disparidades regionais representam um desafio significativo para a efetivação do Direito à Saúde, uma vez que uma parcela substancial dos recursos do SUS está concentrada nas grandes cidades, tornando mais precária a infraestrutura das pequenas e médias localidades.

Ademais, a ausência de políticas públicas eficientes também é um fator problemático. Embora o SUS tenha sido concebido como um sistema universal e equitativo, a realidade diverge substancialmente

desse ideal, com excesso de burocracia e uma distribuição inadequada dos recursos em muitos casos.

2. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

O Sistema Único de Saúde (SUS) teve seu início como uma iniciativa de cunho social, surgida por meio da denominada “Reforma Sanitária”, que congregou profissionais de saúde, sindicatos, trabalhadores assalariados e membros ativos da comunidade. O propósito dessa coalizão era fornecer recursos e prestar serviços de saúde de alta qualidade às comunidades.

Neste diapasão, o Sistema de Saúde Brasileiro não é uma criação de um governo ou partido político específico, mas sim uma conquista social. Antes da criação do SUS, os serviços médicos eram acessíveis apenas àqueles mais privilegiados do ponto de vista econômico.

A inclusão do Direito à Saúde como um Direito Social Fundamental, conforme estabelecido no artigo 6º da Constituição Federal, resultou da luta dos movimentos sociais que se estendeu entre os anos de 1976 e 1988.

Flávia Silva de Oliveira (2015) destaca que o objetivo central desse movimento era reformar a gestão da saúde, que era vinculada ao Ministério da Previdência e tendia a se concentrar em aspectos contributivos.

Vale ressaltar também a relevância da 8ª Conferência Nacional de Saúde que impulsionou o debate sobre a criação do SUS e os Direitos dos Cidadãos. Essa conferência reuniu mais de quatro mil participantes e contou com 135 (cento e trinta e cinco) grupos de trabalho, marcando um momento crucial na trajetória rumo à efetivação do Sistema de Saúde Único no Brasil.

Em referência às lições trazidas por Flavia Silva Oliveira (2015, p. 81):

Nessa Conferência, realizada em 1986, discutiu-se um novo modelo de saúde para o Brasil, que refletiu

na Constituição Federal de 1988. A saúde passou a figurar como um direito fundamental dos cidadãos e um dever do Estado, que deve assegurar atendimento universal e igualitário.

Nesta linha, o Sistema Único de Saúde (SUS) se fundamenta no pressuposto de que todos os indivíduos têm Direito à Saúde, independentemente de filiação à previdência social, filantropia, ou situação econômica precária. Sua verdadeira essência reside na Igualdade e na Democracia, sem qualquer distinção ou privilégio, tratando a todos de forma equânime.

Não obstante, o entendimento do SUS varia consideravelmente de acordo com diferentes perspectivas. Na visão dos profissionais de saúde, muitas vezes é percebido como um sistema de remuneração inadequada. Na visão da sociedade, pode ser rotulado como ineficiente, com longas filas de espera. Do ponto de vista dos gestores públicos, frequentemente carece dos recursos necessários para atender de maneira eficaz e digna à elevada demanda. Por outro lado, para aqueles que dispõem de recursos financeiros, o SUS é frequentemente percebido como um serviço disponível para os menos afortunados que não podem arcar com planos de saúde privados. (OLIVEIRA, 2015, p. 83).

Conforme disposto no artigo 198, §1º, da Constituição Federal de 1988, o SUS tem como finalidade atender às necessidades sociais e promover o bem-estar social, financiado por verbas previstas no artigo 195, CF/88, os quais estabelecem que a Previdência Social será financiada direta ou indiretamente por toda a população, por meio de recursos orçamentários dos Governos Federal, Estadual, Distrital e Municipal, observando a legislação aplicável. (BRASIL, 1988)

Portanto, através de ações e serviços públicos, os Governos retromencionados têm a responsabilidade de atender às premências de saúde dos indivíduos de forma abrangente e colaborativa, sem hierarquia entre eles, mas sim funções e capacidades, com divisão de

trabalho coletivamente responsável pela prestação de serviços na área da saúde.

É nesse contexto que foi promulgada a Lei nº 8.080/90, também conhecida como Lei Orgânica da Saúde, que regulamenta o SUS e é reconhecida como a Lei do SUS. Seguindo os princípios do SUS, destaca-se o Princípio da Unicidade, que estabelece que o SUS é um sistema unificado, proibindo os Entes Federativos de estabelecerem sistemas públicos de saúde exclusivos. Dessa forma, os serviços e ações de saúde estão subordinados a um único sistema, com uma direção única e um único programa, embora haja descentralização em diferentes níveis de governo, como Nacional, Estadual e Municipal (BARROSO, 2006).

Porém, apesar de sua abrangência nacional, o SUS é adaptável às necessidades regionais, o que se traduz em sua descentralização e na divisão regional das responsabilidades dos Entes Federativos. Isso significa que a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é compartilhada entre os Estados, com um papel de destaque atribuído aos Municípios, enquanto a atuação da União tem caráter complementar e de apoio.

Em resumo, o objetivo primordial do SUS é monitorar e divulgar as condições e os determinantes de saúde, visando a redução dos riscos de doenças e outras adversidades. Além disso, o sistema assegura o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde. Para alcançar esse propósito, são necessárias políticas públicas que abordem as dimensões sociais e econômicas da saúde, conforme estabelecido no artigo 1º, § 1º. O artigo 2º da Lei Orgânica da Saúde prevê a prevenção, a proteção e a recuperação da saúde, juntamente com a implementação de ações assistenciais e preventivas.

Essa legislação também abrange a prestação de assistência integral, incluindo a disponibilização de medicamentos, além de ações e serviços de saúde pública realizados por meio de contratos ou convênios com o SUS, bem como serviços privados que seguem as diretrizes estabelecidas no artigo 198 da Constituição Federal.

A saúde é um estado indispensável para a defesa da vida humana e está intrinsecamente ligada à Dignidade das pessoas. Dessa forma, o próprio texto constitucional estabelece um arcabouço organizacional para garantir o Direito à Saúde por meio da institucionalização do SUS.

Em setembro de 2021, o SUS completou 31 anos de existência, e nesse histórico, o Ministério da Saúde enfatizou que se trata do único Sistema Público de Saúde no mundo que atende a mais de 190 milhões de pessoas, sendo que 80% delas dependem exclusivamente dos serviços públicos para qualquer atendimento de saúde. Apesar da magnitude desse desafio, o SUS garante que todos os cidadãos tenham acesso gratuito aos serviços de saúde, sustentando seus Princípios Fundamentais de Integralidade, Igualdade e Universalidade. Isso implica dizer que todos os brasileiros, em algum momento, usufruem ou usufruirão dos serviços do sistema, que desempenha um papel essencial na vida da população (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021).

Portanto, em relação à problemática discutida neste artigo, é evidente que o SUS representa a principal via de acesso à saúde para milhões de brasileiros. Em muitas ocasiões, esses cidadãos enfrentam a escassez de medicamentos essenciais para o tratamento de suas enfermidades.

3. A JUDICIALIZAÇÃO COMO GARANTIA DO DIREITO AO ACESSO À SAÚDE

Em um primeiro momento, é essencial destacar a essência do termo “judicialização”. Ele refere-se à abordagem de questões de grande relevância social e política que estão sendo resolvidas pelo sistema judicial, em vez dos mecanismos convencionais de poder, como o Executivo e o Legislativo.

A judicialização da saúde pode ser compreendida como um instrumento legal utilizado pelos cidadãos, que recorrem ao Poder Judiciário por meio de ações legais contra o Estado, com o objetivo de assegurar o seu direito à saúde e o acesso a tratamentos ou

medicamentos que não estão cobertos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Segundo Simões (2015, p.107):

A judicialização da saúde no Brasil, dentre todas as suas consequências, conseguiu trazer o tema do efetivo cumprimento do direito fundamental à saúde para o centro do debate nas instituições gestoras das políticas públicas de saúde. Adicionalmente, a judicialização exigiu ainda respostas imediatas frente às demandas que se apresentam em um volume cada vez mais crescente [...]

Nos dias atuais, observa-se um aumento significativo das ações judiciais que buscam compelir o Estado, Municípios ou a União a assumirem suas responsabilidades no que tange à garantia do direito à saúde. Essas ações envolvem uma variedade de pedidos, abrangendo tratamentos e medicamentos, muitos dos quais não são abarcados pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

A autorização judicial para tratamentos destinados a pacientes que não passaram pelo devido processo de avaliação do SUS apresenta um conjunto de riscos consideráveis. Entre esses riscos, estão incluídos equívocos no diagnóstico, a possibilidade de fraude contra o setor público, a prescrição de tratamentos de alto custo inadequados ou não incorporados ao SUS, a priorização de pacientes com recursos para custear seus próprios tratamentos em detrimento dos menos privilegiados economicamente, e diversos outros.

Em virtude dessas preocupações, os tribunais passaram a requerer que, juntamente com as petições judiciais, seja apresentada a prescrição médica emitida pelo SUS e a comprovação de solicitações administrativas prévias. A exigência de uma solicitação administrativa prévia foi amplamente destacada na decisão do Recurso Especial (RE) 566471/2020 do Supremo Tribunal Federal (STF), que também faz menção à necessidade da apresentação da prescrição médica emitida

pelo SUS. Essas medidas visam a estabelecer critérios mais rigorosos para a concessão de tratamentos mediante decisões judiciais.

4. O DIREITO À SAÚDE E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Ao longo dos séculos, a preservação da saúde tem sido alvo de preocupações e estratégias junto às autoridades responsáveis pelo bem-estar da comunidade. Em civilizações antigas, enfermos eram frequentemente interpretados como vítimas de influências malignas, ligadas a aspectos religiosos. Na Idade Média, à medida que epidemias causadas pela falta de higiene e saneamento afetavam a população, a Igreja atribuía a doença como resultado de castigo divino (CHACON, 2009).

No século XX, o Estado assumiu o papel principal na promoção da saúde da sociedade, implementando medidas preventivas para otimizar os recursos financeiros, destacando a importância do bem-estar do trabalhador. Nesse contexto, o Estado passou a considerar os trabalhadores como elementos cruciais para o crescimento econômico, buscando, assim, garantir a prosperidade financeira da nação e estabelecendo mecanismos de proteção sanitária (MEIRELES, 2008).

Os serviços públicos abrangem todas as atividades diretas ou indiretas realizadas pelo Estado, envolvendo diversos profissionais, como funcionários públicos ou agentes, cujo propósito é atender às necessidades fundamentais da sociedade. Esses serviços, sob o domínio do direito público, têm o dever de suprir as necessidades básicas e secundárias da coletividade (NOVELINO, 2009).

A garantia da saúde é um direito dos cidadãos e uma obrigação do Estado, conforme estabelecido na Constituição Federal de 1988. O Estado é responsável pela preservação da saúde e pela promoção da vida dos indivíduos, garantindo direitos fundamentais para que as pessoas possam usufruir de condições mínimas adequadas. Nesse contexto, os direitos sociais, tais como o direito à educação, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à Previdência Social, à

proteção à maternidade e à infância e à assistência aos necessitados, foram incorporados aos direitos fundamentais (MORAES, 2005).

E neste contexto,

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição Federal (1988). (BRASIL, 1988).

A promoção do bem-estar da sociedade requer uma maior intervenção do Estado no âmbito dos direitos sociais, com o intuito de enfrentar desafios sociais como a pobreza, a fome, a extrema carência, a falta de saneamento básico e a deficiência nos cuidados de saúde, entre outras necessidades que demandam a atenção estatal (CHACON, 2009).

No contexto da prevenção da saúde, é incumbência do Estado, conforme a Constituição, implementar ações e políticas destinadas a mitigar quaisquer adversidades que a população possa enfrentar, incluindo cuidados médicos, instalações hospitalares e o fornecimento de medicamentos para garantir uma vida digna e uma saúde robusta. No entanto, é importante ressaltar que essa provisão se aplica prioritariamente àqueles em situação de extrema pobreza, enquanto a oferta de serviços para pessoas com recursos financeiros intermediários deve ser avaliada (NOVELINO, 2009).

No Brasil, o Estado deve assegurar condições mínimas em áreas carenciadas, respeitando os princípios fundamentais e distribuindo o poder através de repartições ou competências, conforme previsto na Constituição Federal. Os Entes Federativos recebem competências específicas de acordo com as matérias em que são especializados.

No Distrito Federal, por exemplo, as competências legislativas estaduais e municipais são atribuídas, com exceção do artigo 22, XVII da Constituição Federal, que estabelece que questões sanitárias são

predominantemente de competência da União, conforme o artigo 22 da CF. Conforme o artigo 23 da CF, União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm a responsabilidade conjunta de garantir a saúde pública.

A Constituição Federal de 1988 deu origem ao Sistema Único de Saúde (SUS), regulamentado por leis infraconstitucionais, como a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, que trata do funcionamento e organização do SUS, e a Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre os recursos financeiros gerenciados e redistribuídos pelos Entes Federativos para garantir o direito à saúde.

No passado, o acesso aos cuidados de saúde era limitado, com atendimento restrito a quem contribuía para o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) ou tinha condições financeiras para pagar tratamentos particulares. Famílias menos privilegiadas costumavam contar com parteiras para o parto em casa, devido à falta de recursos para consultas médicas (CAVALIERI FILHO, 2007).

O Ministério da Saúde tinha como responsabilidade exclusiva a formulação de políticas de saúde pública em todo o território nacional, conforme o artigo 1º da Lei 6.229/75.

O complexo de serviços, do setor público e do setor privado, voltados para ações de interesse da saúde, constitui o Sistema Nacional de Saúde, organizado e disciplinado nos termos desta lei, abrangendo as atividades que visem à promoção, proteção e recuperação da saúde, nos seguintes campos de ação: I - do Ministério da Saúde, ao qual compete formular a política nacional de saúde e promover ou executar ações preferencialmente voltadas para as medidas e os atendimentos de interesse coletivo, cabendolhe particularmente: d) Coordenar a ação de vigilância, epidemiológica em todo o território nacional e manter a vigilância nas fronteiras e nos portos e aeroportos, principalmente de entrada, no País. (BRASIL, 1975)

Esta legislação revelava as insuficiências no atendimento das demandas da sociedade, levando à criação, no âmbito legal, de normas que regulamentassem a efetividade e a extensão dos serviços de saúde no Brasil. Isso resultou na instauração do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo a divisão de competências entre as entidades governamentais.

A partir desse momento, tornou-se incumbência do governo garantir assistência médica a todos. Contudo, ocorreu a descentralização dessa responsabilidade, atribuindo-a aos municípios e regiões, a fim de reduzir a distância entre a oferta e a demanda, possibilitando uma distribuição mais eficaz dos serviços.

Cada localidade receberia recursos adequados às características de sua população, com o intuito de estabelecer hospitais, contratar profissionais da saúde e manter as instalações para o benefício da comunidade. Em resumo, o Estado deveria alocar recursos para a implantação e manutenção de hospitais nos municípios, garantindo, assim, o direito à saúde da população (BONTEMPO, 2005).

A estrutura do SUS está detalhada na Lei 8.080/90, que estabelece órgãos nos três níveis federativos, atuando como guardiões das tutelas jurídicas de acordo com a Constituição, como pode ser visto nos artigos 16 e 17 dessa lei.

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete: [...] XIII - prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional; XV - promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal; Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete: I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde; III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e

executar supletivamente ações e serviços de saúde;
(BRASIL, 1990)

Ao incluir a saúde na Constituição Federal de 1988, o Brasil demonstrou seu compromisso com o constitucionalismo democrático e social, atribuindo ao poder público a responsabilidade pela proteção social, levando em consideração as limitações orçamentárias da população. Isso permitiu ao Estado intervir de maneira benéfica, garantindo atendimento hospitalar adequado, inicialmente em unidades de tratamento intensivo e, posteriormente, fornecendo médicos especializados competentes, equipamentos e medicamentos para garantir a manutenção da saúde da população, em conformidade com os direitos sociais estabelecidos como fundamentais (BONTEMPO, 2005).

Bontempo destaca que essa abordagem está diretamente ligada à qualidade de vida das pessoas que vivem em condições precárias de saneamento, recursos financeiros limitados e enfrentam desafios relacionados à saúde, quando comparadas a áreas mais desenvolvidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo, constatou-se que a saúde é um direito fundamental, social e constitucional, assegurado a todos os cidadãos, sendo uma responsabilidade compartilhada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Essas entidades devem, através de políticas sociais e econômicas, garantir o acesso universal e equitativo a serviços, ações, proteção e recuperação da saúde para todos os que necessitam, conforme estipulado na Constituição Federal e na Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde.

No entanto, embora a saúde seja uma garantia constitucional, no Brasil, essa realização enfrenta desafios significativos, tais como

a falta de recursos financeiros, a presença de corrupção, a deficiente organização administrativa e a negligência do Estado.

Nesse contexto, a intervenção do Poder Judiciário se torna necessária para combater a inércia estatal e abordar os problemas mencionados, visando garantir o direito à saúde dos indivíduos.

Todavia, nas últimas décadas, observa-se um aumento expressivo das demandas judiciais relacionadas à saúde, o que perturba as relações políticas e sociais e abala o Sistema Único de Saúde. A judicialização da saúde, apesar de buscar concretizar esse direito, às vezes tem impactos negativos em outros direitos fundamentais e entra em conflito com as questões orçamentárias do Estado, assim como com os princípios da reserva do possível e da igualdade.

É crucial ressaltar que as questões orçamentárias não podem, em princípio, ser impedimentos para a realização do direito à saúde, devendo ser assegurado aos cidadãos o mínimo vital necessário para preservar a dignidade humana. No entanto, as decisões judiciais não podem se limitar à regra legal que garante o direito à saúde a todos os cidadãos.

Em todos os casos, é essencial ponderar valores, princípios e considerar as diretrizes estabelecidas pelo Sistema Único de Saúde para evitar decisões que prejudiquem outros direitos constitucionais.

Por fim, é importante destacar a necessidade de o Estado implementar mecanismos para resolver os obstáculos que impedem a concretização do direito à saúde, promovendo uma distribuição mais justa e equitativa dos recursos e garantindo uma assistência básica satisfatória à população.

REFERÊNCIAS

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Juruá. Curitiba, 2005.

BRASIL. **Lei N° 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm. Acesso em: 19 outubro 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.154 de 26 de maio de 2021**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para aperfeiçoar o Programa Nacional de Triagem Neonatal (PNTN), por meio do estabelecimento de rol mínimo de doenças a serem rastreadas pelo teste do pezinho; e dá outras providências. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.154-de-26-de-maio-de-2021-322209993>. Acesso em: 19 outubro 2023.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo, 2007. Atlas.

CHACON, Luis Fernando Rabelo. **Responsabilidade Civil**. São Paulo. Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 de outubro de 2023.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. JusPodivm. Salvador, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 10^a Ed. São Paulo: Atlas. 2013.

NORTH, Douglas Cecil. **Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico**. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018. POSNER, Richard A. Problemas de Filosofia.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2009.

OLIVEIRA, Flávia Silva de. **Controle social no sistema único de saúde SUS: aspectos constitucionais e legais dos Conselhos de Saúde**. 2015. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/download/4402/3318>. Acesso em: 19 outubro 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Simões FH. **Judicialização do acesso ao tratamento do diabetes no estado de Minas Gerais**. 2015. 107 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Saúde pública da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 855178** ED SE. Relator: Ministro Luiz Fux. Publicação: 16/04/2020. Jurisprudência STF, 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em: 19 outubro de 2023.

A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO JUDICIAL COMO MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS: UMA ANÁLISE DO CEJUSC DA COMARCA DE EUGENÓPOLIS – MINAS GERAIS

*Amanda Paradelas Ribeiro Ferreira*³

*Wilson Sebastião Rodrigues Soares*⁴

INTRODUÇÃO

Os litígios são fenômenos presentes em toda trajetória civilizatória e em se tratando de uma sociedade cada vez mais estruturada, tornou-se necessário estar apto às mudanças na sociedade e nas demandas que delas surgem, se atentando a novas metodologias que favoreçam o funcionamento do Poder Judiciário.

Nesse sentido, visando demonstrar às partes litigantes o poder de decisão que elas possuem, para que elas mesmas resolvam a lide através da autocomposição e objetivando a satisfação de ambas, aponta-se como um dos métodos de solução de conflitos a mediação e a conciliação.

3 Graduada do Curso de Direito do Centro Universitário Faminas – Muriaé. E-mail: amandaparadelas22@gmail.com

Professor universitário - Centro Universitário FAMINAS/Muriaé-MG. Graduação em Direito- Faculdade de Minas - Muriaé. Especialista em Direito Constitucional- Universidade Anhanguera Uniderp. Mestre em Planejamento Regional e Gestão da Cidade, com linha de pesquisa em Direito da Cidade pela Universidade Cândido Mendes de Campos dos Goytacazes - RJ. Atualmente é Assessor da Procuradoria Geral do Município de Muriaé – MG.

4 Professor universitário - Centro Universitário FAMINAS/Muriaé-MG. Graduação em Direito- Faculdade de Minas - Muriaé. Especialista em Direito Constitucional- Universidade Anhanguera Uniderp. Mestre em Planejamento Regional e Gestão da Cidade, com linha de pesquisa em Direito da Cidade pela Universidade Cândido Mendes de Campos dos Goytacazes - RJ. Atualmente é Assessor da Procuradoria Geral do Município de Muriaé – MG.

Nesse interim, o Conselho Nacional de Justiça, na busca pelo acesso à justiça, instituiu a Resolução 125/2010, que objetiva uniformizar os serviços junto ao Poder Judiciário, voltado ao tratamento adequado dos conflitos de interesses.

Além disso, previamente à fundação da litigiosidade, o Código de Processo Civil de 2015, prevê especificamente em seu artigo 334, que deve ser promovido no procedimento comum, a derivação da controvérsia para o tratamento entre as partes, por meio da designação da audiência de conciliação e mediação.

Assim, o presente artigo, possui o objetivo de esclarecer sobre a importância da conciliação e mediação, suas distinções, definições e seu exercício, bem como a eficácia de sua metodologia, com aplicação prática no CEJUSC da Comarca de Eugenópolis. Ademais, valendo-se de metodologia qualitativa, baseia-se na análise da legislação e de textos científicos pertinentes ao tema, bem como apresenta dados obtidos junto à Comarca de Eugenópolis, em decorrência de atuar nesta, na condição de conciliadora.

Dessa forma, convém mencionar que, de acordo com dados do Censo de 2022, a Vara Única da Comarca de Eugenópolis, atende um total de 17.915 habitantes, uma vez que abrange os municípios de Patrocínio do Muriaé e Antônio Prado de Minas, com isso, será abordado a seguir, a estrutura, organização e funcionamento de seu Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, assim como, elencar quesitos positivos, negativos e apontar melhorias a serem tomadas para a valorização da temática.

1. MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: DISTINÇÕES, DEFINIÇÕES E POSSIBILIDADES

A priori, o Processo Civil é o campo do direito que estuda os conflitos entre as partes que, ao se encontrarem em divergência por alguma situação, recorrem ao Judiciário, para que o conflito seja solucionado. Dessa forma, podemos falar em lide, uma vez que, é descrita como o conflito de interesses qualificado por uma

pretensão resistida ou insatisfeita. Portanto, não há lide se não houver divergências entre as partes, como destacado abaixo

O Direito Processual Civil é o ramo do direito que contém as regras e os princípios que tratam da jurisdição civil, isto é, da aplicação da lei aos casos concreto, para a solução dos conflitos de interesses pelo Estado-juiz.

O conflito entre sujeitos é condição necessária, mas suficiente para que incidam as normas de processo, só aplicáveis quando se recorre ao Poder Judiciário apresentando-se lhe uma pretensão. Portanto, só quando há conflito posto em juízo (GONÇALVES, 2020, p. 128).

Desse modo, os conflitos que por alguma resistência das partes, não encontrem solução, podem ser submetidos ao meio extrajudicial, dado numa fase pré-processual e, caso haja a possibilidade de acordo, este será homologado, tornando-se um título executivo judicial, baseado no artigo 515, III, CPC. Em contrapartida, caso não seja possível a autocomposição das partes, sendo necessário o ajuizamento de demanda amparada no exercício do direito de ação, o mecanismo é denominado judicial, ou seja, ocorre na fase processual.

Nesse contexto, a mediação e a conciliação são métodos de solução de conflito pelas quais um terceiro intervém em um processo de negociação, com a função de auxiliar as partes a chegarem à autocomposição. Dessa forma, ao terceiro não incumbe a resolução do problema, ele apenas exerce um papel de catalisador da solução do conflito. A diferença entre as duas, está caracterizada na técnica utilizada na participação do terceiro no procedimento de resolução.

Assim, a mediação é caracterizada pela participação de um terceiro imparcial com capacitação adequada, que irá aproximar as partes envolvidas no conflito, incentivando o diálogo e permitindo a construção de uma solução satisfatória pelas próprias partes. Desse modo, possibilita por meio de técnicas próprias, utilizadas

pelo mediador, a identificação do conflito e suas possíveis soluções. Além disso, a mediação é o método adequado para conflitos entre pessoas quando há um vínculo pessoal entre elas, como por exemplo, em litígios que envolvam questões de família, herança, vizinhos, problemas societários.

Nesse sentido, o CPC de 2015 disciplinou a mediação como um mecanismo hábil para a pacificação social e regulamentou os mediadores judiciais, atribuindo-lhes a qualidade de auxiliar da justiça. Assim, dispõe o Código de Processo Civil quanto ao mediador:

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

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (BRASIL, 2015).

Dessa forma, a Seção V do Capítulo III, foi destinada para abordar questões como: as atividades dos mediadores, os princípios da mediação, a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual pelos Tribunais, os impedimentos, a remuneração, a criação de Câmaras de Mediação e Conciliação para a solução de controvérsias no âmbito da administração pública e a possibilidade de mediação extrajudicial, entre outras peculiaridades.

Nesse interim, no mesmo ano, promulgou-se a Lei nº 13.140/2015 (BRASIL, 2015), denominada Lei de Mediação, na qual dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração

Pública. Tal Lei, revela a regulamentação do instituto e da figura do mediador, os meios e os métodos da mediação, bem como seus princípios.

Com isso, ao tratarmos da mediação judicial, ressalta-se que quanto aos requisitos para exercer a função de mediador, o artigo 11 da Lei supramencionada, expõe que:

Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça (BRASIL, 2015).

Sendo assim, o mediador atua de maneira a facilitar a negociação, solucionando um conflito de forma mais eficiente e benéfica às partes, instruindo-as para que elas próprias cheguem a um consenso.

Já a conciliação, por sua vez, configura-se como um dos métodos de solução de conflitos, que de acordo com o jurista Roberto Portugal Bacellar, pode ser definida da seguinte maneira:

Definimos a conciliação (nossa posição) como um processo técnico (não intuitivo), desenvolvido pelo método consensual, na forma autocompositiva, em que terceiro imparcial, após ouvir as partes, orientas, auxilia, com perguntas, propostas e sugestões a encontrar soluções (a partir da lide) que possam atender aos seus interesses e as materializa em um acordo que conduz à extinção do processo judicial (BACELLAR, 2012).

Ademais, a conciliação, ao contrário da mediação, é o método indicado para situações em que o conflito surgiu sem a existência de um vínculo entre as partes, por exemplo, via de regra, contratos bancários, questões relativas ao direito do consumidor, responsabilidade civil. Dessa forma, o conciliador conduzirá o diálogo entre as partes, tomando iniciativa para fazer recomendações e advertências às partes, com a finalidade de direcioná-las para formularem um acordo, conforme expõe o artigo 165, §2º do CPC:

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

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem (BRASIL, 2015).

Portanto, vale destacar a relevância da conciliação no meio jurídico devido à sua celeridade, bem como o menor custo processual, somado à sua eficácia quando atingido o objetivo da resolução de conflitos.

Por fim, em regra, o conciliador, é quem conduz a conciliação, entretanto, não é órgão jurisdicionado, ele é um auxiliar da justiça. Com isso, diferentemente do mediador, a exigência de dois anos de formação no ensino superior não alcança os profissionais que pretendem atuar somente na conciliação, exigindo-se somente que estejam cursando nível superior, além da adequada capacitação, por meio de curso realizado pelos tribunais ou por entidades formadoras reconhecidas pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).

2. A DESIGNAÇÃO DA AUDIÊNCIA DO ARTIGO 334 DO CPC

É notório que, o Código de Processo Civil de 2015, trouxe em sua composição novidades relacionadas à autocomposição utilizada na prevenção e solução de conflitos. Sendo assim, observamos sua aplicação ao procedimento comum, através do artigo 334, na qual, de forma principiológica, deve-se promover a audiência de conciliação ou de mediação para as partes tratarem sobre o litígio:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência (BRASIL, 2015).

Em tal dispositivo, observa-se que foi levado em consideração pelo legislador a insuficiência do processo judicial como único mecanismo para a solução de conflitos da sociedade, cujas relações têm se tornado a cada dia mais complexas. Dessa forma, o Código de 2015 é elaborado demonstrando seu interesse na participação ativa das partes no processo, tendo como norte em sua construção os meios consensuais de resolução de conflitos, conforme explicação realizada

Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz. (BRASIL, 2010)

Com isso, podemos observar que o CPC se estrutura de forma a incentivar a solução do conflito através da autocomposição: se dedica à regulamentação da mediação e conciliação em seus artigos 165 a 175, além disso, estimula a autocomposição antes da apresentação de contestação pelo réu (arts. 334 e 695). Ademais, de acordo com seu artigo 190, permite a realização de acordos processuais atípicos, quando versarem sobre direitos que admitam a autocomposição, sendo que, autoriza ainda nos artigos 515, III e 725, VIII a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza, bem como que, no acordo judicial, seja incluída matéria diversa ao objeto do litígio, conforme artigo 515, §2º (DIDIER JR, 2015).

Por conseguinte, pode-se afirmar que o legislador ao tratar sobre a temática, confere ao Judiciário e aos seus auxiliares o dever de estimular preferencialmente a busca pelos mecanismos consensuais de solução de conflitos, tendo em vista que compete ao Estado promovê-la, pautado no artigo 3º, § 2º e § 3º do CPC.

Assim sendo, a realização de um acordo na fase do artigo 334 do CPC, traz à tona benefício tais como, a qualidade da prestação jurisdicional às partes, que chegam num consenso por si próprias, além de reduzir, de forma considerável, o curso do processo na fase de reconhecimento.

3. A RESOLUÇÃO 125/2010 DO CNJ E SEUS OBJETIVOS

Com a crescente prática da mediação e da conciliação no Brasil e na busca pelo acesso à justiça, o Conselho Nacional de Justiça, instituiu a Resolução 125/2010 (BRASIL, 2010), caracterizada por definir o seu papel como organizador de uma Política Pública que objetiva uniformizar os serviços junto ao Poder Judiciário, voltado ao tratamento adequado dos conflitos de interesses, com destaque à mediação e à conciliação.

Nesse sentido, a Resolução n. 125/2010 do CNJ, em seu artigo 2º, enfatiza a relevância da adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, objetivando a boa qualidade

dos serviços, nos núcleos e centros, além de semear a cultura de pacificação social e o acesso à justiça. Dessa forma, tal Resolução regulamenta a atuação do mediador e do conciliador, criando para estes um Código de Ética e definindo um currículo mínimo para o curso de capacitação, segundo expõe seu artigo 12:

Art. 12. Nos Centros, bem como todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias (BRASIL, 2010).

Convém ainda mencionar que, a Resolução 125/2010 impôs, entre outras medidas, a todos os Tribunais brasileiros a criação de unidades de atendimento aos cidadãos que buscassem mediar ou conciliar seus conflitos, sendo elas: os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) e os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflito (Nupemecs). A implementação de tais unidades, surgiu com a pretensão de estimular, apoiar e propagar a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos Tribunais.

Portanto, dentre os objetivos da Resolução retromencionada, deve-se frisar que o CNJ considerou com seriedade e elencou em seu preâmbulo que

“A conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos países tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças” (BRASIL, 2010).

Desse modo, destaca-se o papel de suma importância da atuação efetiva do CNJ em promover a prevenção de litígios e dispor sobre sua apropriada aplicação, a partir da valorização da conciliação e mediação no âmbito das controvérsias, reduzindo a demanda que estas causariam no judiciário.

4. ESTRUTURA, ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DO CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA DA COMARCA DE EUGENÓPOLIS

O artigo 165, caput, do CPC, determina que os tribunais criem centros judiciários de solução consensual de conflitos, nas quais serão responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação e por desenvolver programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. A organização desses centros deverá ser definida pelo respectivo tribunal, observadas as normas do CNJ (BRASIL, 2015).

Sendo assim, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos são entidades que compõem o poder judiciário, quando instaladas em cada Comarca através de parcerias ou convênios com entidades públicas ou privadas, oferecendo como meios alternativos para a solução dos conflitos, o serviço de conciliação e mediação. Além disso, também auxiliam na realização de audiências designadas nas lides de processos já em trâmite na esfera dos Juizados especiais e Varas comuns. Portanto, atuam tanto no âmbito pré-processual, quanto no processual.

O Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Eugénópolis/MG, está localizado dentro do Fórum da Comarca, na qual também abrange os municípios de Patrocínio do Muriaé e Antônio Prado de Minas.

De acordo com dados do IBGE, a população da cidade de Eugénópolis chegou a 10.801 pessoas, a de Patrocínio do Muriaé a 5.576 e Antônio Prado de Minas a 1.538 habitantes, no Censo de 2022.

Ou seja, temos um total de 17.915 habitantes atendidos pela Vara Única da Comarca de Eugenópolis.

Vale destacar que, com relação à sua estrutura, apesar de ser uma Comarca relativamente pequena, alcançou a quantidade de 1.431 processos cíveis distribuídos no primeiro semestre de 2023, de acordo com dados fornecidos pelo sistema do TJMG. Ademais, em análise às estatísticas geradas neste período pela Comarca, são realizadas em média 61 audiências por mês no Cejusc, sendo as da Justiça Comum designadas para terça-feira e as do Juizado Especial para quarta-feira e quinta-feira.

Nesse sentido, para alcançar o objetivo principal da audiência, o Cejusc da Comarca conduz a sua realização observando as peculiaridades de cada caso, garantindo a livre autonomia dos interessados. Mantendo a imparcialidade, é realizada a abertura da sessão, esclarecendo às partes qual é o tipo de audiência a ser desempenhada, qual o seu objetivo, além de se ponderar do que se trata a ação, feito isto, é dada a oportunidade para a parte ré oferecer alguma proposta de acordo. Após, a continuidade das audiências modifica-se a cada caso e a cada tipo de proposta efetuada. Convém mencionar que, é sempre informado às partes que o acordo deve favorecer a ambos, ao chegar num consenso mútuo.

Além disso, observa-se que as partes presentes em audiência na Comarca, em sua maioria, são pessoas de classe baixa e com pouca instrução, competindo ao Cejusc trazer as informações pertinentes ao caso, instruí-los sobre a ponderação na negociação de propostas para que nenhuma das partes sejam prejudicadas e indicar qual o procedimento a ser tomado, caso não seja realizado acordo.

Quanto aos advogados da Comarca, estes quando presentes em audiência, desempenham um papel de suma importância para a resolução dos conflitos, uma vez que prestam orientações jurídicas sobre o assunto antes e durante a audiência e, na maioria das situações, estão dispostos a oferecer ou receber propostas, cooperando para as partes caminharem juntas em busca de um consenso. Pode-se observar

ainda que, nas sessões da Comarca em que os advogados estiveram presentes, houveram índices maiores de acordos realizados.

Para analisar a atuação do Cejusc da Comarca de Eugenópolis, foi feita pesquisa no banco de dados mantido pela Comarca e colhidos pela primeira autora na sua atuação enquanto conciliadora na referida Comarca, onde se pode observar que no primeiro semestre do ano de 2023:

O juizado especial cível teve um total de 107 audiências realizadas, porém em 32 não foi possível a composição cível, tendo em vista a ausência do réu, dessa forma, obtivemos 75 audiências efetuadas com a presença das partes e 27 acordos realizados, o que demonstra um percentual de 36% de audiências frutíferas.

Já na Justiça Comum, foi obtido um total de 166 audiências realizadas, porém em 27 não foi possível a composição cível, tendo em vista a ausência do réu, dessa forma, obtivemos 139 audiências efetuadas com a presença das partes e 41 acordos realizados, o que demonstra um percentual de 29,4% de audiências exitosas no alcance da composição.

Com isso, tendo em vista as estatísticas acima apresentadas e o funcionamento do CEJUSC da Comarca, observou-se que no âmbito do Juizado Cível, a porcentagem de acordos realizados em audiência é maior, tendo em vista a matéria de que tratam, uma vez que os processos da Justiça comum em sua maioria envolvem a área de família, que na Comarca possuem maior dificuldade das partes entrarem num consenso.

Todavia, mesmo não apresentando dados significativamente altos, quando comparados com as porcentagens apresentadas pelo Justiça em números 2023 do CNJ, o CEJUSC de Eugenópolis está dentro da média do Estado de Minas Gerais, na qual apontou no ano de 2022, um índice de conciliação na fase de conhecimento do primeiro grau de 17,8% no juízo comum e de 15,8% nos juizados especiais.

Por conseguinte, dado o exposto, pode-se afirmar que o grande e principal ponto positivo da conciliação e mediação se dá quando realizado acordo, resultando no fim do processo no momento da

audiência, desafogando o judiciário, levando à celeridade, bem como o menor custo processual.

Em contrapartida, ao realizar uma análise da estrutura, organização e funcionamento do CEJUSC da Comarca de Eugenópolis, observou-se a ineficiência de divulgação acerca da possibilidade de acesso à justiça através dos meios alternativos de resolução de conflitos. Além disso, a capacitação dos conciliadores e mediadores para a atuação no CEJUSC é um dos principais e mais importantes pontos para que se alcance o principal objetivo desse instituto. Dessa forma, a Comarca carece de mais servidores direcionados ao trabalho do CEJUSC de Eugenópolis, sendo oferecida a devida qualificação para sua atuação adequada, por meio das técnicas de conciliação e mediação aplicadas a cada tipo de conflito.

Somando-se a isso, revela-se de suma relevância, o investimento no ambiente físico do CEJUSC da Comarca e em projetos como a Justiça Itinerante que, através de um ônibus, leva os serviços prestados pelo Poder Judiciário aos lugares menos acessíveis e às pessoas mais carentes, promovendo audiências de conciliação e ações de cidadania.

Dessa forma, ao se dedicar na valorização desses projetos, as controvérsias poderiam ser tratadas, e até mesmo solucionadas, num momento pré-processual, assim cooperando para o desafogamento do judiciário. Portanto, se faz necessária para a Comarca, a valorização da resolução de conflitos de forma pré-processual, tendo em vista que muitos litígios que tramitam no judiciário, poderiam ser solucionados previamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, tendo o presente artigo tratado da importância da conciliação e mediação como meios alternativos de solução de conflitos, trouxe à tona diversos institutos que abordam a temática, tais como o CPC de 2015, a Lei 13.140/2015, a Resolução nº 125/2010, dispondo sobre sua implementação diante dos litígios presentes na

sociedade e estimulando a busca pelos mecanismos consensuais de solução de controvérsias.

Com isso, objetivou-se demonstrar a definição de conciliação e mediação, elencando suas distinções e legislações aplicáveis, além de expor seu exercício e quem pode exercê-lo. Ademais, foi abordada a metodologia destes meios, com o estudo do CEJUSC da Comarca de Eugenópolis ao elucidar sobre as cidades que abrange, a média de audiências realizadas por mês e a quantidade de processos cíveis distribuídos, além de abordar dados que demonstram a porcentagem de audiências realizadas com êxito, a participação dos procuradores e partes e elencar quesitos positivos, negativos e apontar melhorias a serem tomadas para a valorização da temática.

Após a análise das informações supracitadas, pode-se concluir que, a lide pode ser descrita como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita, assim, tendo em vista a decorrência de controvérsias presentes na sociedade, torna-se necessário solucioná-las de maneira eficaz. Com o fito de indicar às partes conflituosas o poder de decisão que elas possuem, para que elas mesmas resolvam a lide através da autocomposição, de forma que satisfaça a ambas, aponta-se como um dos métodos de solução de conflitos a mediação e a conciliação.

Nesse aspecto, o CPC de 2015 é um grande incentivador da solução do conflito através da autocomposição, uma vez que dispõe sobre a designação de audiência de forma inaugural no procedimento comum, ademais, se dedica à regulamentação da mediação e conciliação e confere ao Judiciário e aos seus auxiliares o dever de estimular preferencialmente a busca pelos mecanismos consensuais de solução de conflitos, visto que compete ao Estado sua promoção.

Além disso, o Conselho Nacional de Justiça, possui um papel de extrema importância através da instituição da Resolução nº 125/2010 que levou em consideração o carecimento de se alicerçar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios.

Ademais, o CPC e a Resolução nº 125/2010 dispõem acerca da criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos, na qual auxiliam na realização da conciliação e mediação. Assim, foram instalados em cada comarca objetivando oferecer à população uma prestação jurisdicional célere e efetiva.

Portanto, o CEJUSC da Comarca de Eugenópolis, foi utilizado como parâmetro de estudo, sendo abordado detalhes pertinentes ao seu entendimento e, ao apresentar dados sobre a porcentagem dos acordos realizados, comparou-se à média do Estado de Minas Gerais.

Tendo em vista que o principal objetivo do presente artigo se dá pela valorização da utilização dos métodos de conciliação e mediação de maneira eficaz, elencou-se que a realização de um acordo entre as partes é de suma importância para a satisfação de ambas e o desafogamento do judiciário com problemáticas que possuem a chance de serem resolvidas através da autocomposição.

Por fim, conclui-se que com o investimento no CEJUSC, nos métodos por ele utilizados, na capacitação de seus servidores e sendo implementado na sociedade o pensamento de que há a possibilidade de um acordo entre as partes, fora do âmbito judiciário, oferecido através da acessibilidade da justiça à estas, se desconstruiria a “cultura” de se recorrer à judicialização imediata, como primeira opção, quando existir uma controvérsia. Dessa forma, resultaria na valorização e aumento dos índices de conciliação e mediação com êxito, não somente na Comarca de Eugenópolis, mas sim em âmbito nacional.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010**. Instituída pelo Ato nº 379 de 2009. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 jul. 2010. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>. Acesso em 19 de out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Institui o Novo Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 19 de out. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. BRASÍLIA, 2010. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/resolucao_125_29112010_23042014190818.pdf. Acesso em: 19 de out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 19 out. 2023.

CNJ. **Justiça em números 2023**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em 19 out. 23

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento** / Fredie Didier Jr. - 17. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

G1. **População de Eugenópolis (MG) é de 10.801 pessoas, aponta o Censo do IBGE.** Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2023/06/28/populacao-de-eugenopolis-mg-e-de-10-801-pessoas-aponta-o-censo-do-ibge.ghtml>. Acesso em 10 de set. 2023.

Gonçalves, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil** / Pedro Lenza; Marcus Vinicius Rios Gonçalves. – **Esquematizado**[®] – 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

A CONTRIBUIÇÃO DA FILOSOFIA DO DIREITO PARA A HERMENÊUTICA DO DIREITO PENAL

*Éverson de Paula Carvalho*⁵

INTRODUÇÃO

O presente artigo anseia discutir sobre a importância do estudo da filosofia jurídica, salientando a importância do seu lugar enquanto colaboradora para a reflexão e amadurecimento das questões jurídicas, sobretudo do Direito Penal. Haja vista a incidência do Direito no âmbito da vida em sociedade. O estudo filosófico da ciência jurídica é a base para a aplicabilidade, o mensurar das consequências e a avaliação de possíveis arbitrariedades causadas por equívocos hermenêuticos e seus possíveis efeitos.

A filosofia, em sua concepção clássica, aperfeiçoa todas as ciências, seja pelas indagações ontológicas ou procedimentais, mas, a busca pela sabedoria passa pelos questionamentos dos pressupostos que amparam a existência do ser humano. Seja em dimensão subjetiva ou ainda, em dimensão social. Nesse sentido, a questão principiológica e, tal qual, axiológica. Com efeito, a Filosofia do Direito apresenta um contributo intelectual para a hermenêutica do Direito e a observação da realidade fenomenológica.

Ela é integrante da sensibilização julgadora, valorativa, que está sempre na ceara das ciências jurídicas. Para efeito de compreensão, este artigo abordará, sem pretensão de exaurir o tema, a questão da filosofia do Direito enquanto fundamental para o delineamento do labor jurídico, partindo de questões conceituais e metodológicas.

No que tange à metodologia, será abordada a metodologia qualitativa e serão utilizados autores de desenvolvem o tema e apresentam argumentos verticalizados sobre o que a Filosofia do

⁵ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Faminas-Muriaé. Email: carvalho_everson@hotmail.com

Direito pode auxiliar as questões penais. A Literatura abordada é coerente com as premissas deste trabalho, que evoluiu pelas seguintes etapas: busca do referencial teórico, observação dos argumentos apresentados e a seleção criteriosa daqueles elementos que podem compor as digressões que serão aqui desenvolvidas.

Para efeito de compreensão, o texto se divide em subtópicos para facilitar a didática da compreensão, em perspectiva de conhecimento conceitual e gradativo, sobre a filosofia do Direito, a hermenêutica e culminando com a abordagem penal.

1. A FILOSOFIA DO DIREITO E A QUESTÃO CONCEITUAL

É importante, para início do desenvolvimento argumentativo, pensar a questão conceitual da Filosofia do Direito e tê-la como preceito fundamental para a discussão que se seguirá. O pensamento sobre a exigência conceitual é um pressuposto epistemológico inafastável da função filosófica. A indagação sobre as premissas e suas aplicabilidades é sempre possível e, em razão de circunstâncias, necessária. Neste interregno, é necessário pensar-se em método, questão primacial de toda ciência, caráter identitário de sua sustentação pragmática.

O autor Miguel Reale, em sua obra Lições Preliminares de Direito, colabora sobre essa questão metodológica

Método é o caminho que deve ser percorrido para a aquisição da verdade, ou, por outras palavras, de um resultado exato ou rigorosamente verificado. Sem método não há ciência. O homem do vulgo pode conhecer certo, mas não tem certeza da certeza. O conhecimento vulgar nem sempre é errado, ou incompleto. Pode mesmo ser certo, mas o que compromete é a falta de segurança quanto àquilo que afirma. É um conhecimento parcial, isolado, fortuito, sem nexos com os demais. Não é o que se dá com o conhecimento metódico; quando dizemos que temos ciência de uma coisa é porque verificamos o que a

seu respeito se enuncia. A ciência é uma verificação de conhecimentos, e um sistema de conhecimentos verificados. Seria simplesmente inútil percorrermos o mundo jurídico buscando a sua visão unitária sem dispormos dos métodos adequados para conhecê-lo, pois cada ciência tem a sua forma de verificação, que não é apenas a do modelo físico ou matemático (REALE, 2002, p.10).

A construção intelectual do professor Miguel Reale aponta para a solidez argumentativa, no que tange à sua premissa mais fundamental. Neste sentido, há que se evitar, para a clareza de fatos, o sincretismo metodológico. Para que seja ciência é necessário que haja objeto e método, neste aspecto, a filosofia do direito se debruça sobre a construção do conceito, seu desdobramento e aplicabilidade pragmática.

Ao indagar os pressupostos e apreciar as finalidades, a filosofia do direito apresenta-se como fiel colaboradora à questão procedimental do direito. Sobretudo, esse campo do saber admite várias cognoscibilidades, as variegadas vertentes epistemológicas têm o que oferecer à ciência jurídica e, com o auxílio da filosofia, têm seus conhecimentos sistematizados com o intuito de melhor colaborar com o aperfeiçoamento científico na seara jurídica.

O estudo do Direito implica várias balizas hermenêuticas que, para efeito pragmático, carece de sistematização. E, tal sistemática, própria da ciência jurídica, ganha verticalidade com o rigor metodológico. Nesse interregno, tal estudo é um sistema de conhecimentos, amparado por linguagem e método, perspectiva e complementaridade como construção fática. Conservando o mais elementar itinerário redacional de início, meio e fim.

Com efeito, nesse universo de discussão, faz-se mister trazer à baila uma proposição do eminente filósofo do direito Gustav Radbruch. O filósofo pondera a questão do valor e a presença da filosofia do direito no acompanhamento do transcurso histórico. Neste sentido, vale observar sua digressão

Todas as grandes transformações políticas foram preparadas ou acompanhadas pela filosofia do direito. No início, encontra-se a filosofia do direito, no final, a revolução. Proposições de dever ser só podem ser fundamentadas e demonstradas mediante outras proposições do dever ser. Exatamente por isso, as proposições últimas do dever ser são indemonstráveis, axiomáticas, não passíveis de conhecimento, mas apenas de crença. Portanto, onde assenções antagônicas sobre as proposições últimas do dever ser, visões de mundo e de valor antagônicas se oponham de modo conflituoso, entre elas não se pode mais optar com a unicidade científica. A consideração científica do valor, já se disse, pode ensinar o que se pode e o que se quer, mas não o dever ser. Mais precisamente, no âmbito do dever ser a ciência pode cumprir as funções: primeiro, pode verificar os meios necessários para a realização do fim devido. Naturalmente não denominamos filosofia do direito, mas, sim, política do direito à instrução para escolher os meios justos para um fim jurídico. A consideração dos meios condicionados a um fim jurídico não pode, no entanto, ser apenas do tipo que contemple os meios a partir do fim, como faz a política do direito, mas, inversamente, que contemple o fim a partir dos meios, quer dizer, se conscientize plenamente do alcance do fim mediante a indicação dos meios para tanto indispensáveis, e dos efeitos secundários que lhe são inevitavelmente vinculados. Tal consideração dos meios com o objetivo de esclarecer o fim jurídico, realizável por meio dela, é a filosofia do direito segundo, é igualmente tarefa da filosofia do direito não apenas refletir sobre o juízo de valor jurídico até os mais longínquos meios para a sua realização, mas também, em direção oposta, esclarecê-lo até suas últimas premissas de concepção de mundo (RADBRUCH, 2010, p.17-18).

Os argumentos apresentados pelo professor Radbruch atestam a verossímil contribuição dada pela filosofia do direito em seus diversos âmbitos. O que foi perspectivado pelo autor habilita a filosofia a ponderar as questões jurídicas, pois, em si, ela tanto quanto qualquer ato jurídico tem o comportamento humano com objeto de percepção. Ponderam sobre o mesmo conteúdo. O filósofo em questão apresenta a filosofia como aquela que permeia toda a história humana e, por isso pode oferecer razoabilidade nas percepções das ciências jurídicas.

No que concerne ao fato de ser ela uma disciplina propedêutica, este ponto não minora sua importância, tão menos é sinônimo de desimportância. Configuram-se a partir daí novos rumos para a filosofia do direito, bem como de toda ciência jurídica.

Salienta-se, contudo que, a metodologia sempre leva em conta o objeto do conhecimento, indica, sobretudo, o procedimento para se chegar ao verdadeiro conhecimento sobre um objeto, uma pessoa, ou ainda, uma realidade. Quando ainda, o conhecimento da realidade implicar a composição de todos os elementos citados. A observação de diferentes métodos empregados pelas diversas ciências, colabora com a elaboração intelectual de propostas para as grandes questões que se impõem à seara jurídica.

Encontra-se amparo também, nos estudos jurídico-filosóficos, a inevitabilidade fundamental de cair nos casuísmos, traindo, por princípio a solidez argutiva do direito. A ética, a segurança jurídica, decorrem dessa capacidade de observação que respeita o caráter subjetivo, mas não se vincula, em absoluto, a ele. O transcurso histórico precisa ser considerado em sua transformação e, até mesmo, em sua efemeridade, há um ininterrupto e paulatino devir que imiscui todos e todas as realidades.

O conhecimento histórico faz-se necessário e, ainda, um fato histórico só é reconhecido como tal, quando integrado em um processo histórico, na amplitude de suas considerações. O processo que configura toda a tradição não se reduz a questões isoladas ou fatos sem nexos com a realidade na qual está imerso.

Neste aspecto, fica patente que é considerada incompleta a leitura da história do pensamento jurídico e filosófico-jurídico quando totalmente divorciada dos acontecimentos da história, da economia, política e da cultura de uma nação. Há sempre a percepção da história que implica as percepções do Direito Positivo. O conhecimento do ser humano é sempre um *apriori* às percepções em torno das ciências jurídicas.

No que tangencia o conhecimento, faz-se necessário pensar nessa questão gnosiológica para ainda fixar o rigor metodológico. Paulo Nader colabora

Preliminar à abordagem das doutrinas relativas à possibilidade, origem e essência do conhecimento. Enquanto o primeiro consiste na atividade mental de captação do conhecimento, este se consubstancia na representação intelectual das coisas do mundo objetivo ou do próprio sujeito cognoscente. É o resultado ou efeito do ato de conhecer. O conhecimento pode ter por objeto tanto a realidade exterior quanto os fatos ligados ao próprio eu. Quando o ato de conhecer se refere a fatos da história, verifica-se no intelecto a representação de algo exterior ao indivíduo; entretanto, se este interpreta algo que existe em si próprio, como as sensações em geral, angústia, dores físicas, sentimentos, sonhos, efetiva-se na mente a representação intelectual de um fato que não se encontra no mundo exterior ao sujeito cognoscente. Esta modalidade de conhecimento se opera pela reflexão (NADER, 2022, p.9).

A abordagem supracitada ressalta a questão do conhecimento como instrumento para a maturação metodológica e a compreensão mais aprofundada do alcance do direito. Enquanto ciência, o direito opera e sente a realidade a ser julgada com a finalidade precípua de apresentar sua deliberação. O conceito de conhecimento e o conceito de método auxiliam a ciência do direito na estruturação e verticalidade.

Vale pensar sobre uma atuação fundamental, entre as tantas possibilidades a serem observadas, este trabalho aborda a questão hermenêutica, enquanto ciência que auxilia a pragmática jurídica e encontra seu berço na filosofia clássica. Nela também se encontram conceitos que integram seu campo semântico e aperfeiçoam a percepção normativa e a práxis jurídica.

1.1 A HERMENÊUTICA COMO COLABORADORA DA FILOSOFIA DO DIREITO

Ao abordar a questão conceitual, apraz agora, em caráter de uma progressão didática, apresentar a questão da própria hermenêutica como um instrumento oportuno e colaborativo. A hermenêutica é uma questão basilar para a filosofia do direito, uma vez que a filosofia tangencia as questões da linguagem. Ela se dedica a pensar sobre a construção da argumentação, bem como pensar o contexto de seu intérprete. E, precisamente essa relação entre argumentação e intérprete, suscita profundas observações.

Nesse sentido, quando se intui sobre o direito penal, sua objetividade em interpretar um delito e sobre ele, decretar uma pena ou sentença, tudo se faz por meio da interpretação. Em síntese, observa-se o fato, verifica-se a norma, considera o nexos causal e avalia a possibilidade da sentença. Nessa sumária narrativa procedimental, percebe-se a questão hermenêutica como dimensão integrante e essencial de todo o caráter procedimental.

Dessa forma, é sempre mais salutar o diálogo entre a filosofia do direito e o direito penal. A integração entre as diversas áreas do direito sempre auxilia a compreensão, a diversificação da construção argumentativa. Desmistifica-se com isso o adágio latino *“In claris cessat interpretatio”*. Ou seja, quando a lei é clara, cessa a interpretação. A hermenêutica invalida essa questão ao estabelecer suas abordagens sobre o fenômeno jurídico.

Sobre a questão da hermenêutica, vale ressaltar:

A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do direito. A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade (BARROSO, 2022, p.265).

Essa colaboração incide sobre o significado e pertinência da ciência hermenêutica para as questões jurídicas e penais. A questão axiológica é de relevância fundamental, ela será como uma baliza que condicionará a percepção sobre o fato a ser julgado. Por se tratar de uma atividade intelectual metódica, ela observa critérios fundamentais para que as decisões sejam mais coerentes com os dispositivos constitucionais.

A filosofia do Direito é um instrumento fundamental para a construção do argumento e, mais ainda, valioso para pensar as condições de possibilidades que envolvem o intérprete. Uma vez que todo interpretante está imerso em um contexto social, político e ideológico. Tais fatores implicam sua parcialidade ao ler a realidade e mensurá-la a partir de suas considerações.

Neste aspecto, a interpretação busca sempre delimitar a vontade da lei. Mesmo uma lei tida como dotada de toda clareza, carece de interpretação. Neste sentido, a função mesma da interpretação é oferecer instrumentos para as várias percepções que se configuram ao longo de um tempo. É preciso saber lidar com os significados possíveis, ter condições de elaborações semânticas e, sobretudo, saber lidar com o contexto em que está inserido e examinar as questões que o norteiam.

É preciso, neste contexto, elucidar outro conceito que colabora com a hermenêutica

Outro conceito relevante, especialmente no âmbito da interpretação constitucional, é o de construção. Por sua natureza, uma Constituição se utiliza de termos vagos e de cláusulas gerais, como igualdade, justiça, segurança, interesse público, devido processo legal, moralidade ou dignidade humana. Isso se deve ao fato de que ela se destina a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto. A interpretação consiste na atribuição de sentido a textos ou a outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma. A interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas (BARROSO, 2022, P.265-266).

O contexto referido faz-se relevante pois a interpretação de questões inauditas vale-se de premissas até então postas e que modulam a percepção. Nesse aspecto, o intérprete precisa observar todo o âmbito que envolve a situação a ser julgada e buscar as melhores soluções cabíveis.

O termo construção é referido no contexto do direito constitucional, mas tangencia diretamente a questão penal, uma vez que a Constituição é a carta magna e o horizonte hermenêutico que norteia todos os demais campos da área do direito. Outro fato que merece atenção é a questão da linguagem, essa dimensão refina a hermenêutica e torna-se também integrante da filosofia do direito.

A questão da semiótica jurídica faz-se oportuna pois é o signo o instrumento de trabalho do intérprete. Ele avalia o fato jurídico, amparado na normatividade que está nas letras. Nesse aspecto, ele

busca o estabelecimento do nexu de causalidade, ou seja, entre o fato ocorrido e aquilo que a lei preceitua.

A linguagem, considerada em seu elevado grau de significação, é relevante para a decodificação, aplicação e elaboração do Direito. Como *instrumentum laboris*, viabiliza o Direito, uma vez que ele requer a divulgação de leis, declarações, requerimentos, teses, exposições, sejam elas orais ou escritas. O fenômeno linguístico participa integralmente da vida do Direito. Com isso, os avanços da semiótica valoram os esforços dos juristas na elaboração e amadurecimento da teoria e da prática do direito.

Expostas tais considerações, merece destaque a definição de semiótica e de interpretação, para que se solidifique a compreensão da questão ora posta. Assim:

Semiótica é a ciência dos signos e o seu vocábulo provém do grego *semeiotiké*, formado por *semeion* (sinal) e *optiké* (ver), significando, pois, modo de ver. Objeto de estudo da semiótica são os tipos de signos, destinados à comunicação. A semiótica se compõe de regras semânticas, sintáticas e pragmáticas. A semiótica dispõe sobre as relações entre o sinal e o objeto, revelando a significação (NADER, 2022, p.119).

A filosofia do Direito se ampara nessas definições para pensar a semântica jurídica e, nela, intuir as concepções sobre a avaliação das penas. A semiótica jurídica consiste na teoria da linguagem aplicada ao mundo multidisciplinar do Direito. Depreende-se, com efeito, que a criação da linguagem se assemelha à criação do Direito.

Ambos, linguagem e Direito, são oriundos de processos de adaptação social. O processo histórico pede circunstâncias que provocam adaptabilidade e adequações a contextos que a evolução humana requer para seu itinerário. A cada época, novos significados surgem e desafiam a ciência hermenêutica.

A linguagem é importante tanto para o Direito quanto para a Ciência do Direito. Para aquele, à medida que este se expressa nos códigos e pela influência recebida pela ciência jurídica. Para tal ciência, a linguagem é uma dimensão não eliminável, seja por pura retórica oral ou escrita, ou de outras maneiras.

Nesse aspecto, os estudos da semiótica jurídica remontam ao mais tenro início da história do próprio Direito. Desde sempre o homem teve que interpretar a realidade que o cercava e utilizava a linguagem para isso, como ainda, de maneira ineliminável, o faz. A capacidade de codificar a realidade sempre marcou de forma identitária a antropologia. O homem é intérprete e interpretante em concomitância.

Vale ressaltar, neste interregno, a questão da interpretação, que está diretamente ligada à questão da semiótica. Sobre esse aspecto, vale notar a seguinte contribuição

As palavras, como as leis, evoluem no tempo e ganham novos significados. A semiótica, como teoria ou ciência geral dos sinais, estuda esta variação histórica, com repercussão na esfera jurídica. A interpretação gramatical somente pode apresentar resultados positivos quando associada à semiótica, pois as leis frequentemente envelhecem durante a vigência. A interpretação, tanto quanto a vida, deve ser dinâmica e objeto de reinterpretção histórico-evolutiva. A fidelidade do intérprete deve ser às ideias contidas nas palavras; se estas evoluem de significado o intérprete deve consultar a teleologia da lei. Se as ideias se mantêm atuais, não obstante a variação semântica, a significação primitiva deve ser preservada (NADER, 2022, p.120).

Essa questão entra na natureza mesma do Direito, ele é uma ciência que se vale da hermenêutica, está imerso na dinâmica social e precisa responder, conquanto provocado, às indagações que lhe forem

dirigidas. Com efeito, nota-se a importância dessa questão reportada pela filosofia do Direito, ela oferece tais premissas para o Direito Penal que avalia diuturnamente a questão do comportamento, amparando-se em uma antropologia que fundamenta toda a discussão.

2. O DIREITO PENAL E O APORTE INTERDISCIPLINAR

Ao ter como base o exposto até então, as questões filosóficas que permeiam toda a vida jurídica, torna-se possível abordar a questão do Direito Penal enquanto dimensão do direito público que interpreta a realidade e sobre ela exerce uma força. Por isso, a construção de sentido esboçada até aqui, configura com uma questão basilar para a identidade mesma do Direito Penal, bem como torna possível intuir sua abrangência.

O ser humano nasce imerso em uma cultura, recebe dela seus valores mais fundamentais. A educação passada de geração a geração é uma evidência desse pertencimento e, mais ainda, tipifica o modo que se insere no imaginário de cada conjunto social. Vale pensar, nesse âmbito a questão da natureza penal e sua relação com a sociedade.

O Direito Penal implica as relações sociais. Vale observar as percepções de Reale

As relações sociais estão sujeitas a convenções, e o Direito constitui o conjunto de regras que regulam as condutas, em uma ordenação coercitiva externa da convivência social, segundo uma integração de fatos e valores a partir de uma regularidade ou tipicidade dos comportamentos, com o que delimita o campo do lícito e do ilícito. O Direito Penal, por via da integração de fatos e valores, estatui os comportamentos delituosos, descrevendo as condutas que ofendem valores a serem respeitados, e impondo a omissão destas condutas sob a ameaça de uma pena, atribuindo, de um lado, ao Estado o poder-dever de punir esta conduta e, de outro, a sujeição do autor da

conduta à pena. Se a conduta proibida foi realizada por quem não podia entender o significado da ação violadora do valor imposto, o Direito Penal submete-o a uma medida de segurança. É, portanto, valorativo e imperativo (REALE, 2020, p.47).

Com efeito, a partir das intuições do professor Reale, percebe-se a integração do Direito Penal à realidade e, sobretudo, a impossibilidade de ser-lhe indiferente. O Direito Penal, interpreta a realidade, o homem nela inserido, suas ações, e daí, julga. Qualquer deliberação precisa valer-se sempre da interpretação e de seus elementos, configurando assim, sempre de novo, a presença da filosofia do direito em cada ato jurídico.

Infere-se assim que é a ordenação sistemática da lei penal que garante sua cognoscibilidade, é mesmo a não adoção de um sincretismo metodológico que permite seu vigor e entendimento. Assim, dá forma ao aglomerado caótico, tornando apreensíveis os postulados comuns, em razão da concatenação das matérias, permitindo assim a incidência das normas incriminadoras.

Miguel Reale ainda colabora com a questão penal de maneira a incidir sobre sua aplicabilidade no fenômeno jurídico. Assim ele se expressa

A compreensão do fenômeno jurídico como conjugação de validade, eficácia e fundamento conduz a uma visão dinâmica em que a realização do Direito constitui um processo, que se inicia na sua instauração, na vigência da norma, alcançando sua aplicação, eficácia da norma, por via da concreção e interpretação. Desse modo, os modelos jurídicos se submetem a fatores conjunturais, a visões valorativas novas que lhe alteram o significado. No Direito Penal, especialmente, passa a ser não só essencial, mas verdadeiramente dramático, conciliar a visualização dinâmica e concreta do Direito com a necessidade de atendimento à certeza e à segurança

jurídicas. Isto porque o Direito Penal está arrimado no princípio básico da legalidade. A interpretação evolutiva e a imperiosa exigência de que o Direito esteja ancorado à realidade própria do momento histórico em que é aplicado conduzem a que se busque estabelecer critérios asseguradores da reserva legal e da taxatividade, sem olvidar o dinamismo do fenômeno da normatividade entendido como processo. No exame das normas jurídicas, de acordo com sua natureza, explica-se a harmonia em questão (REALE, 2020, p.61-62).

A partir das observações do eminente professor, depreende-se de maneira concreta os desafios impostos às ciências penais e, percebe-se a utilidade da Filosofia do Direito no que concerne à percepção da realidade, sua interpretação e as conclusões daí delineadas. É preciso sempre mais, considerar o ceara multifacetada do direito. A interdisciplinaridade é sempre um aporte fundamental para a construção do conhecimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo discutiu a questão da contribuição da Filosofia do Direito para o Direito Penal. As abordagens apresentadas e o caminho pedagógico construídos demonstraram a profícua relação entre essas áreas do saber e que em última instância se encontram no próprio método.

Nesse aspecto, o presente artigo conseguiu demonstrar, seja pela digressão, tal qual pelo referencial teórico, essa colaboração entre a filosofia e a ciência penal. Tendo como premissa que essa área do Direito Público aborda a antropologia do comportamento, bem como norteia e normatiza a sociedade com suas orientações. Para esse efeito, é necessária uma correta hermenêutica para as aplicações pragmáticas.

As questões concernentes às diversas áreas do Direito se interligam e dialogam entre si para que haja a solidificação de uma epistemologia capaz de revelar a natureza e a identidade do Direito. Foram abordadas a semiótica e a linguagem como *instrumentum laboris* das ciências jurídicas, como elementos capazes de auxiliar o intérprete, enquanto profissional do Direito, em suas percepções sobre a realidade a ser julgada.

Com efeito, deve-se salientar sempre a multidisciplinaridade como método necessário para a cognoscibilidade efetiva de todas as áreas do saber científico, uma vez que munidas de elementos necessários conseguem com mais clareza atuar e responder às questões que perenemente se impõem aos profissionais do Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo método**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

JÚNIOR, Miguel Reale. **Fundamentos do Direito Penal**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 28.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 2.ed. São Paulo: WHF, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

A PLENITUDE DE DEFESA NO TRIBUNAL DO JURI

*Breno Puppim Machado Melo*⁶

*Adilson Poubel de Castro Junior*⁷

INTRODUÇÃO

O sistema de justiça criminal desempenha um papel crucial em uma sociedade democrática, protegendo os direitos individuais e promovendo a justiça. No contexto do Tribunal do Júri, a plenitude de defesa é um princípio essencial para garantir que os acusados tenham um julgamento justo e equitativo.

Este artigo tem como objetivo explorar o conceito, objetivos e finalidade da plenitude de defesa no Tribunal do Júri. Investigaremos como a garantia de uma defesa robusta é vital para a integridade do processo e discutiremos as implicações práticas desse princípio. Também examinaremos as responsabilidades dos advogados, dos magistrados e dos jurados na promoção dessa defesa completa, demonstrando como ela fortalece a confiança no sistema de justiça criminal.

À luz de introdução, sabe-se que a Constituição Federal de 1988 é a nossa carta Magna da União Federativa do Brasil, onde por força de Lei, deve ser empregada de força integral em todo território nacional pela união e assistida em sua integralidade pelos demais Entes Federativos como os Estados, Distrito Federal e os Municípios.

6 Graduando em Direito pelo Centro Universitário Faminas-Muriaé.

7 Professor de Direito Penal, Processual Penal e Prática Jurídica, graduado em Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito de Campos (2000), pós-graduado em direito penal e direito processual penal pela Universidade Veiga de Almeida, Pós-graduando em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Atualmente é professor assistente na graduação e Pós-graduação na Unig - Universidade Iguazu, campus V e da Doctum, em Carangola, MG. Doutorando pela Universidade Nacional de La Plata, Argentina. Advogado, atuante nas áreas penal e cível. Membro da comissão de combate à intolerância religiosa da OAB-RJ. Assessor Jurídico da Procuradoria-Geral do Município de Itaperuna, RJ, advogado, inscrito na OAB/RJ nº. 117316.

Diante disso, no art. 5º, inciso XXXVIII da CF/88 institui alguns princípios básicos que institui e compõe o tribunal do júri, sendo exposto como:

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:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (BRASIL, 1988).

Contudo, observamos que tal exposição retromencionada anterior, rege basicamente o pleno funcionamento legal das diretrizes da realização das sessões legais penais. Sendo observado que tais fundamentos são fundamentais para a aplicabilidade da não distinção entre indivíduos perante as Leis, entre outras equidades como à inviolabilidade, direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.

Haja vista que tal temática presente na objetivação do referido artigo, plenitude da defesa no Tribunal do Júri, tem características peculiares, uma vez que a mesma somente é aceita e disponibilizada de forma legal durante a realização do Tribunal do Júri, não sendo possível nos demais processos como os de procedimento comum, sumários e sumaríssimos, que por amparo também constitucional, somente é admitida a aplicabilidade do princípio da ampla defesa.

Desse modo, é notório que o princípio da Plenitude da Defesa é de suma importância para a realização das sessões do Tribunal do Juri, uma vez que o poder de decisão encontra-se na mão dos jurados presentes, que no presente momento tem a caracterização de juízes leigos, ou seja, tomando suas decisões de acordo com

suas prerrogativas morais e sociais, sem a necessidade de qualquer fundamento ou amparo legal.

Por fim, referido artigo iremos tratar de uma revisão / expansão Bibliográfica de caráter qualitativo, com método dialético, utilizando-se de leis, jurisprudências e doutrinas, detendo como objetificação geral o estudo aprofundado da plenitude da Defesa no Tribunal do Juri de forma singular, visando a demonstração de seu exercício efetivo no sistema penal e processual brasileiro.

1. PLENITUDE DA DEFESA NO TRIBUNAL DO JURI

1.1 RESPALDO LEGAL, NATUREZA JURÍDICA E REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

A priori, quando tratamos do nosso Ordenamento Jurídico Brasileiro, temos como fundamentação principal à sistemática de um Jurista e Filósofo austríaco chamado Hans Kelsen, que expressa em seu livro “Teoria Pura do Direito – Introdução à Problemática Jurídico-Científica” com tradução e estudo introdutório por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, no decorrer de seu livro e principalmente nas considerações finais, um sistema caracterizado como “A Pirâmide Jurídica” cujo encontra-se exposto que:

A Dupla Face do Direito, publicado em 1918 (MERKL, Adolf Julius, *Das doppelte Rechtsantlitz*, in: MERKL, Adolf Julius. *Gesammelte Schriften*, Bd. I/1, Dorothea Mayer-Maly, Herbert Schambeck e Wolf-Dietrich Grussmann [orgs.]. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p. 227-252). Nesse trabalho, Merkl usa a metáfora de uma pirâmide, figura que mais tarde se tornou muito comum para designar a estrutura escalonada do direito em Kelsen, sobretudo no Brasil, na América Latina e na Península Ibérica (sobre isso cf. a Nota sobre a Tradução, neste volume, p. XI, nota 4).

Em complemento à citação retomencionada acima, no mesmo livro, encontramos mais uma afirmação sobre tal sistemática, cujo em suas considerações finais o autor afirma ainda que:

Contudo, é possível afirmar que o fato de, na Península Ibérica e na América Latina, ser usada ainda hoje a expressão “a pirâmide de Kelsen” para se referir à estrutura escalonada da ordem jurídica (em Kelsen), e na Alemanha não, decorre, provavelmente, da presença das expressões “La pirámide jurídica” e “A pirâmide jurídica”, respectivamente, nas traduções de Legaz Lacambra e Fernando Miranda. A expressão “pirâmide jurídica” (“Rechtspyramide”) foi empregada por Adolf Julius Merkl, que desenvolveu originalmente a teoria da estrutura escalonada do direito, que foi recepcionada por Kelsen. Na obra *A Dupla Face do Direito*, Merkl afirma que a “pirâmide jurídica” seria “coroadada” por uma infinidade de decisões, disposições e sentenças; logo depois disso ele afirma a possibilidade de se “inverter a pirâmide”, passando a constituição para o cume (MERKL, Adolf Julius. *Das doppelte Rechtsantlitz*, in: MERKL, Adolf Julius. *Gesammelte Schriften*, Bd. I/1, Dorothea Mayer-Maly, Herbert Schambeck e Wolf-Dietrich Grussmann (orgs.). Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p. 227-252, p. 228-234).

Dito isso, concluímos que a Constituição federal de 1988, além de ser a carta maior a ser seguida por todos os outros ordenamentos, a mesma, busca garantir e efetivar todos direitos e deveres para a referida garantia legal da justiça.

Ademais além de estarmos tratando de uma do art. 5º da CF/88, estamos tratando de uma cláusula pétrea. Por conseguinte, quando tratamos da objetificação do referido artigo, vale mencionar que a legislação federal brasileira, conta com duas vertentes procedimentais que são seguidas, sendo elas a *iudicium accusationis* (sumário de

culpa) e a segunda de iudicium causae (juízo da causa), ou seja, onde contamos na primeira fase “iudicium accusarionis” uma fase onde o Estado deve submeter o acusado a julgamento perante o tribunal do júri.

Já na segunda fase, trata-se de um procedimento integralmente bifásico, detendo o ponto de partida em sua preparação para o julgamento no plenário. Respeitando o fato que todos os atos tomados na instrução processual pertinentes à segunda fase foram legalmente / fielmente cometidos, é proferido o início aos debates orais entre acusação e defesa.

Ademias, tal debate, respeitando sempre os princípios, sendo de suma importância legal a equidade de armas entre as partes, em complemento com os princípios também constitucionais retromencionados acima, porém sendo respeitado e seguido arrisca o rito específico que rege o Tribunal do júri, colocando sempre em prática os requisitos para a sua admissibilidade.

Salienta-se ainda que, a plenitude da defesa no tribunal do júri, está concretizada / consubstanciada no art. 483 do Código de Processo Penal de 1941 (DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941), cujo referido artigo estão os quesitos que são seguidos no tribunal do júri:

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

I – a materialidade do fato;

II – a autoria ou participação;

III – se o acusado deve ser absolvido;

IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;

V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II

do caput deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação:

O jurado absolve o acusado?

§ 3º Decidindo os jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre:

I – causa de diminuição de pena alegada pela defesa;
II – circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 4º Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso.

§ 5º Sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito.

§ 6º Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas (BRASIL, 1941).

Por continuidade, observamos nesse caso que as duas primeiras indagam que se houve o crime (materialidade), em caso de resposta negativa, encerra-se o júri, caso contrário, respondendo – os que sim, segue para a segunda pergunta, perguntando-os se foi o acusado (autoria), daí segue-se o rito da primeira pergunta, resposta sendo positiva dar-se andamento para a terceira pergunta, dando prosseguimento é pergunta aos jurados se o acusado deve ser absolvido. Haja vista que a luz do direito penal, tal pergunta é contraditória, pois segundo a regra expressa tacitamente no direito

penal, se houver materialidade e autoria, são requisitos básicos para fundamento de uma condenação. Porém no tribunal do júri, em nome da plenitude da defesa, tal situação é diferente, uma vez que mesmo tendo havido o crime, e sendo o acusado o autor do crime, os jurados decidem se o mesmo deve ou não ser condenado, não tendo que ter baseamento algum jurídico ou jurisprudencial, uma vez que os jurados estão exercendo o papel de juízes leigos, entregando seus votos através da sua própria consciência e fundada emoção, sem qualquer fundamento legal para tal.

1.2 DIFERENCIAÇÃO DE AMPLA DEFESA PARA PLENITUDE DE DEFESA

Deantemão far-se-á necessária ao entendimento global do referido artigo, referida antecipação elucidativa sobre a correlação da Ampla Defesa e da Plenitude da Defesa no tribunal do júri, à particularização de cada ramo de nosso ordenamento jurídico contemporâneo, ou seja, a priori, quando iremos tratar da especificação retomada acima, primordialmente temos que distinguir a Ampla e a Plenitude de defesa, nesse sentido iremos tratar precocemente, que uma está interligada à outra, mas não pertencentes de fato.

Em continuidade, com antecedência, vale mencionar a dessemelhança quando tratamos de princípios e valores, haja vista que quando tratamos de princípios sempre nos relacionamos com paradigmas imutáveis, ou seja, que não se corrompem, modifica ou se adequam com o passar do tempo, já quando tratamos de valores, vale mencionar que os valores sociais são estipulados de acordos com os paradigmas e necessidades em se correlacionam com a sociedade, obtendo assim características mutáveis, como a mudança, modificação ou extinção dos referidos valores conforme o decorrer temporal social.

Cabe salientar, que tal afirmativa retomada, tem como base sustentadora, artigo publicado por Mônica Santos, Especialista

na evolução de pessoas e empresas através de mentoria sistêmica, desenvolvimento e estruturas orgânicas, em seu blog que:

Os princípios dão base para a formação dos valores. Enquanto princípios são pressupostos universais que definem regras essenciais que beneficiam um sistema maior que é a humanidade, valores são regras individuais que orientam, como bússolas internas as relações, as decisões e as ações. (SANTOS, Mônica. 2017)

Salienta-se com isso, a separação doutrinária quando tratamos das sínteses conceituais da Ampla Defesa e Plenitude da Defesa, de acordo com o doutrinador Guilherme César Pinheiro podemos observar a seguir, como o mesmo aborda, tal especificação do princípio da Ampla Defesa, expondo que:

A ampla defesa garante o direito de resposta à pretensão do autor, que pode ou não ser oferecido. O conteúdo comissivo ou omissivo da resposta do réu tem a capacidade de gerar influência na construção participada do pronunciamento decisório (contraditório). A amplitude de defesa assegura a participação no procedimento de produção de provas. O que tem capacidade de influenciar o juiz são os elementos de provas trazidos aos autos: termos de depoimentos construídos por meio das perguntas direcionadas às partes e às testemunhas; documentos; laudos construídos com base em quesitos formulados ao perito (contraditório). (PINHEIRO, Guilherme César. RIL Brasília a. 59 n. 233 p. 99-115 jan./mar. 2022)

De tal forma, que em contrapartida, temos como especificação da síntese do princípio da Plenitude da Defesa, segundo os doutrinadores juristas Rodrigo Fauz e Daniel Avelar em artigo publicado “A

perspectiva prática da plenitude da defesa” em 2021, expressa que o conceito de Plenitude da Defesa se caracteriza como:

Potencialização do princípio da ampla defesa. Perceba-se que defesa ampla é menos abrangente que defesa plena. Esta última precisa ser “completa, perfeita, absoluta, ou seja, deve ser oportunizada ao acusado a utilização de todas as formas legais de defesa possíveis, podendo causar, inclusive, um desequilíbrio em relação à acusação. (SILVA, Rodrigo Faucz Pereira e AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi. Revista Consultor Jurídico, 21 de agosto de 2021)

Em detrimento às narrativas expostas no referido artigo anteriormente, conclui-se que o Princípio da Plenitude de Defesa, carrega consigo, algo a mais, de uma maior abrangência, do que o princípio da Ampla defesa, haja vista que o mesmo admite que esteja disponível a proteção total para aqueles acusados de crimes dolosos contra a vida, em sessão plenária do júri, o mesmo poderá usar todas as suas defesas para influir o júri.

2. APLICABILIDADE E EFICIÊNCIA DA PLENITUDE DA DEFESA NO TRIBUNAL DO JURI

Em continuidade, que a Plenitude de Defesa se faz presente em nosso cotidiano, não é perceptível de estranheza, uma vez que tal narrativa é de comum usualidade legal nos inúmeros tribunais do júri brasileiro. Haja vista que tal narrativa, já foi mencionada em programa jornalístico de cunho policial exibido na TV Globo, exibido entre os anos de 1999 e 2007, cujo evidenciava casos de defesa com cartas psicografadas por Chico Xavier. Em complemento, casos famosos como o julgamento da Boate Kiss em Dezembro de 2021, onde em um livro lançado por algumas famílias das vítimas “Nossa Nova Caminhada”, expressava algumas cartas também psicografadas

das vítimas, com dizeres como: “Responsáveis também têm famílias” e os isenta de responsabilidade. “Ao invés de gastar nosso pensamento procurando por culpados, vamos nos unir em oração.” (BETEGA, 2021)

Haja vista, que a psicografia, é um dos casos que se enquadra dentro do tema exposto nesse artigo que goza da Plenitude da Defesa no tribunal do Juri. Em complemento, a Plenitude da Defesa no Tribunal do júri, conta também, com alguns aspectos peculiares de sua essência, como a presença de líderes religiosos no Tribunal do Júri, justificando assim, em seu lugar de testemunha na sessão de julgamento, algumas explanações que motivaram tal prática infralegal, porém, com dogmáticas religiosas.

Não obstante a isso, o Tribunal do Júri se faz de uma forma particular, justamente pela Plenitude da Defesa presente em suas sessões, uma vez que como se trata de crimes contra a vida, são responsáveis pelo julgamento dos réus os 7 jurados presentes na sessão, considerados no momento como juizes togados, ou seja, irão dar seu voto, sem qualquer obrigação de expressar a motivação por qual foi dado, ou qualquer que seja fundamentação legal. Devido a isso, observamos o expansionismo das possibilidades a serem usadas, uma vez que os jurados estão ali não para julgarem conforme única e exclusivamente a Lei, mas sim de forma livre de acordo com seu entendimento e seu emocional.

Em complemento, observamos que em nosso Código Penal, toda e qualquer pessoa, motivada ou não, que cometer algum crime, será punido em razão de seu ato, porém, no artigo 8º e 9º das Contravenções Penais, expressa que:

Art.8º No caso de ignorância ou de errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada.

Art. 9º A multa converte-se em prisão simples, de acordo com o que dispõe o Código Penal sobre a conversão de multa em detenção (BRASIL, 1941).

Com isso, observamos que todos serão julgados perante os seus atos cometidos, porém, há exceções para aqueles que por algum motivo, em caso de ignorância ou de errada compreensão, serão compreendidos havendo uma comedida aplicabilidade penal. Em seguimento, podemos observar a seguir, uma jurisprudência ratifica o exposto acima, elucidado ainda mais a importância da Plenitude da Defesa no tribunal do Juri. Porém não se trata de sua aplicabilidade interina em toda e qualquer alegação, haja vista que o exemplar acórdão distribuído pelo relator Arnold Camanho de Assis, notou pela inaplicabilidade da atenuante genérica do desconhecimento da lei, haja vista que o estatuto do desarmamento foi objeto de referendo popular e teve ampla divulgação.

Apelação criminal. posse irregular de munição de uso permitido. sentença condenatória. recurso do ministério público. Preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea. não cabimento. Recurso da defesa. pedido de absolvição. Erro de proibição. Inexistência. pedido de aplicação do princípio da insignificância. inviabilidade. Crime de perigo abstrato. Atenuante de desconhecimento da lei penal. Impossibilidade. Substituição da pena privativa de liberdade. Medida socialmente não recomendável. Recursos do ministério público e da defesa conhecidos e não providos. (Acórdão 329035, 20000910025060APR, Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, Primeira Turma Criminal, data de julgamento: 11/9/2008, publicado no DJE: 26/11/2008.)

Em contrapartida, contamos com a presença de diversas sentenças proferidas de forma positivada em favor da defesa, uma vez que devido à aplicabilidade e eficiência da prática incessante da Plenitude da Defesa no tribunal do Júri, garante-se o andamento mais puro e completo em consonância com a devida aplicabilidade processual penal brasileira, observamos a seguir, uma ementa

favorável à “habeas corpus” apresentado pela defesa, que por sua vez, se fez privilegiado:

EMENTA: Recurso ordinário em “habeas corpus”. Tribunal do Júri. Quesito genérico de absolvição (art. 483, inciso III, e respectivo § 2º, do CPP). Interposição, pelo Ministério Público, do recurso de apelação previsto no art. 593, inciso III, alínea “d”, do CPP. Descabimento. Doutrina. Jurisprudência. Recurso ordinário provido. – A previsão normativa do quesito genérico de absolvição no procedimento penal do júri (CPP, art. 483, III, e respectivo § 2º), formulada com o objetivo de conferir preeminência à plenitude de defesa, à soberania do pronunciamento do Conselho de Sentença e ao postulado da liberdade de íntima convicção dos jurados, legitima a possibilidade de os jurados – que não estão vinculados a critérios de legalidade estrita – absolverem o réu segundo razões de índole eminentemente subjetiva ou de natureza destacadamente metajurídica, como, p. ex., o juízo de clemência, ou de equidade, ou de caráter humanitário, eis que o sistema de íntima convicção dos jurados não os submete ao acervo probatório produzido ao longo do processo penal de conhecimento, inclusive à prova testemunhal realizada perante o próprio plenário do júri. Doutrina e jurisprudência. – Isso significa, portanto, que a apelação do Ministério Público, fundada em alegado conflito da deliberação absolutória com a prova dos autos (CPP, art. 593, III, “d”), caso admitida fosse, implicaria frontal transgressão aos princípios constitucionais da soberania dos veredictos do Conselho de Sentença, da plenitude de defesa do acusado e do modelo de íntima convicção dos jurados, que não estão obrigados – ao contrário do que se impõe aos magistrados togados (CF, art. 93, IX) – a decidir de forma necessariamente motivada, mesmo porque lhes é assegurado, como expressiva garantia de ordem constitucional, “o sigilo

das votações” (CF, art. 5º, XXXVIII, “b”), daí resultando a incognoscibilidade da apelação interposta pelo “Parquet”. Magistério doutrinário e jurisprudencial. EMENTA: Habeas corpus. Constitucional. Processual Penal. Oitiva de testemunhas arroladas em fase de defesa prévia (CPP, art. 396-A). Indeferimento. Alegado cerceamento de defesa. Impetração dirigida contra decisão monocrática com que o relator do habeas corpus no Tribunal Superior Eleitoral a ele negou seguimento. Não exaurimento da instância antecedente pela via do agravo regimental. Apreciação per saltum. Supressão de instância. Não conhecimento da impetração. Precedentes. Existência de ilegalidade flagrante a amparar a concessão da ordem de ofício. Indeferimento das testemunhas arroladas pela defesa. Frustrada a possibilidade de os acusados produzirem as provas que reputam necessárias à demonstração de suas alegações. Infringência à matriz constitucional da plenitude de defesa (CF, art. 5º, inciso LV) e do due process of law (CF, art. 5º, inciso LIV). Decisão que, à luz do princípio do livre convencimento motivado, extrapolou os limites do razoável. Ordem concedida de ofício. 1. Habeas corpus impetrado contra decisão monocrática mediante a qual o relator do writ no Tribunal Superior Eleitoral a ele negou seguimento, invocando o verbete nº 691 deste Supremo Tribunal e apontando deficiência em sua instrução. Logo, a apreciação do tema, de forma originária, pelo STF configuraria inadmissível supressão de instância. 2. Como se não bastasse, é inadmissível o habeas corpus que se volte contra decisão monocrática não submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente. 3. Habeas corpus do qual não se conhece. 4. As circunstâncias expostas nos autos, todavia, encerram situação de constrangimento ilegal apta a justificar a concessão da ordem de ofício. 5. O princípio do livre convencimento motivado (CPP, art. 400, § 1º) faculta ao juiz o indeferimento das

provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (v.g. RHC nº 126.853/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 15/9/15). 6. Não obstante, o indeferimento das testemunhas de defesa, à luz desse princípio, se afigura inadmissível em um estado democrático de direito, em que a plenitude de defesa é garantia constitucional de todos os acusados (CF, art. 5º, inciso LV). 7. A decisão em comento extrapola os limites do razoável, mormente se levado em consideração que a medida extrema foi tomada em estágio inicial do processo (defesa prévia) e que a motivação para tanto está consubstanciada tout court na impressão pessoal do magistrado de que o requerimento seria protelatório, já que as testemunhas não teriam, em tese, vinculação com os fatos criminosos imputados aos pacientes. 8. Houve evidente infringência à matriz constitucional do due process of law (CF, art. 5º, inciso LIV), visto que se frustrou a possibilidade de os acusados produzirem as provas que reputam necessárias à demonstração de suas alegações. 9. Habeas corpus concedido de ofício para assegurar a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa dos pacientes. (STF - HC: XXXXX RJ XXXXX-29.2018.1.00.0000, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 08/05/2018, Segunda Turma, Data de Publicação: 24/07/2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encerrando esta análise sobre a Plenitude de Defesa no Tribunal do Júri, torna-se evidente que estamos diante de um conceito que, embora desafiador de ser totalmente alcançado, é de suma importância para o sistema de justiça. A Plenitude de Defesa é a garantia de que os réus tenham à disposição todos os recursos necessários para que sua voz seja eficazmente ouvida e compreendida no processo de

juízo, contribuindo para a promoção de uma justiça verdadeira e equitativa.

Não obstante algumas interpretações equivocadas, é crucial reconhecer que os mecanismos disponíveis nas sessões dos tribunais do júri são instrumentos valiosos para a construção de uma defesa sólida. Eles desempenham um papel central na busca pela verdade em casos complexos, permitindo que os réus apresentem argumentos sólidos e que os jurados avaliem as provas de forma imparcial.

Além disso, a diferenciação entre Ampla Defesa e Plenitude de Defesa é de extrema relevância, pois esta última transcende os limites puramente penais e legais. A Plenitude de Defesa permite que sejam exploradas teses extrapenais e extralegais, enriquecendo o debate jurídico e contribuindo para decisões mais justas e alinhadas com os princípios de igualdade e equidade.

Portanto, é imperativo que a comunidade jurídica continue a promover a compreensão e o respeito pela Plenitude de Defesa. Isso não apenas fortalece a confiança no sistema de justiça, mas também reforça a garantia de que cada indivíduo, independentemente das circunstâncias, possa contar com uma defesa que seja verdadeiramente plena, assegurando um julgamento justo e equitativo em todas as instâncias do Tribunal do Júri. Portanto, é essencial que a comunidade jurídica continue a promover a compreensão e o respeito pela Plenitude de Defesa, a fim de fortalecer a confiança no sistema de justiça e garantir que cada indivíduo, independentemente das circunstâncias, tenha a oportunidade de ser ouvido e defendido de maneira justa e equitativa.

REFERÊNCIAS

BETEGA, Lidiane. **Nossa Nova Caminhada**. 14 dez. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016].

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>.

JUSBRASIL. Jurisprudência do STF, Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1105666769>. Acesso em: 19 Out. 2023.

Qual é a diferença entre princípios e valores? E o que tem a ver com a sua vida. Disponível em: <https://elos360.com.br/index.php/2017/02/20/qual-e-diferenca-entre-principios-e-valores-e-o-que-isso-tem-ver-com-sua-vida/#top>. Acesso em 25 de out. 2023.

O desconhecimento da lei. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/agravantes-e-atenuantes-genericas-1/circunstancias-atenuantes/o-desconhecimento-da-lei> . Acesso em: 19 out. 2023.

RAMIRO, CHL; HERRERA, LHM Hans Kelsen: **filosofia jurídica e democracia** .

REIS, Alexandre Cebrian, A. e Victor Eduardo Rios Gonçalves. **Direito Processual Penal**. (Coleção esquematizado®) . Disponível em: Minha Biblioteca, (12ª edição). Editora Saraiva, 2023.

SENADO FEDERAL. Relatório de Informações Legislativas, Brasília, v. 52, n. 205, p. 235, 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p235.pdf. Acesso em: 2 out. 2023.

TJDFT (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios). Agravantes e Atenuantes Genéricas - Circunstâncias Atenuantes: O Desconhecimento da Lei. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/a-doutrina-na-pratica/agravantes-e-atenuantes-genericas-1/circunstancias-atenuantes/o-desconhecimento-da-lei>. Acesso em: 2 out. 2023.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** . Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2021.

PINHEIRO, G. C. **Fundamentos teóricos e aspectos técnicos do direito à ampla defesa**. Revista de informacao legislativa, v. 59, n. 233, p. 99–115, 2022.

PEREIRA E SILVA, Rodrigo Faucz; AVELAR, Daniel Ribeiro Surdi de. **Manual do Tribunal do Júri**, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 138.

Jr., Aury L. **Direito processual penal** . Disponível em: Minha Biblioteca, (20ª edição). Editora Saraiva, 2023.

LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL: ANÁLISE CRÍTICA DA PROPOSTA DE INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

*Nathalia Berto Gonçalves*⁸

*Wilson Sebastião Rodrigues Soares*⁹

*Vânia Ágda de Oliveira Carvalho*¹⁰

INTRODUÇÃO

A criança carrega consigo toda a ingenuidade que um ser humano pode ter, ao passo que leva para toda a vida muitas das alegrias e tristezas que viveu. Consequentemente, muitos dos transtornos enfrentados por adultos derivaram de algum episódio da infância, mais especificadamente 75% dos casos, como apontado por estudo realizado pelo Instituto de Psiquiatria da Faculdade de Medicina da USP, em conjunto com a Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP),

8 Acadêmica do curso de bacharelado em Direito, no Centro Universitário FAMINAS/Muriaé-MG. Estagiária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

9 Professor universitário- Centro Universitário FAMINAS/Muriaé-MG. Graduação em Direito- Faculdade de Minas - Muriaé. Especialista em Direito Constitucional- Universidade Anhanguera Uniderp. Mestre em Planejamento Regional e Gestão da Cidade, com linha de pesquisa em Direito da Cidade pela Universidade Cândido Mendes de Campos dos Goytacazes - RJ. Atualmente é Assessor da Procuradoria Geral do Município de Muriaé - MG.

10 Professora universitária-Centro Universitário FAMINAS/Muriaé-MG. Mestra em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável-Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte/MG. Especialista em Direito Civil e Processual Civil-Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce, campus Belo Horizonte/MG. Especializações em andamento-Instituto PROMINAS Serviços Educacionais: Docência e Gestão do Ensino Superior e curso de Antropologia Forense e Direitos Humanos. Graduada em Direito-Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior, Juiz de Fora/MG e em Gestão de Recursos Humanos-Faculdade Estácio de Sá, Belo Horizonte/MG. Atualmente ingressa o Núcleo Interdisciplinar de Estudos em Agroecologia e Educação Ambiental - NEA, vinculado ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Espírito Santo - IFES, Campus Ibatiba. Coorientadora da Liga Acadêmica de Acessibilidade ao Direito e Estudos Constitucionais - LADEC, vinculada ao Centro Universitário FAMINAS/Muriaé-MG.

Universidade Federal do Rio do Grande do Sul (UFRGS) e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

O presente estudo, com enfoque na alienação parental, mostra como a família, base da sociedade, conforme art. 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988), pode influenciar esses transtornos, alienando a criança, em desenvolvimento, de forma a denegrir a imagem de um familiar, geralmente genitores.

Nesse diapasão, justifica-se a pesquisa sobre alienação parental, que é uma forma de violação ao desenvolvimento da criança e do adolescente, podendo prejudicá-los física ou psicologicamente. É por isso que, em 2010, foi criada a Lei da Alienação Parental, de Nº 12.318, a fim de proteger os interesses dos infantes e permitir que cresçam com desenvolvimento saudável, garantida a convivência familiar e a proteção, em complemento aos dispositivos; já existentes, arts. 4º, *caput*, 5º e 7º, 19 da Lei 8.069/1.990, bem como art. 227, *caput* da CRFB/1988.

Todavia, apesar de sua criação conter, como objetivo, a garantia dos direitos dos menores, genitores e outros familiares que detenham a guarda ou o poder familiar dos mesmos têm se utilizado da norma de forma desvirtuada, agindo com má-fé, impulsionando a intenção de muitos legisladores em revogar a lei. Diante disso, se perquirir: a Lei de Alienação Parental, criada visando o bem-estar e o melhor interesse da criança e do adolescente, sofreu desvirtuamento em sua utilização, visto interpretações de proteção a genitores acusados de cometimento de abuso contra o infante, que justifique proposta de inovações legislativas?

Nesse viés, presente estudo terá como objetivo principal analisar as implicações de uma potencial revogação ou alteração da lei de Alienação Parental (LAP) no contexto jurídico brasileiro, bem como examinar as justificativas que a embasam. Além disso, propõe-se a realização de uma avaliação crítica do projeto de lei 1.372/23, atualmente em tramitação no Congresso Nacional.

Para tanto, o trabalho será realizado utilizando o método teórico jurídico, com raciocínio dedutivo, técnica de pesquisa voltada

para a leitura bibliográfica, bem como em legislações vigentes, em documentos e em sítios eletrônicos vinculadas ao tema.

1. A ALIENAÇÃO PARENTAL NO CONTEXTO BRASILEIRO

Para se falar em alienação parental, necessário se faz a conceituação do termo, bem como sua origem e trajetória, sobretudo no direito brasileiro. Não é recente o fato de que muitos genitores, ao se separarem, carregam consigo um desejo de vingança contra o outro, por inúmeros motivos, que geraram como consequência, o fim da união a dois. Acontece que essa vingança, por muitas vezes, se materializa no filho - criança ou adolescente -, que é coagido e afastado, aos poucos ou imediatamente, do genitor alienado.

Richard A. Gardner conceituou, dando surgimento ao termo, o fenômeno da Síndrome da Alienação Parental, em 1985, a partir dos vários casos de disputa de guarda em processos de família, do seguinte modo:

[...] transtorno pelo qual um progenitor transforma a consciência dos seus filhos, mediante várias estratégias, com objetivo de impedir, ocultar e destruir os vínculos existentes com o outro progenitor, que surge principalmente no contexto da disputa da guarda e custódia das crianças, através de uma campanha de difamação contra um dos pais, sem justificação [...]. (GARDNER, 1985, p. 05).

Madaleno (2013) afirma que a Síndrome da Alienação Parental decorre de reiteradas práticas de Alienação Parental, diferenciando ambos os conceitos. Afirma, ainda, com base em estudos e pesquisas sobre a problemática com psicólogos e assistentes sociais, que tais práticas acarretam danos irreparáveis entre o genitor alienado e a criança ou adolescente.

Ademais, além de danos irreparáveis entre a relação genitor e filho, os danos ocorrem também à criança, em sua personalidade, prejudicando seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, violando seus direitos fundamentais, assegurados pelo art. 3^a do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1990), ao que Maria Berenice Dias acrescenta que, ao serem vítimas de alienação, “mostram-se propensas a atitudes antissociais, violentas ou criminosas; depressão, suicídio [...]” (2008, s/p).

Nesse sentido, a Alienação Parental ocorre quando um dos genitores, ou quem quer que detenha a guarda ou detenha sob seu poder a criança ou adolescente, exerce, com objetivo de afastar o infante do “alvo”, comportamentos de forma a denegrir a imagem do outro, seja inventando desculpas para não permitir que o outro genitor o veja, mudando de endereço, dizendo que o menor está doente, de modo a escondê-lo; seja de fato incentivando a criança a alimentar em si a vontade de se afastar do genitor.

No Brasil, à alienação parental foi dada extrema importância e, diante do que muito ocorria no país e no mundo, uma vez que não é um fenômeno recente, já existindo bem antes da criação de uma lei específica, os prejuízos e riscos causados aos menores originou a Lei de Alienação Parental (Lei n^a 12.318 de 2010) - LAP, visando resguardar todos os direitos a eles inerentes, cujo art 2^a, *caput*, em complemento ao conceito de Richard Gardner (1985), dispõe:

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

Conforme já mencionado, a alienação parental ocorre como um meio de vingança, utilizado pelo genitor guardião, a fim de afastar a criança ou adolescente do outro. A alienação ocorre de forma silenciosa e, quando notada, já houve alguma consequência, seja de maior ou menor gravidade, comprometendo o desenvolvimento do infante (VITANGELO, 2021).

Ocorre que, ao realizar atos de difamação contra o genitor, o guardião se olvida que, na verdade, o maior prejudicado é o infante, em decorrência de exposição a formas variadas de agressões familiares e mágoas perpetradas em um ser humano em fase de construção da personalidade, vulnerável ainda mais, diante situações de quebra de vínculos familiares. Fato é que a criação da referida lei, buscou e busca defender as crianças e adolescentes, atuando conjuntamente com a Constituição Federal e o ECA, constituindo “um verdadeiro avanço na proteção da infância e da adolescência em nosso país”.

Entretanto, apesar de mais de 10 (dez) anos de sua criação, muito se questiona sobre a eficácia da LAP, havendo, atualmente, um acervo considerável de tentativas de revogação, através de Projetos de Lei e ADI, pelas razões as quais serão abordadas nos próximos tópicos.

2. A BUSCA INCESSANTE PELA REVOGAÇÃO OU ALTERAÇÃO DA LAP

O descontentamento referente à Lei de Alienação Parental, como mencionado, tem, há alguns anos, impulsionado tentativas diversas de revogá-la ou alterá-la, no âmbito, tanto do Poder Judiciário quanto do Poder Legislativo.

2.1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E PROJETOS DE LEI: O CAMINHO ATÉ O ATUAL PL 1.372/2023

Em agosto de 2018 surgiu o Projeto de Lei 10.639, com objetivo de revogar a Lei 12.318/2010. A justificativa para o PL foi o aproveitamento

do texto da lei por pais abusadores, que a utilizavam, afirmando que as denúncias de abusos ou maus-tratos, quando realizadas, por parte das mães, seria uma inverdade, intencionados a continuar convivendo com a criança ou adolescente e abusando psicologicamente ou sexualmente dos menores, tendo em vista que o crime de abuso sexual, quando não envolve penetração, muito difícil é de se provar.

O Deputado Federal Flavinho, do partido PSC/SP, chegou a argumentar, dentro de sua justificção ao PL, que "lamentavelmente a lei do abraço tornou-se a lei de acesso à pedofilia e grande tormento para as mães que lutam para impedir que seus filhos fiquem em poder de verdadeiros criminosos" (SÃO PAULO, Assembleia Legislativa. Projeto de Lei PL 10639/2018), ou seja, o argumento utilizado para a revogação da Lei da Alienação Parental foi o uso totalmente deturpado da verdadeira intenção da lei, quando criada. Todavia, o PL foi arquivado, em 31/01/2019.

Pouco tempo depois, em novembro de 2019, no âmbito do Poder Judiciário, a Associação de Advogadas pela Igualdade de Gênero (AAIG), tendo como *amicus curiae* o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, apresentou a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 6.273, questionando a constitucionalidade da Lei 12.318/2010. Isto porque ela estaria ferindo, segundo o grupo, princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, uma vez que o texto da referida lei estaria sendo utilizado de modo contrário ao objetivo principal.

A alienação parental estaria sendo utilizada nos processos judiciais de família, com objetivo de afastar a criança do convívio do outro genitor, sem que, sequer, este estivesse exercendo quaisquer atos de alienação parental. Ademais, a Lei faz distinção entre homens e mulheres, explicitando a discriminação de gêneros; induz à patologia dos genitores e crianças, uma vez que a lei em si, sequer aborda a expressão "síndrome da alienação parental"; e, ainda, afirmam não haver a prioridade ao melhor interesse da criança e do adolescente e ser incompatível com a proteção ao bem-estar da família, previsto na CRFB, em seu art. 227, bem como no ECA, em seu art. 19 (BRASIL, 1988 e 1990).

O objetivo da ADI seria a revogação da lei, diante dos argumentos acima mencionados, ao que a senadora Leila Barros entendeu melhor uma alteração, revendo os termos e conteúdo da referida lei. A ADI não foi conhecida, sendo argumento o fato de que a AAIG não teria alcance nacional para ajuizar tal ação, bem como que os principais direitos defendidos na ocasião eram o das crianças e adolescentes, e não o das mulheres. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.273 – Distrito Federal; Relator: Ministra Rosa Weber)

Em dezembro de 2018, concomitante ao PL 10.639/18, surgiu, por meio da CPI dos Maus Tratos, o PL 498. A Comissão Parlamentar de Inquérito foi criada para investigar irregularidades e crimes cometidos e praticados, envolvendo maus tratos contra crianças e adolescentes no Brasil. A conclusão da CPI, criando-se o PL, pretendia alterar e revogar diversas leis, priorizando o princípio da proteção integral, este que Nucci (2020) denomina um *plus* aos direitos das crianças e adolescentes, de forma que sejam superiores, enquanto estejam em fase de amadurecimento, a quaisquer eventuais limitações que possam ser encontradas em Lei.

Similar às demais pretensões legislativas de revogação da Lei da Alienação Parental, o PL 498/2018 também pretendia revogá-la, tendo sido alegado e abordado, durante a CPI, o fato de que, conforme leitura da lei, não há que se falar na necessidade de comprovação da alienação parental por um dos genitores, mas apenas meros indícios, que podem resultar na perda do direito de convivência familiar, previsto no art. 19 do ECA, tudo em razão do maior sentimento motivador de tal ato: a vingança, o que, cabe destacar, remete ao exposto logo no início deste estudo; ou seja, a forma como um relacionamento amoroso termina e como os comportamentos adotados pelo casal no pós-término podem gerar sérias consequências, uma vez que a criança ou adolescente, em estágio de desenvolvimento, se vê em meio a um cenário de guerra entre seus pais, bem como de mentiras e tentativas de ser afastado de um deles.

Por fim, foi abordada a intenção de revogação da lei como forma de, inclusive, se desculpar por todos os casos em que uma injustiça fora cometida em razão da (má) interpretação da Lei da Alienação Parental e do aproveitamento dela por genitores que agiram única e exclusivamente com má-fé, sem pensar no psicológico do próprio filho (MAUS-TRATOS 2017, 2018). O PL foi arquivado em 22/12/2022, ao final da legislatura.

Lado outro, o PL 10.712/2018, arquivado atualmente, almejava a alteração da LAP, reconhecendo o fato de ser esta a melhor solução para o fato, e não a revogação. Este PL, dentre suas propostas, mencionou a necessidade de um procedimento prévio, por meio de perícia, salvo decisão judicial em contrário, antes da determinação, mesmo que provisória, da alteração de guarda, a fim de analisar se essa realmente seria a decisão ideal. A perícia, tratando-se de situação urgente somada à prioridade de tramitação, teria seu prazo para realização reduzido de noventa para dez dias.

Ademais, objetivava a garantia e obrigação de tratamento psicológico não só à criança, mas aos genitores, inclusive ao alienador e, ainda, a inclusão de um parágrafo no texto de lei, referente à prática de falsas denúncias, destacando que tal atitude comina na imputação de denúncia caluniosa, prevista no art. 339, do CP.

Depois de todas essas tentativas, falhas, de revogação da Lei 12.318/2010 com base, a título conclusivo, depois de analisar as propostas, em motivos muito similares, em março de 2023, o senador Magno Malta, do Partido Liberal (PL), apresentou o PL 1.372, tramitando e avançando atualmente, objetivando, enfim, a revogação da referida lei.

2.2. PL 1.372/2023: RAZÕES LEGISLATIVAS PARA A ELABORAÇÃO DO PROJETO DE LEI E ATUAL TRAMITAÇÃO

O novo PL, em tramitação, trouxe de volta, em sua justificção, os debates e apontamentos abordados na CPI dos Maus-Tratos,

reafirmando o fato de que muitos genitores abusadores ou que cometem outros tipos de violência contra seus filhos, induzem o outro genitor a realizar denúncias falsas, com fim à obtenção de uma guarda compartilhada, mantendo-se próximo à vítima, o infante, e afastando-o, cada vez mais, do genitor que o protege.

A denúncia realizada de má-fé, ou com vício, a partir de possíveis chantagens, segundo Magno Malta, em sua justificação ao PL, estão sendo utilizadas de forma a desvirtuar por completo o principal objetivo da Lei 12.318/2010, que é afastar a alienação parental, proteger os infantes e permitir a convivência familiar destes.

Assim sendo, fato é que o inciso VI do art. 2º da LAP, bem como os art. 4º, *caput*, e art. 6º, V, da mesma, os grandes “geradores do problema”, deixam brechas para que ilícitos ocorram, mesmo após a tentativa e efetiva melhora da lei, após a Lei Nº 14.340/2022, **que promoveu** alterações na LAP, bem como no ECA. A denúncia, quando realizada, como justificada no PL em comento, não pode ser, a princípio, dada como decorrente de um fato verídico, bem como não pode ser atribuído à (o) denunciante a má-fé de imediato, sem antes provar, ao passo que os dispositivos mencionados, de forma controversa, permitem a alteração da guarda unilateral para compartilhada, ou vice-versa, bastando meros indícios de alienação parental para tal.

Ainda, afirmou Magno Malta a propositura da revogação da Lei de Alienação Parental, sendo o PL 498 proposto, este já citado anteriormente, a partir de denúncias realizadas por mães de crianças e adolescentes, que foram levadas ao conhecimento do Senado Federal, de extrema seriedade, sendo alegado por elas a perda da guarda para os pais abusadores e violentos, após terem contado às autoridades policiais e ministeriais as suspeitas de que teriam de que os genitores estariam maltratando e\ou violentando suas crianças ou adolescentes. Tais ocorridos chocaram os que participaram da CPI, impulsionando-os a apresentarem o PL 498 como forma de se desculparem com essas mães, tendo ele sido arquivado, como abordado.

Em acréscimo, Magno Malta ressaltou a incoerência entre a Lei da Alienação Parental e a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), uma vez que a medida protetiva perde sua eficácia quando a genitora se vê obrigada a conviver com o abusador ou agressor em decorrência da obrigação de convivência entre filhos e pais, constante na LAP.

Por fim, Magno Malta encerra sua justificativa para o PL, utilizando-o como forma de se desculpar com todas as mães que foram injustiçadas em razão do conjunto de pais abusadores e violentos, agindo de má-fé, e pela utilização deturpada da LAP para perpetuar a violência e os abusos às crianças e adolescentes, permitindo a convivência e aproximação entre vítima e abusador.

O PL 1.372/2023, bem como os demais citados ao longo deste estudo, almeja a total revogação da LAP, perdendo sua vigência, e não sua alteração. Atualmente, o projeto de lei em questão acaba de ser aprovado pela Comissão de Direitos Humanos (aprovação no mês de agosto do presente ano), e encontra-se aguardando designação do relator da Comissão de Assuntos Sociais (CAS).

No entanto, em meio a todo esse movimento, muito se discute a intenção de revogação da LAP, e se questiona sobre a possível alteração dos termos e artigos que permitem e deixam brechas às más interpretações, sendo utilizados de má-fé.

2.3 REVOGAÇÃO OU ALTERAÇÃO DA LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL?

Como analisado, as propostas legislativas referentes a possíveis mudanças na LAP até o momento, abordaram propostas diferentes, podendo citar o PLS 498/2018 e o PL 10.639/2018 com objetivos de revogar a mesma, enquanto o PL 10.712/2018, com objetivo de alterá-la, de modo a sanar possíveis “erros” ou equívocos do texto de lei.

De um lado, tem-se aqueles que entendem ser a melhor opção a revogação da LAP, como os autores dos Projetos de Lei com o fim de revogá-la, anteriormente mencionados, em razão de toda

a problemática que ela tem gerado, deixando muitas margens de interpretação, tendo seu uso deturpado por todos os motivos já abordados em cada um dos Projetos de Lei e da ADI tratados ao longo do presente estudo.

Em lado oposto, as propostas que defendem a alteração da lei, argumentam tratar-se de um dispositivo que objetiva a proteção de crianças e adolescentes, o que não se revoga, mas se aperfeiçoa, afinal de contas, o Estatuto da Criança e do Adolescente não seria capaz de, sozinho, resolver todos os casos de alienação parental. Ademais, cita-se, ainda, a Lei Maria da Penha, que já sofreu diversas alterações, de forma a somar positivamente e garantir sua eficácia, atingindo o objetivo maior: a proteção das mulheres, o que, segundo os defensores da alteração da LAP, entendem e defendem ser a melhor opção a se fazer com a referida lei. Maria Berenice Dias e Gabriela Jardim de Paula Lemos (2008), nesse sentido, são contra a revogação da lei, argumentando, respectivamente, que tal ato não faria com que a alienação parental sumisse, bem como seria um retrocesso ao Direito de Família.

Ainda, em vez de encarar o problema e tentar solucioná-lo, justamente a partir de estudos que tenham, por fim, alterar e melhorar a mesma, as pessoas estão fugindo dele, buscando “saídas estratégicas” e fechando os olhos para o mal da alienação parental. Beatrice Marinho Paulo (2009), nesse sentido, destaca o fato de a guarda compartilhada, como regra do ordenamento jurídico, prevista no art. 1.584, §2º do Código Civil, ser a melhor opção para a criação dos filhos, de modo que ambos os genitores e/ou responsáveis convivam com o infante, desde que estejam aptos a exercer o poder familiar, diminuindo as chances, conseqüentemente, de alienação parental, uma vez que torna-se uma forma de obrigá-los a conversar, se tratarem bem, com respeito recíproco e respeito com relação ao fruto daquela relação, o infante.

Ainda, segundo a doutrinadora Maria Berenice, objetivando a melhora da lei, ao invés de sua revogação, benéfico seria a concentração de ações, tanto com acusações de alienação parental,

como de abusos, contra menores, em uma única Vara ou Juizado especializado, devendo haver a criação deste, bem como a capacitação dos profissionais que atuarão no setor, visando o melhor interesse da criança e do adolescente, com foco nos infantes.

De fato, o tema gerou e continua gerando diversas discussões e divide opiniões, havendo a necessidade de que toda e qualquer atitude, seja revogando, seja alterando a LAP, leve em conta, sobretudo, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, priorizando seu desenvolvimento sadio e seguro, garantido pelo ECA e pela Carta Magna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retomando pontos importantes do estudo e, pode-se concluir que a LAP gerou, ao longo dos anos, incontentamentos, seja ao Legislativo, ao Judiciário, seja a estudiosos e até a própria família, alienada, o que impulsionou diversas tentativas de revogação e de alteração da mesma, com base, sobretudo, em um único dispositivo, o art. 2º, VI. Apesar de todas as tentativas terem falhado, como visto, sendo arquivados os Projetos de Lei e a ADI, atualmente tramita uma nova esperança dos defensores da revogação: o PL 1.372/2023.

Dessa forma, houve a definição e contextualização da LAP, sua trajetória e as polêmicas dela surgidas, assim como apontados, descritos e discutidos os motivos de alguns dos Projetos de Lei, bem como da ADI, com fins à revogação ou à alteração, existentes no caminho até o que se encontra em atual tramitação.

Evidencia-se, a título conclusivo, após todo o estudo, propostas, finalidades e opiniões, que a Lei da Alienação Parental sofreu, sim, desvirtuamento em sua utilização, dando margem para que genitores, mal-intencionados, cometam abusos contra o infante, o que justifica propostas de inovações legislativas. Entretanto, apesar de “inovações legislativas” englobarem tanto a revogação quanto a alteração da lei em comento, o ideal seria a alteração e o aperfeiçoamento desta, bem como ocorreu com a Lei Maria da Penha, uma vez que, caso a norma,

porventura, deixe de vigorar, a alienação parental, ao contrário, não deixará de existir, perpetuando as inúmeras vítimas e o problema principal – a alienação parental –, que não será resolvido, mas apenas encontrado, para ele, uma “saída estratégica”.

Em meio à realidade da alienação parental, que não é atual, a LAP precisa ser aperfeiçoada, a iniciar pela reeducação dos genitores e dos infantes, tanto no âmbito psicológico, com a ajuda de psicólogos, extremamente importantes para a compreensão de cada caso; quanto no âmbito jurisdicional, reduzindo o prazo de noventa para dez dias para realização de perícias, por exemplo, como sugerido pelo PL 10.712/2018. Ainda no âmbito jurisdicional, a guarda compartilhada e a reunião de processos que envolvam acusações de alienação parental e abuso contra crianças e adolescentes no mesmo juízo, todos discutidos ao longo do estudo, seriam um grande avanço quanto à segurança jurídica e ao melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que, de fato, decisões conflitantes e a fragmentação da prestação jurisdicional seriam evitadas, ao que, finalizando, revela existir várias soluções para combater a alienação parental, sem que haja a necessidade de revogar a lei para tal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade- ADI 6273. Relator: Ministra Rosa Weber; Distrito Federal, Data de publicação: 29/11/2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5823813>>. Acesso em: 05 out. 2023

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. **Artigo: Alienação parental:** o que é e como identificá-la? Disponível em: <https://cnbsp.org.br/2021/06/21/artigo-alienacao-parental-o-que-e-e-como-identifica-la-%C2%96-por-maria-tereza-vitangelo/>. Acesso em: 8 out. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental e suas consequências.** Disponível em: <https://berenedias.com.br/alienacao-parental-e-suas-consequencias/2008>. Acesso em: 10 out. 2023.

DIAS, Maria Berenice. Alienação parental, uma lei que veio para ficar. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13129\)Alienacao_parental_uma_lei_que_vei_o_para_ficar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13129)Alienacao_parental_uma_lei_que_vei_o_para_ficar.pdf). 2008 Acesso em: 10 out. 2023.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FLAVINHO. **Projeto de Lei n. 10639/2018.** Revoga a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Brasília: Câmara dos Deputados. 01 ago. 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2182126>. Acesso em: 07 out. 2023.

GARDNER, Richard. **Recent trends in divorce and custody litigation.** Academy Forum, New York, v. 29, n. 2, p. 3-7, 1985. Disponível em: Acesso em: 06 out. 2023.

IBDFAM. **STF forma maioria para não conhecer ADI contra Lei de Alienação Parental.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/9237/STF+forma+maioria+para+n%C3%A3o+conhec+A3o+Parental>. Acesso em: 6 out. 2023.

JORNAL DA USP. **Lei da alienação parental é importante recurso de proteção de crianças e adolescentes.** Disponível em: <https://jornal.usp.br/radio-usp/lei-da-alienacao-parental-e-importante-recurso-de-protecao-de-criancas-e-adolescentes/>. Acesso em: 6 out. 2023.

JORNAL DA USP. **Transtornos mentais em adultos começam na infância em 75% dos casos.** Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/transtornos-mentais-em-adultos-comecam-na-infancia-em-75-dos-casos/>. Acesso em: 6 out. 2023.

LEMOS, Gabriela Jardim de Paula. **Alienação parental: contornos jurídicos, soluções e controvérsias.** 2019. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Pernambuco, 2019.

LIMA, Liliane Santana de. **A discussão legislativa acerca da alteração ou revogação da lei de alienação parental:** uma análise sobre o melhor interesse da criança e do adolescente. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 fev 2023, 04:10. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/61079/a-discusso-legislativa-acerca-da-alterao-ou-revogao-da-lei-de-alienao-parental-uma-anlise-sobre-o-melhor-interesse-da-criana-e-do-adolescente>. Acesso em: 06 out 2023.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. **Síndrome da Alienação Parental: Importância da detecção aspectos legais e processuais.** ed. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MALTA, Magno. **Projeto de Lei n. 1372/2023. Revoga a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre a alienação parental.** Brasília: Senado Federal. 23 mar. 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/156451>. Acesso em: 07 out. 2023.

MAUS-TRATOS 2017, CPI dos. **Projeto de Lei n. 498/2018. Revoga a Lei da Alienação Parental.** Brasília: Senado Federal. 10 dez. 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134835>. Acesso em: 07 out. 2023.

MENDES, Josimar Antônio de Alcântara. **Reflexões sistêmicas sobre o olhar dos atores jurídicos que atuam nos casos de disputa de guarda envolvendo alienação parental.** 2013. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica e Cultura) – Instituto de Psicologia da Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

NUCCI, Guilherme de S. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentado.** 5. ed. rev. atual. e refor. Rio de Janeiro Grupo GEN, 2020. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Acesso em: 08 out. 2023.

PAULO, Beatrice Marinho. **Como o Leão da Montanha...** 24 nov. 2009. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/567/Como+o+Le%C3%A3o+da+Montanha...> Acessado em: 06 out. 2023.

PLANALTO. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 out. 2023.

PLANALTO. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 6 out. 2023.

PLANALTO. **LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010..** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 6 out. 2023.

PLANALTO. **LEI Nº 14.340, DE 18 DE MAIO DE 2022.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14340.htm. Acesso em: 6 out. 2023.

PLANALTO. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990..** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 6 out. 2023.

SANTOS, Soraya. **Projeto de Lei n. 10712/2018. Altera artigos da Lei nº 12.318, de 2010 e da Lei nº 8.069, de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a modificar procedimentos relativos à alienação parental.** Brasília: Câmara dos Deputados. 08 ago. 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2182729>. Acesso em: 07 out. 2023.

WAQUIM, Bruna Barbieri. **Uma solução simples para um problema complexo.** 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/333302/uma-solucao-simples-para-umproblema-complexo>. Acesso em: 06 out. 2023.

WOLTZ, Débora dos Santos. **Projeto de Lei nº 10639/2018: uma consequência do total desconhecimento sobre a Lei nº 12.318 de 2010.** Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 73, p. 1-10, set. 2019. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1473819/D%C3%A9bora+dos+Santos+Woltz.pdf>. Acesso em: 06 out. 2023.

CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DE PENAS ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO

Robson Carlos Gomes¹¹

INTRODUÇÃO

A questão da aplicação de penas antes do trânsito em julgado de uma sentença é um tema de relevância incontestável no âmbito do direito constitucional e penal. A discussão sobre a constitucionalidade desse procedimento tem gerado debates acalorados, alimentados por princípios fundamentais do Estado de Direito, como a presunção de inocência e a proteção dos direitos individuais. Este trabalho se propõe a explorar essa controvérsia complexa, analisando a constitucionalidade da aplicação de penas antes do trânsito em julgado sob a perspectiva das normas constitucionais, jurisprudência e doutrina.

A aplicação de penas antes do trânsito em julgado é um tema que envolve não apenas questões jurídicas, mas também sociais e éticas. A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” Este princípio da presunção de inocência é uma pedra angular do sistema jurídico brasileiro, conferindo ao acusado o direito fundamental de ser tratado como inocente até que sua culpabilidade seja comprovada de forma irrecorrível. No entanto, a prática da execução provisória da pena, antes do esgotamento de todos os recursos judiciais, coloca em xeque esse princípio e suscita indagações sobre sua conformidade com a Constituição.

A metodologia deste estudo consistirá em uma análise bibliográfica detalhada, com base em uma revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como na consulta a obras doutrinárias relevantes sobre o assunto. Serão explorados argumentos

11 Graduando em Direito pelo Centro Universitário Faminas-Muriaé.

a favor e contra a execução provisória da pena, bem como as diferentes interpretações doutrinárias e jurisprudenciais desse tema controverso. Além disso, serão examinados casos emblemáticos que ajudaram a moldar o entendimento dos tribunais sobre a matéria.

Ao final deste trabalho, almejamos apresentar uma análise abrangente sobre a constitucionalidade da aplicação de penas antes do trânsito em julgado, destacando os principais argumentos em jogo e as implicações práticas dessa prática. Esta pesquisa busca contribuir para um debate informado sobre esse tópico crucial, com o objetivo de oferecer uma visão mais clara das complexidades e desafios envolvidos na busca pelo equilíbrio entre a justiça, a segurança jurídica e os direitos fundamentais dos cidadãos.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No Brasil, o controle de constitucionalidade das leis é exercido pelo Poder Judiciário. Para tanto, é admitido pelo ordenamento jurídico duas formas de controle, o difuso, exercido por todo órgão judicial, dentro de sua competência, cabendo ao juiz, a análise prévia e a abstenção de aplicação de leis, que no caso concreto, demonstra-se incompatível com a regra constitucional.

O segundo controle é o concentrado, limitado ao Supremo Tribunal Federal quando se tratar de matéria prevista na Constituição Federal, e aos Tribunais de Justiça Estaduais, quando envolver matéria das Constituições Estaduais. Nesta forma de controle, é verificada a constitucionalidade do texto contido na lei.

A própria CF/88 prevê os dispositivos que servem ao controle concentrado, sendo eles, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

A inconstitucionalidade de uma lei só pode ser declarada por voto da maioria absoluta do Plenário dos tribunais, no caso do STF é

necessário o voto de pelo menos 6 (seis) ministros dos 11 (onze) que compõem a Corte.

1.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Desde a Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, evidenciou em seu artigo 9º, “que todo acusado deve ser presumido inocente até que seja declarado culpado”. Da mesma forma, após o fim da Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas estabeleceu em seu artigo 11 o princípio da presunção de inocência, estipulando que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade”.

A Constituição Federal de 1988, ainda no mesmo sentido, estabeleceu em seu artigo 5º, inciso LVII que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Consagrando assim, a adoção do princípio da presunção da inocência ou princípio da não culpabilidade, como direito fundamental no Brasil.

Porém, a Ministra do STF Carmem Lúcia em seu voto no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54 defendeu que o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal deve ser interpretado em harmonia com os demais dispositivos constitucionais que tratam da prisão, como os incisos LIV que trata do devido processo legal e LXI que trata da prisão em flagrante delito ou por ordem escrita.

E que a eficácia do direito penal, se dá em razão da certeza do cumprimento das penas, pois, senão por esse motivo, imperaria a crença da impunidade no Brasil

No mesmo sentido, os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Luiz Fux, entenderam que a execução

da pena após a condenação em segunda instância não viola o princípio da presunção de inocência.

Dessa forma, apesar de ser considerada pela maioria do Supremo Tribunal Federal como inconstitucional, observamos que grande número de ministros integrantes da Suprema Corte entende que o cumprimento da pena após sentença condenatória em segunda instância, é completamente possível e constitucional, divergindo do entendimento do relator.

Tal discussão é tão pertinente e relevante que o próprio STF por vezes mudou seu entendimento sobre o tema, como veremos a seguir.

1.3 CONTEXTO HISTÓRICO

A discussão sobre a constitucionalidade da aplicação de penas antes do trânsito em julgado tem raízes profundas na história do direito e da justiça. Para compreender essa questão complexa, é fundamental analisar o contexto histórico que a envolve, destacando-se as mudanças significativas ao longo do tempo.

No período pré-moderno, o sistema jurídico estava permeado por práticas punitivas severas e arbitrárias. A punição era frequentemente aplicada de forma imediata, muitas vezes sem um processo formal adequado. Esse sistema refletia a visão punitivista predominante na época, que valorizava a retribuição e a vingança sobre a busca pela justiça propriamente dita (Beccaria, 1764).

Com o advento da Revolução Francesa e as ideias iluministas do século XVIII, começou a emergir uma nova perspectiva sobre o direito penal. Autores como Cesare Beccaria, em sua obra “Dos Delitos e das Penas,” argumentaram pela necessidade de um processo justo e pela limitação do poder punitivo do Estado. Esse período marcou o início da transição para um sistema de justiça criminal mais baseado na legalidade e na proteção dos direitos individuais (Beccaria, 1764).

No século XIX, a codificação das leis penais tornou-se uma tendência importante em diversos países. A criação de códigos penais

estabeleceu princípios fundamentais, como o de que ninguém pode ser punido sem a devida observância do devido processo legal. A influência desses códigos se espalhou por várias nações, contribuindo para a consolidação de garantias processuais e limitações ao poder estatal (Mantovani, 2017).

Entretanto, é importante ressaltar que mesmo com avanços na proteção dos direitos individuais, a aplicação de penas antes do trânsito em julgado ainda era uma prática comum em muitos sistemas legais ao redor do mundo. A ideia de que o Estado deveria ter o poder de punir imediatamente após a condenação em primeira instância persistiu em alguns países, especialmente em casos de crimes graves (Foucault, 1975).

No contexto brasileiro, a questão da aplicação de penas antes do trânsito em julgado ganhou destaque com a promulgação da Constituição de 1988. A Carta Magna estabeleceu de forma clara e inequívoca o princípio da presunção de inocência, prevendo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Esse dispositivo refletiu a preocupação em proteger os direitos dos indivíduos contra prisões arbitrárias e injustas.

A compreensão da execução provisória da pena no Brasil sofreu uma mudança significativa ao longo dos anos. Em 1991, o STF, no julgamento do HC 68726, sob a relatoria do Ministro Néri da Silveira, estabeleceu a possibilidade de emissão de mandado de prisão contra o réu após o esgotamento das instâncias ordinárias criminais. Nesse primeiro período, a jurisprudência vigente entendia que a execução da pena poderia ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

No entanto, essa interpretação foi revista pelo STF em 2009, quando, no julgamento do Habeas Corpus nº 84.078, conhecido como o “caso Raposa Serra do Sol.”, com relatoria do Ministro Eros Grau, o tribunal alterou seu entendimento. Nesse julgamento, a Suprema Corte estabeleceu a tese da “repercussão geral,” que passou a ser aplicada em diversos casos, inclusive no que diz respeito à execução da pena antes

do trânsito em julgado. Essa tese permitiu ao STF abranger o alcance do princípio da presunção de inocência em determinadas situações, passando a considerar que não era possível a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença (STF, 2009).

A alteração na jurisprudência do STF reflete a constante evolução do entendimento do tribunal sobre questões constitucionais complexas. Essa mudança de posição foi influenciada por debates jurídicos, pela análise aprofundada das normas constitucionais pertinentes e pela necessidade de se garantir o princípio da presunção de inocência e o direito à ampla defesa dos réus.

A decisão que restringiu a execução provisória da pena, baseou-se principalmente na interpretação do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” Nesse contexto, o STF considerou que a execução da pena antes do trânsito em julgado violaria o princípio da presunção de inocência, um dos pilares do Estado de Direito.

No segundo período, que foi até fevereiro de 2016, o STF adotou a posição de que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação só poderia ocorrer a título cautelar. O Ministro Eros Grau foi um dos principais defensores desse entendimento, sustentando que a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação violava o direito de defesa e era incompatível com o texto da Constituição (STF, HC 84.078).

No terceiro período, em fevereiro de 2016, o STF, ao julgar o HC 126.292 (Rel. Min. Teori Zavascki), alterou sua posição e permitiu a execução provisória da pena. Argumentou-se que a presunção de inocência não impedia a execução da pena após a condenação em segunda instância, uma vez que os recursos especiais e extraordinários não possuíam efeito suspensivo (STF, HC 126.292).

Nesse período, reforçou-se a ideia de que a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não comprometia o núcleo essencial do princípio da não culpabilidade, desde que o réu fosse tratado como inocente durante o processo (STF, HC 87.986).

Argumentou-se que era necessário equilibrar a presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional penal (STF, HC 84.078).

No quarto e atual período, iniciado em novembro de 2019, o STF, ao julgar as ADCs 43, 44 e 54 (Rel. Min. Marco Aurélio), retornou à posição de que o cumprimento da pena só pode ter início após o esgotamento de todos os recursos. O Ministro Marco Aurélio de Mello enfatizou que o artigo 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, estabelece claramente as condições para a prisão, alinhando-se com a Constituição. Argumentou-se ainda que o princípio da presunção de inocência não pode ser sacrificado em prol da eficiência da investigação e persecução criminal (STF, ADCs 43, 44 e 54).

Portanto, o entendimento atual do STF é que, embora seja possível a prisão antes do trânsito em julgado, ela deve ocorrer apenas de forma cautelar, com base em decisão judicial devidamente fundamentada, que demonstre a presença dos requisitos legais para a prisão preventiva (STF, ADCs 43, 44 e 54). A interpretação da Constituição, respaldada por diferentes argumentos ao longo do tempo, demonstra a complexidade desse tema e a busca por um equilíbrio entre a presunção de inocência e a efetividade da justiça penal no contexto brasileiro.

Portanto, o contexto histórico da discussão sobre a constitucionalidade da aplicação de penas antes do trânsito em julgado revela a evolução do pensamento jurídico e das garantias individuais ao longo dos séculos. Desde as práticas punitivas arbitrárias do passado até a consagração do princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e as decisões do STF, a questão continua a ser debatida à luz dos princípios fundamentais do Estado de Direito.

1.4 TRÂNSITO EM JULGADO

O trânsito em julgado é um conceito fundamental no contexto jurídico que está intrinsecamente ligado à noção de coisa julgada.

Conforme a doutrina e jurisprudência, o trânsito em julgado representa o momento em que se atesta a existência da coisa julgada, e essa associação é amplamente aceita na comunidade jurídica. No entanto, é crucial destacar que, no âmbito penal, a aplicação da noção de coisa julgada material, conforme estabelecida no artigo 502 do Código de Processo Civil, não se aplica de maneira idêntica (BRASIL, 2015).

Em processos penais, uma decisão condenatória nunca adquire a autoridade que a torna imutável e indiscutível em relação ao seu mérito. Mesmo quando uma decisão condenatória não está mais sujeita a recursos, a possibilidade de apresentação de uma revisão criminal, regulamentada pelos artigos 621 a 631 do Código de Processo Penal, permanece como uma ação autônoma de impugnação. Isso impede que a condenação proferida se torne imutável e indiscutível como ocorre com a coisa julgada material. Nesse contexto, a doutrina reconhece que somente as decisões absolutórias podem adquirir a qualidade de coisa soberanamente julgada (BRASIL, 1941).

Portanto, a definição do que constitui “o trânsito em julgado da decisão penal condenatória” é uma questão que foi deixada a cargo da doutrina, que faz uma distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material. A coisa julgada formal ocorre quando a decisão se torna imutável no âmbito interno do processo, ou seja, quando não é mais possível a apresentação de novos recursos. Já a coisa julgada material ocorre quando a decisão de mérito é imutável, e a rediscussão da causa não pode mais ocorrer, mesmo que em outro processo. Nesse sentido, apenas as decisões absolutórias são consideradas coisa julgada material.

Em vista disso, dado que a qualidade de coisa soberanamente julgada não se aplica às decisões condenatórias, o discurso garantista exige que, para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, seja necessário o trânsito em julgado formal. Isso implica no esgotamento de todos os recursos admissíveis no âmbito da relação processual, garantindo assim a presunção de inocência até que todas as possibilidades de revisão sejam esgotadas.

Nesse contexto, a interpretação do trânsito em julgado no âmbito penal desempenha um papel crucial na análise da constitucionalidade da aplicação de penas antes do trânsito em julgado. A garantia do devido processo legal e da presunção de inocência são princípios fundamentais que devem ser respeitados, e qualquer discussão sobre a antecipação do cumprimento de penas deve ser feita considerando esses preceitos.

1.5 POSSIBILIDADE DE PRISÃO

No Brasil, são aplicadas as prisões em flagrante, prisões temporárias, prisões preventivas e as prisões por execução de pena.

Segundo Fernando Capez, prisão é:

A privação da liberdade de locomoção em virtude de flagrante delito ou determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva (BRASIL, 1941).

Dessa forma, segundo Guilherme de Souza Nucci, a prisão cautelar, antes da condenação, é uma medida excepcional, cuja finalidade não é a punição do suspeito, mas uma alternativa para que a investigação ou o processo-crime corra sem interferências negativas.

Portanto, se os requisitos da prisão preventiva (art. 312, CPP) se fizerem presentes, há de se decretar a custódia cautelar, ou ainda, se os elementos da prisão temporária estiverem configurados, nas hipóteses da Lei 7.960/89, deve o magistrado decretar tal custódia.

Da mesma forma, Fernando Capez entende que mesmo verificada sua urgência e necessidade da prisão provisória, só será

imposta se não houver nenhuma outra alternativa menos drástica capaz de tutelar a eficácia da persecução penal.

Assim, é notória a possibilidade no ordenamento jurídico brasileiro de aplicação e cumprimento de penas antes do esgotamento recursal, sem que tal medida atente ao princípio constitucional de presunção da inocência, mesmo que de maneira cautelar.

2. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O mais recente e vigente entendimento do Supremo Tribunal Federal, ocorrido em novembro de 2019, por maioria, entende que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso, ou seja, o trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena. Não cabendo mais o cumprimento de pena após a decisão condenatória em segunda instância.

Para os ministros que defenderam tal entendimento, o artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo o qual “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”, está de acordo com o princípio da presunção de inocência, garantia prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Entendimento este, de acordo com o voto do ministro relator Marco Aurélio Mello, que proferiu:

Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da

recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória.

Na mesma toada, o Supremo Tribunal de Justiça entende que a execução de penas provenientes de julgamentos pelo tribunal do júri, seguem as mesmas regras, prevalecendo o entendimento de que a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, viola o princípio da presunção da inocência.

O posicionamento dos Tribunais Superiores no que tange à aplicação de penas antes do trânsito em julgado tem sido objeto de intensos debates e discussões no cenário jurídico brasileiro. Nesse contexto, a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) surge como um ponto crucial de referência, estabelecendo que é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Tal entendimento tem sido essencial para delinear as fronteiras da legalidade no processo penal e, por conseguinte, para promover a garantia dos direitos fundamentais dos acusados.

A Súmula 444 do STJ, ao proibir a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso como fundamento para agravar a pena-base, confere ao princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade) um status de extrema relevância. Essa súmula reforça a ideia de que o acusado não pode sofrer qualquer prejuízo em sua situação processual em virtude de processos ainda não concluídos, em consonância com o que é estabelecido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

A jurisprudência do STJ também se encontra em consonância com a Súmula 643 da mesma Corte, que preceitua que “Para efeito de fixação da pena-base, o juízo pode valorar a circunstância judicial da personalidade de forma desfavorável ao réu, quando deduzida de elementos probatórios idôneos”. Isso significa que o tribunal permite que se leve em consideração a personalidade do réu como fator agravante da pena-base, desde que haja provas concretas e idôneas para embasar tal conclusão. Essa abordagem equilibrada é essencial

para garantir a individualização da pena e evitar que o acusado seja prejudicado de maneira arbitrária.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), as Súmulas 716 e 717 desempenham um papel significativo na discussão sobre a constitucionalidade da aplicação de penas antes do trânsito em julgado. A Súmula 716 estabelece que “Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”. Por sua vez, a Súmula 717 do STF preceitua que “ Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial”. Assim, ambas reconhecem a possibilidade de progressão de regime mesmo antes do trânsito em julgado, respeitando o direito à ressocialização do condenado.

Em suma, o posicionamento dos Tribunais Superiores, exemplificado pelas Súmulas 444 do STJ, 643 do STJ, 716 e 717 do STF, reflete a busca por um equilíbrio entre a garantia dos direitos fundamentais dos acusados e a necessidade de assegurar a efetividade do sistema de justiça criminal. A análise cuidadosa de cada caso, com base em provas idôneas e respeitando os princípios constitucionais, é essencial para alcançar uma justiça justa e equitativa. Essas súmulas e entendimentos jurisprudenciais são importantes marcos na contínua evolução do sistema de justiça brasileiro, promovendo a consolidação do Estado Democrático de Direito.

3. DA INSEGURANÇA JURÍDICA

A insegurança jurídica é uma preocupação recorrente no contexto da aplicação de penas antes do trânsito em julgado. Esse tema envolve questões complexas relacionadas à Constitucionalidade da prática, e sua análise exige uma compreensão aprofundada das implicações legais e jurisprudenciais envolvidas.

Para compreender a insegurança jurídica nesse contexto, é fundamental observar que a Constituição Federal de 1988 estabelece

em seu artigo 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” Este princípio, conhecido como o princípio da presunção de inocência, representa um dos pilares fundamentais do sistema jurídico brasileiro e tem como objetivo proteger o indivíduo de condenações precipitadas e injustas.

No entanto, a aplicação de penas antes do trânsito em julgado tem sido objeto de debate e controvérsia. Um dos argumentos favoráveis a essa prática é a necessidade de garantir a efetividade da justiça, especialmente no que diz respeito a crimes graves, como corrupção e crimes violentos. A demora no julgamento de recursos e a possibilidade de prescrição de penas são algumas das preocupações que justificam a busca por formas de acelerar o cumprimento de penas.

Por outro lado, diversos juristas e doutrinadores questionam a constitucionalidade dessa prática, argumentando que ela viola o princípio da presunção de inocência e, portanto, gera insegurança jurídica. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido palco de intensos debates e decisões controversas sobre o tema. A discussão ganhou notoriedade em 2016, quando o STF, por maioria de votos, autorizou a execução da pena após a condenação em segunda instância, antes do trânsito em julgado. Contudo, essa decisão não foi definitiva, e o tribunal tem revisto sua posição ao longo dos anos, criando incertezas sobre a interpretação constitucional.

Nesse contexto, autores como Mendes (2017) e Silva (2019) têm analisado as implicações da aplicação de penas antes do trânsito em julgado sob a perspectiva da insegurança jurídica. Eles argumentam que a falta de uma posição definitiva por parte do STF gera confusão nos tribunais e nos operadores do direito, tornando difícil a aplicação uniforme da lei e prejudicando a previsibilidade do sistema jurídico.

Além disso, a insegurança jurídica se manifesta também na possibilidade de revisão de condenações e na aplicação de penas a indivíduos posteriormente considerados inocentes. Casos de erro judiciário, embora raros, têm consequências devastadoras e evidenciam a complexidade da questão.

Em suma, a insegurança jurídica é um elemento intrínseco à discussão sobre a constitucionalidade da aplicação de penas antes do trânsito em julgado. A falta de clareza e estabilidade na interpretação da Constituição Federal gera incertezas nos tribunais e pode levar a violações dos direitos fundamentais dos indivíduos. É um tema que continua a desafiar juristas, operadores do direito e a sociedade como um todo, exigindo uma análise cuidadosa e aprofundada de suas implicações e consequências.

4. SENSAÇÃO DE IMPUNIDADE

A sensação de impunidade é um tema de grande relevância no contexto do debate sobre a constitucionalidade da aplicação de penas antes do trânsito em julgado. Esta discussão tem sido objeto de intensos embates jurídicos e políticos, suscitando reflexões profundas sobre os princípios fundamentais do Estado de Direito e da Justiça. Neste contexto, é fundamental analisar as diferentes perspectivas e argumentos que permeiam essa questão.

Primeiramente, é necessário destacar que a sensação de impunidade muitas vezes surge em decorrência da demora no sistema judicial, que pode adiar o cumprimento de penas por anos a fio. Nesse sentido, autores como Silva (2018) apontam para a necessidade de agilizar os processos judiciais, garantindo que a justiça seja efetiva e que as penas sejam cumpridas de forma mais rápida, evitando a sensação de impunidade que pode minar a confiança da sociedade no sistema legal.

Por outro lado, há aqueles que argumentam que a aplicação de penas antes do trânsito em julgado é inconstitucional, uma vez que fere o princípio da presunção de inocência. Conforme destacado por Santos (2019), a Constituição Federal estabelece que ninguém pode ser considerado culpado até que haja uma decisão definitiva da justiça. Nesse sentido, a antecipação da pena pode gerar a sensação de que o Estado está agindo de forma arbitrária, punindo indivíduos antes que se prove sua culpa de forma definitiva.

Essa tensão entre a necessidade de combater a impunidade e o respeito aos princípios constitucionais coloca em pauta a importância do debate sobre a constitucionalidade da aplicação de penas antes do trânsito em julgado. É fundamental que o sistema jurídico busque um equilíbrio que assegure a proteção dos direitos individuais sem permitir que a impunidade se perpetue. Autores como Oliveira (2017) argumentam que uma saída possível seria a adoção de medidas cautelares alternativas à prisão, que permitam a punição de forma mais rápida e eficaz, sem comprometer a presunção de inocência.

Em conclusão, a sensação de impunidade é um desafio importante no contexto da discussão sobre a constitucionalidade da aplicação de penas antes do trânsito em julgado. É necessário encontrar soluções que garantam a efetividade do sistema de justiça sem comprometer os princípios constitucionais fundamentais. O debate sobre esse tema continua a evoluir, à medida que se busca conciliar a necessidade de combater a impunidade com o respeito aos direitos individuais dos cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, explorou-se a complexa questão da constitucionalidade da aplicação de penas antes do trânsito em julgado no sistema jurídico brasileiro. Este é um tópico que tem gerado intensos debates no país, envolvendo princípios fundamentais como a presunção de inocência e o devido processo legal, consagrados na Constituição Federal de 1988.

Ficou evidente que essa discussão vai muito além de uma análise meramente técnica e legal, pois toca profundamente os valores e princípios que fundamentam nosso Estado democrático de direito. A presunção de inocência, como um dos pilares do sistema jurídico, visa proteger o cidadão contra prisões arbitrárias e abusivas, garantindo que ninguém seja considerado culpado antes que todas as vias de recurso estejam esgotadas. No entanto, essa proteção muitas vezes

entra em conflito com a necessidade de se garantir a efetividade da justiça e o combate à impunidade.

Durante a análise, observa-se que o Supremo Tribunal Federal, em julgamentos emblemáticos, consolidou o entendimento de que a execução da pena após a condenação em segunda instância é constitucional. Isso gerou considerável controvérsia na sociedade e entre os juristas, uma vez que parece contrariar a presunção de inocência até o trânsito em julgado.

No entanto, deve-se lembrar que a própria Constituição Federal permite a prisão preventiva em casos de necessidade, desde que presentes os requisitos legais. Além disso, o sistema jurídico brasileiro oferece diversas oportunidades de revisão e recursos aos condenados, garantindo que haja a possibilidade de revisão e correção de eventuais injustiças.

A Constitucionalidade da aplicação de penas antes do trânsito em julgado é um tema complexo, que envolve uma ponderação cuidadosa de princípios constitucionais. É fundamental que o debate sobre essa questão continue a acontecer no âmbito acadêmico, jurídico e político, de forma a encontrar um equilíbrio entre a preservação dos direitos individuais e a efetividade da justiça.

Em última análise, o que fica claro é que a Constituição deve ser interpretada de maneira dinâmica, adaptando-se às necessidades da sociedade em constante evolução. Portanto, a constitucionalidade da aplicação de penas antes do trânsito em julgado pode continuar sendo objeto de discussão e revisão à medida que nossa compreensão da justiça e dos direitos humanos se aprofunda.

Em um país com um sistema jurídico robusto como o Brasil, é essencial que a sociedade, os operadores do direito e os legisladores estejam constantemente envolvidos na busca por soluções que conciliem a proteção dos direitos individuais com a necessidade de garantir que a justiça seja efetiva. É apenas por meio desse diálogo e da aplicação constante dos princípios constitucionais que poderemos alcançar um sistema de justiça verdadeiramente justo e equitativo.

Portanto, conclui-se que a constitucionalidade da aplicação de penas antes do trânsito em julgado é um tema de grande relevância e complexidade, que merece atenção contínua e aprofundada por parte de todos os atores envolvidos no sistema de justiça brasileiro. Somente dessa forma poderá se encontrar o equilíbrio adequado entre a preservação dos direitos individuais e a necessidade de combater a impunidade e garantir a efetividade da justiça em nosso país.

REFERENCIAS

BECCARIA, C. Dos Delitos e das Penas. Editora Martin Claret, 1764.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

BRASIL. Código de processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 20 ago. 2023.

BRASIL. Código de processo penal. Disponível em: [http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm](http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 20 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54. Rel. min. Marco Aurélio. Julgado em 7 de novembro de 2019. Dje 12/11/2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-como-funciona-o-controle-de-constitucionalidade/>. Acesso em 03 set. 2023.

FOUCAULT, M. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão. Editora Vozes, 1975.

MANTOVANI, F. A Evolução do Direito Penal no Mundo: Da Antiguidade ao Século XXI. Editora Lumen Juris, 2017.

MENDES, GILMAR. O papel do Supremo Tribunal Federal: interpretação da Constituição e estabilidade institucional. Revista de Informação Legislativa, v. 54, n. 214, p. 91-104, 2017.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. Prisão, Medidas Cautelares e Liberdade. 7. ed. -Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, R. S. Medidas cautelares alternativas à prisão: Uma abordagem para agilizar a aplicação de penas. *Revista de Direito Penal*, 8(1), 110-125, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 19 ago. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2023.

SANTOS, M. C. A constitucionalidade da aplicação de penas antes do trânsito em julgado: O princípio da presunção de inocência em debate. *Revista de Direito Constitucional*, 12(3), 78-92, 2019.

SILVA, A. B. Agilização dos processos judiciais como meio de combate à sensação de impunidade. *Revista Jurídica*, 15(2), 45-56, 2018.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. Curso de direito constitucional positivo. Malheiros Editores, 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Súmula 643: “A execução da pena restritiva de direitos depende do trânsito em julgado da condenação”. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias/12022021-Terceira-Secao-aprova-novas-sumulas.aspx>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). (2009). Habeas Corpus nº 84.078 – “Caso Raposa Serra do Sol.”

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Súmula 444. Na retomada para construção mais útil, de imóvel sujeito ao D. 24.150, de 20.4.34, a indenização se limita às despesas de mudança.

Disponível:<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.aspx?base=30&sumula=4243>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Súmula 716. Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.aspx?base=30&sumula=2499#:~:text=Admite%2Dse%20a%20progress%C3%A3o%20de,em%20julgado%20da%20senten%C3%A7a%20condenat%C3%B3ria>.

CRIMES CIBERNÉTICOS: UMA ANÁLISE JURÍDICA ACERCA DO AVANÇO DESSA TEMÁTICA NA ATUALIDADE

Caroline Lima e Silva¹²

INTRODUÇÃO

O início do século XXI tem sido, sem dúvida, o período de maior crescimento tecnológico da humanidade, marcado por diversas invenções que facilitaram a vida do homem, bem como pelo aprimoramento dos meios de comunicação. Além disso, com o advento da tecnologia, foram possíveis grandes resultados para a economia global. Contudo, na mesma velocidade, tem sido utilizada por pessoas mal-intencionadas que se aproveitam dessas facilidades para benefício próprio, causando danos a terceiros, surgindo assim o que chamamos de cibercrimes.

Nesta era digital, a criminalidade evoluiu e se adaptou às novas tecnologias, dando origem a uma miríade de ameaças cibernéticas. Esses criminosos encontram maneiras cada vez mais sofisticadas de explorar vulnerabilidades e comprometer a segurança de indivíduos e organizações em todo o mundo. Desse modo, essa modalidade de crime se tornou um desafio moderno que transcende as fronteiras físicas, levando consigo não apenas prejuízos financeiros, mas também ameaças à privacidade, à segurança nacional e até mesmo à integridade física.

Outrossim, é de suma importância ressaltar que a pandemia de COVID-19 teve um impacto significativo na paisagem dos crimes virtuais. Com a rápida transição para um ambiente mais digitalizado, impulsionado por *lockdowns* e medidas de distanciamento social, muitas atividades cotidianas, como o trabalho e o entretenimento, migraram para o espaço online, aumentando assim o número de

¹² Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Faminas – Muriaé. Email: carolinelisva@gmail.com.

aparelhos conectados simultaneamente, o que acabou por favorecer ainda mais a prática desses delitos.

Nessa premissa, torna-se fundamental que a legislação brasileira, juntamente com o Direito Penal, esteja em sintonia com as rápidas inovações jurídicas ocorridas no cenário digital, a fim de regular e reprimir de maneira eficaz os delitos perpetrados nessa esfera. Desmistificando a persistente crença de que o meio informático é um ambiente marginal, um submundo em que a ilegalidade impera.

Nesse sentido, vale destacar que as ferramentas de pesquisa empregadas neste estudo, como parte do arcabouço teórico deste artigo, incluem a revisão bibliográfica relacionada ao tema em questão e análise sobre a eficácia do jus puniendi estatal na esfera cibernética. Ademais, será feito um debate sobre como a pandemia de COVID-19 contribuiu diretamente para o aumento dos cibercrimes e como a legislação brasileira tem agido de acordo para a proteção do cidadão.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCENTUAIS DA INTERNET E DOS CRIMES VIRTUAIS

A história da internet é uma narrativa fascinante que abrange décadas de desenvolvimento tecnológico, inovação e transformação social. O advento dessa rede mundial de dados não somente transformou a maneira como as pessoas se comunicam e trocam informações, mas também exerceu uma função fundamental na configuração do mundo contemporâneo. Por isso, ter conhecimento sobre a história da internet é essencial para navegarmos com sabedoria na era digital, bem como para entender os crimes provenientes dela.

A raiz da internet remonta ao período da Guerra Fria, quando os Estados Unidos (EUA) estavam preocupados com a segurança de suas comunicações militares. Logo, em resposta a essa preocupação, a Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (ARPA) do Departamento de Defesa dos EUA iniciou o projeto ARPANET em 1969. Esse projeto pioneiro foi a pedra angular da internet e estabeleceu a comunicação por comutação de pacotes, o que permitia a troca de informações entre

computadores em diferentes locais, evitando, desse modo, a potencial perda de dados caso as informações fossem interceptadas.

Nessa perspectiva, é válido destacar que esse projeto, embora inicialmente desenvolvido para fins militares e acadêmicos, foi primordial para a revolução digital que transformaria a sociedade. A partir desse ponto, a internet começou a evoluir para se tornar mais semelhante à forma como a conhecemos hoje. De uma ferramenta militar, ela gradualmente se transformou em um ativo lucrativo, e sua disseminação em larga escala só teve início em 1988.

Desse modo, com a popularização dessa tecnologia, foram surgindo os primeiros casos de crimes informáticos, porém em uma proporção muito menor em comparação aos dias atuais, e se limitavam a crimes predominantemente exploratórios, como, por exemplo, a sabotagem e espionagem dos sistemas operatórios. Na década de 80, houve um aumento exponencial no número desses delitos, em que além das práticas supracitadas, foram surgindo novas tendências, como a manipulação de caixas eletrônicos, a pirataria digital e a disseminação de pornografia infantil.

Nesse viés, com o aumento de atividades criminosas no âmbito informático, surge a necessidade de diferenciar esses crimes dos crimes convencionais, uma vez que possuem características próprias. Por isso, no final da década de 1990, durante uma conferência em Lyon, na França, em que se discutia o combate às atividades ilícitas na internet, membros do G-8 denominaram essa prática como “cibercrime”. Desde então, o termo vem sendo aplicado para designar infrações penais praticadas no meio digital.

2. DISTINÇÃO DE CRIMES CIBERNÉTICOS PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS

Para a construção de uma análise substancial sobre essa temática, é essencial destacar as diferenças conceituais que permeiam os crimes virtuais, informáticos ou digitais. Embora o universo cibernético esteja cada vez mais integrado ao contexto social e às relações interpessoais,

percebe-se que seus conceitos ainda carecem de uma exploração mais aprofundada, tanto no âmbito acadêmico quanto na esfera informal.

Em consonância com isso, a autora contemporânea Patrícia Peck Pinheiro, em sua obra “Direito Digital” (2007), traz uma elucidativa diferenciação entre duas modalidades de crimes virtuais baseada na tutela de diferentes bens jurídicos. Para compreender plenamente as distinções de crime próprio e impróprio, é primordial considerar a natureza dos ativos protegidos por cada modalidade de crime.

Nesse sentido, vale destacar que os crimes cibernéticos próprios se caracterizam por serem práticas delitivas que têm sua execução e consumação restritas ao ambiente digital. Em outras palavras, esses crimes são específicos do universo da informática, onde tanto a ação criminosa quanto o dano ocorrem nesse meio. Essa categoria engloba os delitos emergentes que têm como foco a proteção do bem jurídico da informática. Compreende, por exemplo, crimes praticados contra *software* ou *hardware*, uso de dados armazenados em computador, entre outros.

Conforme esclarece Marco Túlio Viana em sua obra “Fundamentos de Direito Penal Informático”, esses crimes se caracterizam pela proteção legal da inviolabilidade das informações automatizadas, ou seja, dos dados que circulam no ambiente digital. Dessa forma, a legislação busca resguardar a integridade e a confidencialidade das informações armazenadas e transmitidas eletronicamente, tornando-se fundamental na preservação da segurança digital e na garantia dos direitos dos usuários da tecnologia da informação.

Em contrapartida, aos crimes considerados impróprios, Damásio Evangelista de Jesus e José António Milagres (2016, p.18) mencionam que:

São aqueles em que o agente se vale do computador como meio para produzir resultado naturalístico, que ofenda o mundo físico ou o espaço “real”, ameaçando ou lesando outros bens, não-computacionais ou

diversos da informática. (JESUS e MILAGRES, 2016, p.18)

Desse modo, nota-se que abrangem condutas que estão previamente tipificadas no Código Penal ou em outras legislações, pois infringem bens jurídicos considerados fundamentais na sociedade. Logo, estes crimes não são exclusivos do meio digital, mas utilizam a tecnologia da informação como meio para sua execução. Eles podem envolver violações à dignidade da pessoa humana, como a disseminação de conteúdo difamatório ou a prática de crimes contra a honra através de plataformas digitais.

3. A ASCENSÃO DO CRIME DIGITAL DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

A pandemia de COVID-19 desencadeou uma transformação sem precedentes em diversos aspectos da vida cotidiana, e a esfera digital não foi exceção. Nessa perspectiva, é evidente que os cibercriminosos demonstraram uma notável capacidade de adaptação e usaram o medo e incerteza que permearam a sociedade como meio de impulsionar esses delitos.

Ademais, o isolamento social e a transição em massa para o trabalho remoto foram catalisadores para o crescimento anormal desses ataques. À medida que as pessoas passaram a depender mais da internet para o trabalho, estudo e comunicação, os cibercriminosos viram uma chance única de direcionar ataques em grande escala. Desde golpes de *phishing* altamente convincentes até ataques de *ransomware* sofisticados, a frequência e a complexidade dessas ameaças aumentaram de forma substancial.

Tal fato é comprovado por dados alarmantes revelados pelo relatório do *FortiGuard Labs* referentes ao cenário de ataques cibernéticos no Brasil, apontando para a crescente vulnerabilidade digital que o país enfrenta. No decorrer de 2020, o Brasil foi alvo

de uma impressionante quantidade de 8,5 bilhões de tentativas de ataques cibernéticos. No entanto, o que torna a situação ainda mais preocupante é o fato de que uma parcela substancial desses ataques, equivalente a 5 bilhões, ocorreu em um período de apenas três meses, compreendendo os meses de outubro, novembro e dezembro.

O ano de 2021 testemunhou um aumento exponencial nesse quadro, com o Brasil enfrentando mais de 88,5 bilhões de tentativas de ataques cibernéticos. Esse número representa um surpreendente crescimento de mais de 950% em relação ao ano anterior, quando o país registrou 8,5 bilhões de ataques. Essa escalada vertiginosa colocou o Brasil na segunda posição em termos de ataques na América Latina, ficando atrás apenas do México, que registrou 156 bilhões de ataques.

Diante desse panorama, é inegável que a pandemia de COVID-19 exerceu uma influência direta no crescimento desse tipo de crime, uma vez que a conjuntura criada por esse cenário foi propícia para a estimulação desses delitos. Não é por acaso que o primeiro caso confirmado pelo Ministério da Saúde de pessoa infectada com o vírus no país foi registrado em 26 de fevereiro de 2020, coincidindo com o período de aumento significativo de casos na pesquisa mencionada.

4. POLÍTICAS ESTATAIS PARA REPRESSÃO E COMBATE AOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Nesta seção, será feita uma breve análise dos atuais dispositivos legais destinados a impulsionar a repressão e combate aos crimes virtuais. Ademais, também será abordado os desafios enfrentados para adequar o Código Penal com as constantes novidades de delitos praticados no meio digital.

Em detrimento disso, é crucial destacar que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXIX, estabelece que: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Portanto, é de extrema importância que os crimes cibernéticos estejam devidamente tipificados em leis específicas para que possam ser considerados como tal.

Nesse viés, no Brasil, um marco significativo no ordenamento jurídico referente aos crimes virtuais foi estabelecido pela Lei nº 12.737/2012, popularmente conhecida como Lei Carolina Dieckmann. Essa legislação representou uma importante atualização, introduzindo tipificações para diversas condutas criminosas associadas ao ambiente virtual.

Antes da análise jurídica, é importante compreender o contexto do caso. Em maio de 2012, fotos íntimas da atriz global Carolina Dieckmann, foram indevidamente divulgadas em vários sites da internet. De acordo com informações disponíveis, após deixar um computador pessoal em uma assistência técnica especializada, sua conta de e-mail foi violada, proporcionando ao infrator acesso às imagens. Este então passou a chantagear a atriz, ameaçando divulgar as imagens consideradas comprometedoras.

Diante disso, o incidente foi reportado às autoridades policiais, ganhando ampla repercussão nacional e causando considerável constrangimento à vítima. Embora os responsáveis tenham sido condenados por extorsão, difamação e furto, a invasão de computador não pôde ser punida devido ao vácuo na legislação vigente na época.

Nesse diapasão, surgiu a necessidade de modificar a legislação penal, uma vez que foi um caso de conhecimento público, em que o agente infrator não foi punido de maneira adequada, por não ter na época uma tipificação específica. Com isso, o Congresso Nacional editou a referida lei em comento em 30 de novembro de 2012, sendo publicada no Diário Oficial da União em 03 de dezembro de 2012, com entrada em vigor 120 (cento e vinte) dias após a sua publicação oficial.

Logo, com a criação da Lei nº 12.737/2012, foi possível através do art.154-A tipificar o crime de invasão de dispositivo informático pertencentes a terceiros, seja ele conectado à rede ou não, através da violação indevida de mecanismos de segurança. A pena prevista para esse crime é de detenção, que pode variar de 3 meses a 1 ano, além da aplicação de multa.

No que concerne a essa legislação específica, o Sr. Advogado Eudes Quintino de Oliveira Junior, Mestre em Direito e ex-promotor

de justiça do Estado de São Paulo, esclareceu em um artigo veiculado no site Jusbrasil, a seguinte interpretação

Extrai-se do texto legal a finalidade de incriminar a conduta do agente que invade, driblando os mecanismos de segurança, e obtém, adultera ou destrói a privacidade digital alheia, bem como a instalação de vulnerabilidades para obtenção de vantagem ilícita. Observa-se, contudo, a necessidade da existência de um mecanismo de segurança no sistema do aparelho, uma vez que a lei condiciona a ocorrência do crime com a violação indevida deste. Assim, a invasão do dispositivo informático que se der sem a violação do mecanismo de segurança pela inexistência deste será conduta atípica. Por tal razão torna-se cada vez mais importante proteger os aparelhos com antivírus, *firewall*, senhas e outras defesas digitais. (JUNIOR, 2012)

Outrossim, vale ressaltar que a Lei Caroline Dieckmann, também acrescentou a tipificação de outras condutas criminosas vinculados ao ambiente virtual, no Código Penal, tais como: a interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública, além da falsificação de documento particular e de cartão de crédito.

Desse modo, nota-se que outro importante instrumento para o combate e repressão aos crimes cibernéticos é a Lei nº 12.965, de 2014 conhecida por ser o “Marco Civil da internet”. Ela entrou em vigor desde o dia 23 de junho de 2014. Foi criada com o propósito de estabelecer diretrizes fundamentais para a utilização da internet no Brasil, assegurando a liberdade de expressão, a privacidade, a neutralidade da rede e a responsabilização dos agentes envolvidos.

Ademais, é de suma necessidade salientar que com o Marco Civil da Internet, foi possível garantir melhores condições de proteção aos consumidores que realizam transações online para a aquisição

de produtos ou serviços, uma vez que foram adotadas medidas de segurança que visam resguardar os dados pessoais de terceiros.

Logo, a lei 12.965/2014 desempenha um papel crucial ao harmonizar os interesses dos consumidores que utilizam a internet como meio de aquisição de bens e serviços, promovendo um ambiente de comércio eletrônico mais confiável e protegido, ao mesmo tempo em que fomenta a competitividade no âmbito digital.

Posteriormente em 2018, houve a criação da Lei nº. 13.709, que tratou da primeira proposição da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), e possui como objetivo primário a proteção e preservação da privacidade dos cidadãos no ambiente digital. Promulgada em 2018 e em vigor desde setembro de 2020, a LGPD estabelece diretrizes claras sobre a coleta, tratamento, armazenamento e compartilhamento de informações pessoais por organizações públicas e privadas e tem como fundamentos:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (BRASIL, 2018).

Em síntese, a LGPD não apenas estabelece um novo padrão de responsabilidade e transparência para o tratamento de dados pessoais, mas também reforça a importância da segurança cibernética

e da confidencialidade das informações no contexto empresarial e governamental.

Outro aspecto essencial no combate aos crimes virtuais surge a partir da promulgação da Lei nº 14.155 de 2021. Esta legislação promoveu um aumento nas penas associadas aos delitos cibernéticos de invasão de dispositivo informático, fraude eletrônica e estelionato praticados no ambiente virtual, especialmente quando direcionados a idosos ou indivíduos vulneráveis. Com as alterações, as sanções para tais condutas delituosas agora variam de 1 a 8 anos, podendo ultrapassar 13 anos, caso haja a aplicação de agravantes em virtude da gravidade do ato perpetrado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do apresentado, fica evidente que a internet tem um grande potencial de alcance, tendo em vista que desde os primórdios da humanidade os seres humanos necessitam de se relacionar uns com os outros. No entanto, esse ambiente virtual pode ser uma excelente ferramenta para práticas criminosas, como foi discorrido ao longo do texto, sendo certo que ainda serão necessárias atualizações legislativas para estabelecer melhores condições de punibilidade e reparação de danos.

A Lei Carolina Dieckmann, marco pioneiro na legislação brasileira, demonstrou a necessidade premente de tipificar os crimes cibernéticos, proporcionando assim uma base legal para a repressão e punição dessas condutas. Todavia, a evolução tecnológica não cessa, o que demanda constante atualização das leis para proteger a sociedade.

O Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados são passos significativos nesse sentido, estabelecendo diretrizes cruciais para a segurança e proteção dos cidadãos no ambiente digital. A proteção da privacidade e a garantia de direitos fundamentais no mundo virtual são pilares essenciais para uma sociedade conectada e digitalmente segura.

Além disso, a Lei nº 14.155 de 2021 evidencia o compromisso do legislador em aprimorar as sanções para os crimes cibernéticos, especialmente aqueles que afetam os grupos mais vulneráveis da sociedade. A ampliação das penalidades é um passo significativo na direção da inibição desses delitos e na proteção dos direitos dos cidadãos.

Nesse sentido, também é válido destacar que a pandemia de COVID-19 não apenas alterou drasticamente nossa forma de viver, mas também acelerou a transformação digital, abrindo caminho para uma onda sem precedentes de atividades criminosas no mundo virtual. O isolamento social e a migração massiva das atividades para o ambiente online proporcionaram um terreno fértil para cibercriminosos, que souberam explorar as vulnerabilidades expostas por esse novo contexto, conforme comprovado por dados divulgados pelo *FortiGuard Labs*.

Por isso, é imprescindível reconhecer que o desafio persiste, e a adaptação do Direito à constante evolução tecnológica é um imperativo. A eficácia da repressão e combate aos crimes cibernéticos depende diariamente da atualização e aprimoramento das legislações vigentes, assegurando assim um ambiente virtual seguro e protegido para todos os cidadãos. Portanto, é essencial que o Direito e a tecnologia caminhem juntos, assegurando harmonia entre avanços digitais e a segurança jurídica.

REFÊRENCIAS

BRASIL, **Código Penal**. Brasília, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm
Acessado em: 18/10/2023.

BRASIL, **Constituição Federal**. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm
Acessado em: 18/10/2023.

BRASIL. **Lei nº 12. 737**, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 20/10/23.

BRASIL. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 20/10/23.

BRASIL. **Lei nº 13. 709**, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 20/10/23.

CASSANTI, Moisés de Oliveira. **O que são Crimes Virtuais?** Disponível em: < <http://www.crimespelainternet.com.br/o-que-sao-crimes-virtuais/>>. Acesso em: 19/10/23.

FortiGuard Labs apresenta relatório sobre ciberataques no Brasil. Disponível em: <https://www.fortinet.com/br/corporate/about-us/newsroom/press-releases/2022/fortiguard-labs-relatorio-ciberataques-brasil-2021>. Acesso em: 19/10/23.

JESUS, Damásio Evangelista de; MILAGRES, José Antônio. **Manual de Crimes Informáticos**. 1ª Edição. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KLEINA, Nilton. **A história da Internet: pré-década de 60 até anos 80** [infográfico]. Disponível em: < <http://www.tecmundo.com.br/infografico/9847-a-historia-da-internet-predecada-de-60-ate-anos-80-infografico-.htm>>. Acesso em: 19/10/23.

MAUES, Gustavo Brandão Koury et. al. **Crimes Virtuais: uma análise sobre a adequação da legislação penal brasileira**. 2018. Disponível em:< https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2018/18/crimes_virtuais.pdf>. Acesso em 20/10/23.

RACISMO ESTRUTURAL E DIREITO ANTIRRACISTA: POLÍTICAS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE ÉTNICO-RACIAL

Micaely de Souza Bello dos Santos Matiello¹³

INTRODUÇÃO

O artigo tem como principal objetivo fazer uma análise acerca do Racismo Estrutural, como ele se desenvolveu e como ele se encontra enraizado e consolidado nas organizações da sociedade, procurando determinar importantes políticas de promoção da igualdade étnico-racial e do direito antirracista. O racismo, enquanto construção ideológica, é um conjunto de práticas que passou por um processo de perpetuação readequada e reforço ao longo da história após a abolição da escravatura (GONZALEZ, 2007).

A escravidão no Brasil teve início no século XVI, durante o período colonial, e em 1888, após muita luta para a libertação dos escravos veio a lei abolicionista “Lei Áurea” e assim os escravos libertos enfrentaram novos desafios após a abolição. As marcas deixadas pela desigualdade contribuíram para que o racismo se perpetuasse nas relações econômicas, sociais, culturais e institucionais. Estes fatos nos autorizam a dizer que o direito destinado às pessoas negras compreende um complexo de normas para combater a discriminação e fomentar a cidadania visando promover a dignidade humana da população negra afim de uma efetividade maior ao combate ao racismo, tendo como principal objetivo proporcionar as vítimas a inserir-se cada vez mais nos espaços sociais dos quais foram historicamente excluídos, com base nos direitos humanos e direito de igualdade garantidos constitucionalmente.

Deste modo, iremos fazer uma análise da trajetória histórica do racismo no Brasil a partir da perspectiva estrutural e posteriormente

¹³Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Faminas Muriaé-MG. Email: micaelymica83@gmail.com.

analisar as legislações e políticas públicas antirracistas que, entretanto, são incapazes de romper a desigualdade e promover a igualdade a justiça social que ainda caminha a passos lentos.

Portanto, o trabalho foi realizado a partir de análise exploratória bibliográfica de conteúdo jurídico e sociológico em torno do conceito de racismo estrutural na realidade brasileira.

1. A ORIGEM DO RACISMO NO BRASIL: RACISMO ESTRUTURAL

Em de 13 de maio de 1888, a Lei nº 3.353 foi assinada pela princesa Isabel “Lei Áurea”, colocando fim a escravidão no Brasil, *após muitas lutas de resistência da população escravizada, quilombola e dos movimentos abolicionistas*. A escravidão durou por mais de três séculos, *desde o sequestro e a diáspora dos povos africanos no país (BRASIL, 1888)*.

Aliberdadedosescravosfoiresultadodemovimentosabolicionista e resistências ao longo do tempo e da crescente conscientização sobre os direitos humanos. Mesmo com a liberdade dos escravos, o Brasil não criou nenhuma condição para a inserção digna dos povos negros na sociedade e cada vez mais os negros eram privados da qualidade de vida, acesso a igualdade civil como cidadãos não tendo direito à uma moradia digna, educação e muitos deles por não ter nenhuma outra alternativa ainda continuou no trabalho escravo, *sendo segregados nas relações de trabalho assalariado deixados no desemprego, na informalidade, nos postos mais precários, sendo substituídos pelos imigrantes nas políticas migratórias europeias*. Os resultados não poderiam ser diferentes quanto a persistência do racismo pela falta de igualdades de direitos onde a discriminação foi se estendendo e ganhando força de geração em geração de forma direta ou indiretamente na sociedade brasileira o que chamamos de Racismo Estrutural (ALMEIDA, 2019, p.33).

Racismo Estrutural está ligado à sociedade de forma sistêmica, enraizados nas estruturas sociais, políticas, econômicas e culturais, a qual vem sendo reforçadas ao longo dos anos. As crueldades, discriminação e desigualdade enfrentadas pela população negra

têm grande reflexos atualmente, como as garantias básicas previstas constitucionalmente e até mesmo o acesso à justiça a fim de reivindicar seus direitos, pois cada vez mais a sociedade reproduz ações e atitudes discriminatórias privilegiando sempre determinados grupos em detrimento de outro.

É possível perceber o racismo em nossa sociedade e nas instituições, seja ela pública ou privada, onde há padrões de controle de funcionalidade que em regra atua de forma difusa e conjunta com práticas que frequentemente coloca um grupo social ou étnico em posições diferentes de igualdade. O Racismo não é algo criado pelas instituições, mas elas ainda continuam reproduzindo, contra um ou determinado grupo de pessoas pelo fato de sua raça, cor, origem étnica, religião, sexo etc (ALMEIDA, 2019, p.33).

Vale ressaltar, que os indivíduos que cometem atos racistas dever ser responsabilizados, o olhar estrutural sobre as relações raciais nos leva a concluir que a responsabilização jurídica não é suficiente para que a sociedade deixe de ser uma máquina produtora de desigualdade racial (ALMEIDA, 2019, p.33).

2. RACISMO INDIVIDUAL E INSTITUCIONAL

Sobre Racismo Individual, Silvio Almeida diz:

O racismo, segundo esta concepção, é concebido como uma espécie de “patologia” ou anormalidade. Seria um fenômeno ético ou psicológico de caráter individual ou coletivo, atribuído a grupos isolados; ou, ainda, seria o racismo uma “irracionalidade” a ser combatida no campo jurídico por meio da aplicação de sanções civis – indenizações, por exemplo – ou penais. Por isso, a concepção individualista pode não admitir a existência de “racismo”, mas somente de “preconceito”, a fim de ressaltar a natureza psicológica do fenômeno em detrimento de sua natureza política. (ALMEIDA, 2019, p.25).

Para complementar, racismo individual se configura de modo que uma pessoa se expressa em atitudes discriminatórias, ofensas, ações ou atitudes que cause rejeição a uma pessoa pelo fato da cor de sua pele, ou seja, por não possuir as mesmas características étnicas.

Já a concepção de Racismo Institucional está ligada a maneira em que as instituições regulam o seu funcionamento e sua maneira de agir, ou seja, são práticas e meios que resultam em desigualdades sistêmicas com base na raça ou etnia. (ALMEIDA, 2019, p.26). As instituições seguem regras e padrões racistas que de alguma maneira é vinculada à ordem social que ela visa resguardar, de tal modo, um bom exemplo é na seleções de negros para conseguir vagas em empresas, principalmente em cargos de poder, acesso a serviços de educação e participação na política, entre outras situações que dificulta uma sociedade a ser mais equitativa e inclusiva

As instituições que não tratem com medidas efetivas facilmente a reprodução as práticas racistas já tidas como “normais” permanecerá da mesma maneira. É o que geralmente acontece nos governos, empresas e escolas em que não há espaços ou mecanismos institucionais apropriados a tratar as desigualdades. O efeito do racismo institucional está ligado de forma alternada pela ação ou omissão dos poderes institucionais e a falta de apoio Estatal e para obter um resultado satisfatório ao combate dessas práticas racistas o ideal seria a ampliação de implementações de políticas afirmativas e adoção de políticas internas.

3. LEI DE COTAS RACIAIS NO BRASIL

Diante a trajetória dos negros no Brasil, o baixo desempenho na educação básica seguem um nível bem mais alto para os estudantes negros, pois, é uma questão que apesar de ter muitos avanços que foram conquistados ao longo dos anos a partir da luta histórica dos movimentos negros, ainda é uma questão que carece de muito diálogo e políticas voltadas as instituições ligadas à educação reconhecendo as complexidades e dando voz aos grupos vulneráveis racializados.

A Lei de cotas raciais ajudou de forma significativamente a reparar essa desigualdade, contribuindo para que pessoas negras tivessem a oportunidade a determinada porcentagem em igualdade de direitos a inserir-se em universidades federais, mas até chegar a essa conquista e reconhecimento precisou de muita “pressão social, sangue e suor derramados” (BRASIL, 2012).

Em 29 de agosto de 2012 a lei nº 12.711, foi sancionada a chamada Lei de Cotas nas Universidades Federais brasileiras, que determina reservadas de 50% das vagas por curso e turno destas instituições para alunos egressos de escolas públicas; alunos de escola pública e baixa renda; alunos pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência de escolas públicas e baixa renda, enquanto os demais 50% das vagas foram destinadas para a ampla concorrência (BRASIL, 2012).

Metade das vagas é destinada à pessoa com renda familiar igual a 1,5 salário-mínimo per capita, dividido de acordo com a proporção de indígenas, negros, pardos e pessoas com deficiência da Unidade da Federação na qual está localizada a instituição.

Antes mesmo da Lei de Cotas, era possível verificar uma ampliação da participação da população negra no ensino superior. Ao analisar as desigualdades raciais no ensino superior com base nos censos de 2000 e 2010, Antes (2018) verificou que se elevava a proporção de graduandos (de 19,5% para 35,3%) e pós-graduandos (de 13,3% para 24,9%) negros em ritmo superior ao aumento da participação negra no total da população (que aumenta de 44,7% para 50,9%) no mesmo período (SILVA, 2020, p.18).

O aumento no percentual do número de vagas em conjunto com políticas de democratização do acesso ao ensino superior público,

teve uma ampliação significativa na participação da população negra que de fato, houve redução das desigualdades raciais na inserção de negros ao ensino superior.

Outro ponto que devemos destacar é vagas destinadas à pessoas negras em concursos públicos, sancionada pela Lei nº 12.990, de 2014, conhecida como Lei de Cotas em concursos públicos, que determina que 20% das vagas oferecidas em concursos públicos da administração pública federal, das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União sejam destinadas a pessoas negras (BRASIL, 2014).

Como política de ação afirmativa, as cotas raciais voltadas à população negra têm a finalidade de agregar esforços na luta antirracista, permitindo que pessoas negras possam ocupar locais de poder na estrutura social contemporânea, ressignificando a lógica do racismo estrutural que, segundo (ALMEIDA, 2019), fez com que os indivíduos negros fossem inevitavelmente relegados aos espaços mais precários e subalternos nas sociedade atual, principalmente aqueles com passado escravagista (EURICO; GONÇALVES; FORNAZIER, 2021).

Portanto, as cotas destinadas as vagas nos serviços públicos representam uma extensão das Cotas Universitárias Federais. Diante de tal evolução, dados ainda apontam que há um grande caminho a ser percorrido para conquistar mais representatividade e apoio para maiores efetivações de ações afirmativas no combate a diversidade e discriminação nesse debates alinhados aos sujeitos historicamente excluídos.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS E ORDENAMENTO JURÍDICO: LEGISLAÇÃO ANTIRRACISTA E POLÍTICAS DE PROMOÇÃO DE IGUALDADE

A Constituição Federal de 1988, considera a prática do racismo como um crime inafiançável, uma conquista dos grupos, militantes defensores da causa. Embora as leis no Brasil normalmente não saíssem do papel, o racismo tem uma relação intrínseca com o sistema

legal em várias sociedades, influenciando que haja mais políticas públicas, aplicação das leis para garantir os direitos fundamentais em prol a igualdade.

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:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

A Lei Áurea apesar de ser um marco importante na liberdade dos negros no Brasil, não foi suficiente para eliminar a desigualdade racial (BRASIL, 1888). Em meio essa luta foi necessária outras legislações para o enfretamento ao racismo, como no ano de 1988 a promulgação da Constituição Federal, que contribuiu de forma significativamente, dando mais efetividade ao combate à discriminação e garantindo direitos. Após a Constituição Federal vieram diversas outras legislações, com o objetivo de amenizar ou eliminar a discriminação e promover a igualdade racial na sociedade (BRASIL, 1988).

Dentre as legislações que foram constituídas, no ano de 1989 foi sancionada a Lei nº 7.716, conhecida como a *Lei do racismo*. Essa lei criou crimes de segregação racial (BRASIL, 1989).

Em 2021, o STF equiparou o crime de injúria racial ao crime de racismo, para fins de imprescritibilidade e inafiançabilidade. Com isso, para a injúria racial a pena se tornou-se mais severa com reclusão de dois a cinco anos, além de multa, não cabendo mais fiança e sendo considerado como crime imprescritível (BRASIL, 2021).

EMENTA: HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ESPÉCIE DO GÊNERO RACISMO.

IMPRESCRITIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Depreende-se das normas do texto constitucional, de compromissos internacionais e de julgados do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento objetivo do racismo estrutural como dado da realidade brasileira ainda a ser superado por meio da soma de esforços do Poder Público e de todo o conjunto da sociedade. 2. O crime de *injúria racial* reúne todos os elementos necessários à sua caracterização como uma das espécies de racismo, seja diante da definição constante do voto condutor do julgamento do HC 82.424/RS, seja diante do conceito de discriminação *racial* previsto na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação *Racial*. 3. A simples distinção topológica entre os crimes previstos na Lei 7.716/1989 e o art. 140, § 3º, do Código Penal não tem o condão de fazer deste uma conduta delituosa diversa do racismo, até porque o rol previsto na legislação extravagante não é exaustivo. 4. Por ser espécie do gênero racismo, o crime de *injúria racial* é imprescritível. 5. Ordem de habeas corpus denegada (HC 154248, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 28-10-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-036 DIVULG 22-02-2022 PUBLIC 23-02-2022).

Outra lei de grande importância foi a Lei nº 12.888 – Estatuto da Igualdade Racial, criada na data de 20 de novembro de 2010, onde fica estabelecido normas para a promoção de Igualdade Racial, data pela qual foi marcada pela morte de Zumbi dos Palmares, um líder quilombola que teve uma presença marcante na representação na resistência contra a escravidão no Brasil Colonial (BRASIL, 2010).

As Leis de Cotas, já mencionadas anteriormente, tratou da reserva de vagas estabelecidas em Universidades Federais (BRASIL, 2012) e nos Serviços Públicos (BRASIL, 2014).

Mais recentemente, foi sancionada a Lei nº 14.532 na data de 11 de janeiro de 2023, a qual em sua redação tem o mesmo intuito da

Lei do Racismo que equipara a injúria racial como crime de racismo (BRASIL, 2023).

Segundo artigo 2º, caput e parágrafo único da Lei 14.532 de 2023

Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional.

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de metade se o crime for cometido mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas (BRASIL, 2023).

Apesar da existência de diversas outras legislações, políticas afirmativas, movimentos antirracistas em prol a combater a desigualdade racial, há ainda uma grande falta de reconhecimento e autonomia, bem como uma sistematização no campo científico-jurídico que realmente faça valer e elimine de forma significativa o racismo.

As relações que se formam a partir da estrutura social e econômica das sociedades contemporâneas é que determinam a formação das normas jurídicas. O direito, segundo essa concepção, não é o conjunto de normas, mas a relação entre sujeitos de direito. E será através disto que o direito como relação social apontará para a dimensão estrutural do racismo, que não pode ser dissociado do direito, embora nem todas as manifestações racistas sejam jurídicas. É certo que atos de discriminação racial direta – e, às vezes, até indireta – são, na maioria das sociedades contemporâneas, considerados ilegais e passíveis de sanção normativa. Entretanto, principalmente a partir de uma visão estrutural do racismo, o direito não é apenas incapaz de extinguir o racismo, como também é por meio da legalidade que se formam os sujeitos racializados [...] podemos reduzir a duas

as visões correntes sobre a relação entre direito e racismo:

1. o direito é a forma mais eficiente de combate ao racismo, seja punindo criminal e civilmente os racistas, seja estruturando políticas públicas de promoção da igualdade;
2. o direito, ainda que possa introduzir mudanças superficiais na condição de grupos minoritários, faz parte da mesma estrutura social que reproduz o racismo enquanto prática política e como ideologia” (ALMEIDA, 2019, p. 86).

A luta contra o racismo é uma tarefa complexa, que envolve várias medidas em diversas áreas da sociedade. O combate ao racismo passa pela inclusão dessas pessoas que não tem um amplo apoio da parte Estatal para o combate à desigualdade. O Estado possui papel essencial na questão, pois políticas afirmativas e de valorização identitária ajudam a combater as disparidades entre raças, além de leis, programas educativos e oportunidades dentro da própria estrutura governamental seria uma diferença significativa.

Existem várias pesquisas e dados que demonstram quantitativamente o efeito positivo dessas políticas, especialmente na reserva de vagas para o ensino superior. Desse modo, a elaboração das cotas raciais, incluídas nas instituições, reforça a integração e a diversidade, junto de programas de qualificação que através dessa oportunidade de inserir-se na universidade é automaticamente um passo importante de oportunidades para que no futuro, independente que seja na mídia, na cultura, no mercado de trabalho ou nos espaços de poder de decisão como a política, já é um passo para inserção da população negra.

O racismo deve ser combatido por meio de leis e punições a agressores. E preciso dizer que as denúncias e queixas precisam ser incentivadas e levadas a sério abrangendo um número máximo de pessoas para coibir ataques tanto verbalmente e fisicamente é por isso que legislações, programas governamentais e educação são necessários, pois o racismo muitas das vezes acontece de forma

inconsciente e conscientemente a fim de desfavorecer certos grupos de pessoas.

Assim, a conscientização individual se faz mais do que necessária a contribuir as práticas racistas e o objetivo dessas políticas é proporcionar com que pessoas que fazem parte de grupos vulneráveis, vítimas do racismo, possam ingressar cada vez mais nos espaços da sociedade e aqueles que pratica o racismo não saem impunes e que realmente a justiça seja feita.

5. AÇÕES AFIRMATIVAS E DIREITOS HUMANOS

Ações afirmativas estão diretamente relacionadas aos direitos humanos à sociedade, pois tem como principal finalidade o combate à desigualdade e promover a igualdade de direitos e oportunidades a determinados grupos, classes e dentre outros que sofrem algum tipo de preconceito.

No mesmo sentido, Santos (2007) afirma que apenas a exigência do reconhecimento e da redistribuição permite a realização da igualdade.

Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

O artigo 1º da Convenção define a discriminação racial como: [...] qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Logo, estas ações constituem relevantes medidas para a implementação do direito à igualdade. Faz-se,

assim, emergencial a adoção de ações afirmativas, que promovam medidas compensatórias voltadas à concretização da igualdade racial. (SANTOS, 2007, p.39-40).

As ações afirmativas são criadas como medida de grande importância. Tais ações encontram extenso respaldo jurídico, seja na Constituição nos tratados internacionais aprovados pelo Brasil. A experiência no Direito Comparado, confirma que as ações afirmativas permitem maior igualdade, na medida em que asseguram maior possibilidade de participação de grupos sociais vulneráveis nas instituições públicas e privadas.

Considerando as especificidades do Brasil, que é o segundo país do mundo com o maior contingente populacional afro-descendente (45% da população brasileira, perdendo apenas para a Nigéria), tendo sido, contudo, o último país do mundo ocidental a abolir a escravidão, faz-se emergencial a adoção de medidas eficazes para romper com o legado de exclusão étnico-racial, que compromete não só a plena vigência dos direitos humanos, mas também a própria democracia no país – sob pena de termos democracia sem cidadania (PIOVESAN, 2023, p.143).

Vale dizer, os Estados-partes assumem não apenas o dever de adotar medidas que proíbam a discriminação racial, mas também o dever de promover a igualdade mediante a implementação de medidas especiais e temporárias que acelerem o processo de construção da igualdade racial (PIOVESAN, 2023).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil, foi o último país a abolir a escravatura e como consequência os povos negros escravizados após a abolição ainda

continuaram em condições desumanas de vida pela falta de igualdade de direitos, onde o racismo foi se estruturando nas dimensões das gerações e na interação entre indivíduos a qual se dividem por uma supremacia privilegiando determinados grupos. É comum perceber que a predominância nas relações das instituições que apesar de ter grandes avanços como na inserção de negros nas instituições de ensino superior, concursos públicos e dentre ou locais que aos poucos foram conquistando, há ainda muito o que se fazer para aplicações de políticas de democratização, inclusão social e medidas concretas que amplie e assegure condições para que a população negra permaneça inseridos nos espaços da sociedade tendo cada vez mais voz e direitos à igualdade.

Os movimentos organizados como forma de articulação voltadas à implementação de políticas e serviços destinados a superar as desigualdades étnicas existentes está atrelado aos direitos fundamentais e sociais consagrados na Constituição Federal de 1988, bem como nas leis antirracistas e a Lei da Igualdade Racial em decisões judiciais dentre outras. No entanto, é notório que o destino das políticas de promoção da igualdade étnica e as implementações das ações afirmativas e políticas tem o intuito de garantir que as medidas criadas sejam realmente eficazes e capazes de enfrentar o legado discriminatório que tem negado grande parte da população brasileira o pleno exercício de seus direitos e de igualdades fundamentais.

Sendo assim, não há que se falar em democracia enquanto os povos que representa a maioria da população brasileira permanecerem sujeitos a piores condições sociais, políticas e econômicas no país. Mas, além de políticas públicas voltadas a inclusão racial precisamos enquanto sociedade atuar para eliminar todo e qualquer comportamento discriminatório e preconceituoso para que assim a equidade racial seja alcançada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz. **Racismo estrutural**. São Paulo. 2019. Acesso em: 20 de set. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado, 1988. Acesso em: 08 de out. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.716 de 05 de janeiro de 1979. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Disponível em: >https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm<. Acesso em: 08 de out. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012. **Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências**.

Disponível em: >https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm<. Acesso em: 08 de out. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.990 de 09 de junho de 2014. **Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União**. Disponível em: > https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm<. Acesso em: 08 de out. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.532 de 11 de janeiro de 2023. **Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial, prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto**

de atividade esportiva ou artística e prever pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público.

Disponível em: >https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/114532.htm<. Acesso em: 10 de out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus: HC 154248 DF 0067385-46.2018.1.00.0000. Relator: Edson Fachin. Pacientes: Luiza Maria da Silva. Impetrante (s): Jose Gomes de Matos Filhos e outros. HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ESPÉCIE DO GÊNERO RACISMO. IMPRESCRITIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. DJ: 28-10-2021. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em: 23-02-2022. **Jus Brasil**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1119662436/inteiro-teor-1119662443>. Acesso em: 23 de out. 2023.

EURICO, Márcia C. **Racismo na infância**. São Paulo: Cortez, 2021. E-book. ISBN 9786555552621. Acesso em: 05 de out. 2023.

EURICO, M.; GONÇALVES, R.; FORNAZIER, T. **Racismo e novo pacto da branquitude em tempos de pandemia: desafios para o Serviço Social**. Serviço Social & Sociedade, São Paulo: Cortez, n. 140, p. 84-100, 2021.

GONZALEZ. Lélia. **Por um feminismo afro-latino-americano**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020. Acesso em: 29 de set. 2023.

MASS, Olmaro Paulo; SILVA, Pedro Almeida. **Racismo estrutural na sociedade brasileira e a exclusão social**. Disponível em: <https://opiniaofilosofica.org/index.php/opiniaofilosofica/article/view/1059/854><. Acesso em: 02 de out. 2023.

JOTA. Racismo no Brasil: o que é o racismo estrutural, injúria racial e democracia racial. Jotinhas. 2022 Brasília. Disponível em: ><https://www.jota.info/jotinhas/>

racismo-no-brasil-o-que-e-o-racismo-estrutural-injuria-racial-e-democracia-racial-17052022<. Acesso em: 05 de out. 2023.

SAMPAIO, C. F. A.; SOUZA, A. A. **Raiz do Racismo: Desigualdade de Direito**. Revista Ciranda, [S. l.], v. 5, n. 3, p. 317–328, 2021. DOI: 10.46551/259498102021049. Disponível em: <https://www.periodicos.unimontes.br/index.php/ciranda/article/view/4546><. Acesso em: 04 de out. 2023.

SANTOS. Sales Augustos. **Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas**. Brasília, 2007. Acesso em: 05 de out. 2023.

SILVA, Tatiana Dias. **Ação afirmativa e população negra na educação superior: acesso e perfil discente**. Ipea, 2020. Acesso em 09 de out. 2023.

PIOVESAN, F. **Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos**. Cadernos de Pesquisa, v. 35, n. 124, p. 43–55, jan. 2005. Acesso em: 08 de out. 2023.

PACOTE ANTICRIME E A CAPTAÇÃO AMBIENTAL

Mahoni Rodrigo Santos da Vitória¹⁴

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de explorar o tema da captação ambiental em nosso ordenamento jurídico, no que pese as alterações trazida pelo pacote anticrime. O objetivo do trabalho é demonstrar como era tratado esse meio de prova e como atualmente no Brasil é utilizado, bem como os conflitos com os direitos fundamentais. A metodologia desta pesquisa foi a utilização de pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos e a lei seca. Dessa forma, o artigo irá apresentar uma breve relação de história e normatização, posteriormente conceituação da captação ambiental, logo após os conflitos entre a produção da prova com os direitos. Por fim, a conclusão de como que o avanço tecnológico pode ser utilizado observando a mitigação dos direitos assegurados pela Constituição. No Brasil o combate ao crime organizado sempre foi de grande prioridade, portanto a temática tem até uma legislação própria, que nos traz definições, os meios de obtenção de provas dentre outras disposições. No cenário mais atual do Brasil, com aparato mais tecnológico, as praticas delitivas ficam cada vez mais sofisticada. Em contrapartida a utilização da tecnologia é de extrema necessidade para investigações e instruções, com a finalidade de se ter uma melhoria no combate ao crime organizado. Nesse sentido que destaco a Captação Ambiental, que apesar de no passado haver uma lacuna em nosso ordenamento atualmente recebeu alterações significativas, ao passo que vamos discorrer no presente artigo as suas alterações.

¹⁴ Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário UNIFAMINAS, Muriaé (MG).

1. CAPTAÇÃO AMBIENTAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: BREVE HISTÓRIA E NORMATIZAÇÃO

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, dispõe sobre o aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal (BRASIL, 2019), acrescentando na Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, o art. 8º-A e art. 10º-A, disciplinando, assim, a captação ambiental, entretanto nem sempre foi assim, por óbvio (BRASIL, 1996).

A primeira vez que surgiu em nosso ordenamento jurídico brasileiro a figura da captação ambiental foi na Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995 (BRASIL, 1995), que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Em 2001, com a Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001 (BRASIL, 2001), incluiu-se na Lei nº 9.034 o art. 2º

Art. 2º: Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...)

IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial; (...) (BRASIL, 1995).

Portanto, foi a primeira vez que tivemos um diploma normativo que abordava essa temática. Entretanto um grande problema foi que a Lei nº 9.034 apesar de trazer o meio de produção de prova, não trouxe em seu interior como seria o procedimento, legitimidade para concessão, renovação dentre outras questões processuais (BRASIL, 1995).

Ademais no ano de 2013, surgiu uma nova lei, chamada de Lei das Organizações Criminosas, Lei nº12.850/13 (BRASIL, 2013).

A Lei 12.850, de agosto de 2013, nos trouxe, novamente, o meio de obtenção de provas a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos (BRASIL, 2013).

Entretanto, o problema inicial da Lei nº 9.034/95, perdurava, pois, a Lei das Organizações Criminais somente trouxe o instituto, não trazendo a forma de aplicação e muito menos o procedimento da mesma (BRASIL, 1995).

Com passar do tempo a lacuna no nosso ordenamento jurídico dessa temática foi preenchida recentemente com a Lei nº **13.964, de 24 dezembro de 2019 (BRASIL, 2019)**.

Tal Lei, conhecida popularmente como Pacote Anticrime, veio com a finalidade de aperfeiçoar a Legislação Penal e Processual Penal, trazendo, novamente, o instituto da captação ambiental, mas agora diferente da Lei das Organizações Criminosas, com mais alterações relevantes (BRASIL, 2019).

Por fim, o Pacote Anticrime alterou a Lei de Interceptação, acrescentando o art. 8º-A e 10-A, trazendo, assim, uma mudança significativa (BRASIL, 2019).

1.1 CAPTAÇÃO AMBIENTAL: CONCEITUAÇÃO DOUTRINÁRIA

Segundo a Lei de Interceptação

Art. 8º-A.: Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos (...) (BRASIL, 1996)

De acordo com a Lei, a captação ambiental consiste na gravação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos.

Nesse sentido, os autores Masson e Marçal, nos traz em seu livro Crime Organizado que a captação ambiental é chamada de vigilância

eletrônica e dá origem a três correntes, sendo elas as seguintes: captação ambiental em sentido estrito, escuta ambiental e gravação ambiental (MASSON; MARÇAL, 2021).

Segundo Masson e Marçal, a captação ambiental é “a captação sub-reptícia da conversa entre dois ou mais interlocutores, feita por um terceiro, em local público ou privado em que se desenvolve a com conversa, sem que os comunicadores saibam da medida.” (MASSON; MARÇAL, 2021).

A escuta ambiental não é tão diferente da captação ambiental em sentido estrito, tendo como distinção que a escuta realizada pelo terceiro é feita com consentimento de um ou alguns dos participantes, “também é levada a cabo por terceira pessoa, contudo a captação nesse caso ocorre com o consentimento de um ou alguns comunicadores” (MASSON; MARÇAL, 2021).

Por fim, a gravação ambiental é a captação feita pelo próprio interlocutor sem o conhecimento do outro, ou seja, “é a captação da conversa, no ambiente em que ela se desenvolve, feita pelo próprio interlocutor sem o conhecimento do outro” (MASSON; MARÇAL, 2021).

A gravação ambiental é conhecida como gravação clandestina, sendo ela vedada atualmente pelo pacote anticrime, sendo agora necessário, em qualquer espécie, a autorização judicial, trazendo sanção penal para quem fizer (BRASIL, 2019).

Art. 7º: A Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 8º-A e 10-A:(...)

Art. 10-A. Realizar captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para investigação ou instrução criminal sem autorização judicial, quando esta for exigida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.
§ 1º Não há crime se a captação é realizada por um dos interlocutores.

§ 2º A pena será aplicada em dobro ao funcionário público que descumprir determinação de sigilo das

investigações que envolvam a captação ambiental ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial (BRASIL, 2019).

O legislador com esse artigo nos trouxe um crime, em que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que realizar a captação ambiental sem autorização, exceto se ela for um dos interlocutores. No que tange ao sujeito passivo, pode ser qualquer pessoa. O objeto material é a pessoa na qual recai a conduta criminosa. O bem juridicamente tutelado é o direito à intimidade e a inviolabilidade do asilo.

Trata-se de um crime que só pode ser praticado dolosamente e que não permite a forma tentada.

Por fim, a ilicitude da captação ambiental sem autorização judicial favorável é afastada quando essa for realizada por um dos interlocutores.

1.2 DIFERENCIAÇÃO DA CAPTAÇÃO AMBIENTAL PARA A CAPTAÇÃO TELEFÔNICA

Não obstante a semelhança quanto à natureza jurídica, os nomes e meios de obtenção de prova, a Captação Ambiental e Captação Telefônica são institutos diferentes.

Nesse ditame, Jacqueline de Souza Abreu e Gianluca Martins Smanio, em seu artigo “Compatibilizando o uso da tecnologia em investigações com direitos fundamentais: o caso das interceptações ambientais”, nos traz duas distinções entre a interpretação(captação) telefônica e a interceptação(captação) ambiental

Em primeiro lugar, quanto ao objeto: uma interceptação telefônica versa sobre conversas mediadas por um aparelho telefônico, atingindo apenas uma parte das atividades de comunicação do investigado, isto é, aquelas que envolvem utilização do aparelho telefônico. Por sua vez, uma

interceptação ambiental é voltada para conversas sem intermediação, entre pessoas presentes, e capta substancialmente e amplamente mais uma comunicação, abrangendo monólogos e outras conversas presenciais antes, durante ou depois de cada conversa telefônica que pode ter feito, podendo se estender não só a aspectos orais, mas também visuais e eletromagnéticos, enriquecendo ainda mais o universo de informações obtidas. Em segundo lugar, quanto ao meio operacional de realizar a interceptação: enquanto na ambiental há necessidade de diligências anteriores, como o prévio ingresso dissimulado de agentes públicos no local para a instalação do equipamento necessário para captar os sinais acústicos, ópticos ou eletromagnéticos, na interceptação telefônica não há tal necessidade, já que ela ocorre, em geral, com o auxílio direto de empresas de telefonia (ABREU; SMANIO, 2019).

Desse modo podemos ver como se diferenciam a captação ambiental da captação telefônica, bem quanto ao objeto e também pelo meio de execução.

2. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRIVACIDADE E INTIMIDADE E A CAPTAÇÃO AMBIENTAL

Quando tratamos da Captação Ambiental temos que ela é um meio de prova nominado e tem a natureza cautelar, logo é alarmante que ela limita direitos fundamentais, bem como a privacidade e a intimidade, elencados na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso X (BRASIL, 1988): “São invioláveis a intimidade, a vida privada(...)”.

Vale realçar que não se pode confundir a privacidade com a intimidade, apesar de parecer sinônimos, eles apresentam distinções, a privacidade é a relação do ser humano objetivas do cotidiano, no que tange seu trabalho, estudo, dentre outros, enquanto a privacidade está

relacionada com a relação subjetiva do ser humano, como família, relacionamentos.

Segundo Alexandre de Moraes

Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc (MORAES, 2022, p. 100).

Como demonstrado acima, a intimidade é algo mais fechado ligado ao um âmbito menor, por outro lado a privacidade está mais conexas com o cotidiano sendo algo mais amplo.

A captação ambiental se tratando de um meio de prova cautelar é notório que ocorra a mitigação dos direitos fundamentais da privacidade e intimidade.

Diante disso, pode-se ver o quão preocupante é a captação ambiental que chega ao ponto de limitar um direito fundamental, nesse sentido para frear a mitigação e mostra quando realmente seria necessário a captação ambiental, a doutrina aponta a importância da necessidade da autorização judicial.

A lei nos traz que em qualquer situação deverá ter autorização judicial para a produção de prova, entretanto a discussão nasce quando a captação ambiental ocorrer em local público, em uma praça por exemplo, veja como que é controversa, a autorização judicial existe para que se evite a mitigação de um direito fundamental, qual seja a privacidade e a intimidade, mas por estarem em um local público os interlocutores têm a total consciência que ali eles não têm a privacidade e muito menos intimidade, então para a deflagração de prova naquele

ambiente seria necessário a autorização? Respondemos: não, pois em um ambiente público não tem como os interlocutores esperarem privacidade e intimidade.

Por outro lado, em se tratando de um ambiente familiar, por exemplo uma casa ou um apartamento, podemos afirmar categoricamente que é necessário sim a autorização judicial, pois os interlocutores naquele ambiente exprimem a ideia que estão em pleno gozo privacidade e intimidade.

De acordo com Antonio Magalhães Gomes Filho

As intromissões na vida familiar não se justificam pelo interesse de obtenção de prova, pois, da mesma forma do que sucede em relação aos segredos profissionais, deve ser igualmente reconhecida a função social de uma vivência conjugal e familiar à margem de restrições e intromissões (GOMES FILHO, 1997, p. 100).

Adentrando mais ao tema dos direitos fundamentais, como explanado acima os direitos fundamentais da privacidade e intimidade são mitigados em relação a captação ambiental e também temos a violação de outro direito fundamental, o da inviolabilidade do domicílio, assegurado pela Constituição Fundamental de 1988 (BRASIL, 1988).

2.1 DA INVOLABILIDADE DOMICILIAR

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XI, consagra que a casa é o asilo(domicílio) inviolável do indivíduo, sendo um direito fundamental, com domicílio entende-se o local em que a pessoa tem o pleno gozo da sua privacidade e exprimem a ideia de intimidade com suas relações pessoais (BRASIL, 1988).

Segundo Bernardo Fernandes

O artigo 5º, XI da Constituição de 1988, traz a *proteção ao domicílio*, tornando-o inviolável. Por domicílio, entende-se o espaço físico no qual o indivíduo goza de sua privacidade, nas suas mais variadas modalidades. É, portanto, criticável o termo utilizado pelo constituinte. Por isso, ele deve ser interpretado (de forma ampliativa à luz do conceito jurídico de casa) como qualquer compartimento habitado, até mesmo um aposento que não seja aberto ao público, utilizado para moradia, profissão ou atividade, nos termos do art. 150, §4º do Código Penal. Com isso temos que os consultórios, escritórios ou mesmo estabelecimentos comerciais ou industriais de acesso restrito ao público (locais nos quais as pessoas exercem atividade de índole profissional com exclusão de terceiros) devem ser enquadrados no conceito de domicílio previsto na Constituição (FERNANDES, 2021, p. 629).

A Constituição Federal de 1988, consagra a inviolabilidade domiciliar, tanto de noite quanto de dia, mas no mesmo texto constitucional elenca várias as hipóteses que flexiona o direito da inviolabilidade, sendo elas a) caso de flagrante delito b) desastre c) para prestar socorro d) durante o dia, por determinação judicial (BRASIL, 1988).

Portanto, a mitigação desse direito encontra-se quando houver casos de emergência, na hipótese de determinação judicial, durante o dia, há uma divergência do que seria dia.

A Lei nº 13.858, de 05 de setembro de 2019, (BRASIL, 2019) conhecida popularmente como Lei do Abuso de Autoridade, em seu art. 22, parágrafo 1º, inciso III, traz que o mandado de busca e apreensão deve ser cumprido entre as 5h (cinco horas) da manhã até às 21h (vinte e uma horas)

Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências,

ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:(...) § 1º, III - cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas) (BRASIL, 2019).

Logo, apesar do texto constitucional não nos trazer o que seria dia, podemos por analogia entender que dia se refere o período das 5 (cinco) horas até 21 (nove) horas (BRASIL, 1988).

Segundo Renato Brasil de Lima

Reputa-se lícita a instalação de dispositivos de captação ambiental realizada, quando necessário, por meio de operação policial disfarçada ou até mesmo no período noturno – leia-se, entre as 21h (vinte e uma horas) e 5h (cinco) horas, conforme previsto no art. 22§ 1º, inciso III, da nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19) -, inclusive na casa (LIMA, 2020, p. 100).

Por fim, então temos que seria lícita a captação ambiental realizada durante o período noturno com determinação judicial.

Em uma ótica processual, é notório que o processo penal é regido por diversos princípios dentre eles destaque o princípio do contraditório, cuja devemos observar ao tratarmos da captação ambiental.

2.2 RELAÇÃO PROCESSUAL: PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A CAPTAÇÃO AMBIENTAL

O processo penal é regido por vários princípios e um dos princípios mais importantes dele é o princípio do contraditório, ele assegura que toda alegação de fato ou prova apresentada, por uma das partes nos autos, deve haver o direito da parte contrária, a aquela que

apresentou o fato ou a prova, se manifestar a respeito, para que se tenha o equilíbrio, como diz o Guilherme de Souza Nucci, nos trazendo o conceito:

Quer dizer que a toda alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem o adversário o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado (art. 5.º, LV, CF) (NUCCI, 2023, p.100).

O que pode perceber é que a captação ambiental afasta esse princípio processual ao pesar que para a concessão da captação ambiental os interlocutores não podem saber da captação ambiental, se não os envolvidos podem omitir ou até interferir nos aparatos utilizados para a interceptação (NUCCI, 2023).

Jacqueline de Souza Abreu e Gianluca Martins Smanio em seu artigo, *Compatibilizando o uso de tecnologia em investigações com direitos fundamentais: o caso das interceptações ambientais*, apresenta o seguinte entendimento

A noção de “interceptação ambiental” se inseriu na prática jurídica fundamentalmente com o propósito de qualificar um certo tipo de atividade de obter provas no âmbito de processo penal. Por isso se diz que sua natureza jurídica é a de meio de obtenção ou de pesquisa de provas, o que é feito em geral como providência cautelar como ato de investigação em fase pré-processual. Pela própria natureza dessa medida, ela é incompatível com o exercício do contraditório pleno, já que não haveria, via de regra, condições de atingir seu objetivo se fosse implementada com o conhecimento da pessoa ou das pessoas que se pretende monitorar (ABREU; SMANIO, 2019)

Por fim, não há nada dizendo que a prova produzida posteriormente, possa ser discutida quanto a sua legalidade e quanto a outros requisitos, devendo ser desentranhada se ela foi produzida de maneira ilegal.

2.3 DA CAPTAÇÃO AMBIENTAL: O PROCEDIMENTO

A Captação Ambiental é um meio de prova bem conflitante, que infringe vários direitos.

À luz do artigo 8º-A do Pacote Anticrime

Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.(...)

§3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada. (...).(BRASIL, 2019).

A primeira informação é a legitimidade para requerer, sendo o legitimado ativo a autoridade policial ou o Ministério Público, observando alguns requisitos para a sua autorização, ou seja, para que haja concessão da captação ambiental deve existir vários requisitos, sendo eles: o primeiro requisito é que prova a ser produzida não pode ser obtida por outro meio de produção de prova. O segundo requisito é o indício de autoria, entende-se como indício o que é trazido pelo Código Processual Penal Brasileiro (BRASIL, 1941).

À luz do art. 239, do Código de Processo Penal: “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias” (BRASIL, 1941).

O terceiro é a materialidade do tipo penal, o quarto requisito é que o tipo penal a ser investigado deve ter a pena superior que 04 (quatro) anos ou então infrações conexas que ultrapassem essa pena. Por fim, no requerimento da captação ambiental deve haver a descrição do local detalhadamente e a forma da instalação do dispositivo que irá fazer a captação (BRASIL, 1941).

Deve-se observar o prazo da captação ambiental, sendo ele de 15 (quinze) dias, podendo ser renovado através de decisão judicial por igual período, devendo ser comprovado a indispensabilidade da produção de prova ou a atividade criminal nas modalidades permanente, habitual ou continuado (BRASIL, 1941).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo demonstrou como foi lidado a captação ambiental em nosso ordenamento ao passar do tempo, apresentando seu conceito doutrinário, bem como a existência das distinções entre a interceptação telefônica da interceptação ambiental.

Além disso, foi analisado o *status* da interceptação ambiental como meio probatório, que até então era um meio de produção de prova inominado, apontando os conflitos entre os direitos fundamentais e o princípio do contraditório.

Posteriormente, analisa-se quem são os legitimados para requerer a captação ambiental, quais são os requisitos da concessão, o prazo e a dilatação para produção da prova.

Verificou-se também que o Pacote Anticrime trouxe elementos consideravelmente avançados, pois não havia nada além da menção na Lei da Captação Ambiental. Nesse ditame, requisitos formais e materiais, como dito acima.

Por fim, é imperativo apontar que apesar da alteração trazida, deve-se sempre observar o cumprimento dos direitos fundamentais, podendo desencadear, assim, um problema maior, pelo fato de estar indo de encontro com a Constituição Federal. Desta forma, demonstre-se que há um longo percurso a percorrer, a fim de que seja conciliada a tecnologia com os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 30 de set. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília, DF. Disponível em: <<https://normas.leg.br/?urn=urn:lex:br:federal:lei:1995-05-03;9034>>. Acesso em: 10 de agosto de 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. **Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 set. 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113869.htm>. Acesso em: 30 set. 2023.

DE SOUZA ABREU, J.; SMANIO, G. M. **Compatibilizando o uso de tecnologia em investigações com direitos fundamentais**:

o caso das interceptações ambientais. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, [S. l.], v. 5, n. 3, p. 1449–1482, 2019. DOI: 10.22197/rbdpp.v5i3.262. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/262>. Acesso em: 30 set. 2023.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** -12. Ed. Rev. Atual. E ampl. – Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 128.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.** – 8. Ed. Rev. Ampl. E atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado.** Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530993054. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993054/>. Acesso em: 10 de agosto de 2023.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559771868. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771868/>. Acesso em: 30 set. 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal. Volume Único.** Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647385. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647385/>. Acesso em: 01 out. 2023.

CYBERWAR SOB A ÉGIDE DO DIREITO INTERNACIONAL

Felipe de Souza Ferreira¹⁵

INTRODUÇÃO

Com o crescente desenvolvimento da tecnologia, as guerras cibernéticas tornaram-se uma ameaça global cada vez mais real. As ações maliciosas no meio cibernético possuem o potencial de causar danos significativos, tanto para indivíduos quanto para nações inteiras.

O avanço da tecnologia e a dependência cada vez maior da sociedade em relação à internet e aos sistemas digitais, os ataques cibernéticos têm o potencial de causar danos significativos em níveis nunca antes vistos.

A guerra na Ucrânia contra a Rússia tem sido um conflito prolongado que resultou em perdas significativas para ambos os lados. Além dos confrontos militares convencionais, a guerra também apresenta uma dimensão cibernética.

Ante o exposto, é de notório saber que a cibersegurança tornou-se uma questão crucial na guerra, haja vista a possibilidade da utilização de táticas de guerra cibernética para espionar e sabotar os sistemas de outras nações. Neste artigo, examinaremos a relação entre a cibersegurança e a guerra na Ucrânia contra a Rússia, explorando os métodos utilizados pela Rússia para conduzir uma guerra cibernética e como a Ucrânia tem respondido a essa ameaça.

Trata-se de uma revisão bibliográfica sobre o tema. Foram pesquisados artigos científicos, relatórios de organizações internacionais, tratados internacionais, legislações de diversos países, notícias e outras fontes relevantes. Os dados foram analisados com base em uma abordagem qualitativa. Além disso, são analisados estudos de caso de incidentes de guerra cibernética, com foco especial no conflito entre Rússia e Ucrânia.

15 Graduando em Direito pela Faminas. E-mail: felipe.sf0@outlook.com.

Por fim, através dessa abordagem, busca-se compreender as complexidades e implicações da guerra cibernética sob o direito internacional e identificar lacunas de segurança e desafios na aplicação da legislação existente. Foram destacados os pontos de convergência e divergência entre os estudiosos e especialistas, bem como as possíveis soluções e abordagens para lidar com os desafios apresentados.

1. DO DIREITO INTERNACIONAL

O direito internacional, como conjunto de normas e princípios que regem as relações entre Estados, tem o papel de prevenir conflitos e garantir a segurança global. Com o aumento das atividades cibernéticas, o direito internacional busca se adaptar e incorporar novas normas e princípios que regulem as guerras cibernéticas (KSHETRI, 2018).

A guerra cibernética é uma forma de conflito que ocorre no ciberespaço, envolvendo o uso de tecnologia da informação e comunicação para prejudicar, danificar ou destruir sistemas de computadores, redes e infraestrutura eletrônica. No contexto do direito internacional, a guerra cibernética levanta questões complexas sobre a aplicação das leis existentes e a necessidade de regulamentação adicional para lidar com essa forma emergente de conflito (KSHETRI, 2018).

As guerras cibernéticas ou *cyberwar* são caracterizadas pelo uso de tecnologia para conduzir operações militares e infligir danos a um adversário. Essas operações podem variar desde ataques cibernéticos direcionados a sistemas de infraestrutura crítica até a espionagem cibernética para obter informações sensíveis. Os ataques cibernéticos podem ter impactos significativos nas pessoas, incluindo violações da privacidade, liberdade de expressão e acesso à informação. Portanto, é necessário garantir que os direitos humanos sejam respeitados e protegidos durante a condução da guerra cibernética.

A primeira iniciativa importante para a regulação das guerras cibernéticas foi a Convenção de Budapeste sobre Crimes Cibernéticos,

assinada em 2001. Esta convenção tem como objetivo estabelecer normas mínimas para a prevenção, investigação e punição de crimes cibernéticos. Ela é um marco importante na regulamentação das atividades cibernéticas, pois reconhece que as ações maliciosas no meio virtual podem representar uma ameaça à segurança em nível global (BUDAPESTE, 2001).

Outra iniciativa importante foi o Relatório do Grupo de Peritos Governamentais em Tecnologia da Informação e Segurança Internacional, da Organização das Nações Unidas (ONU), publicado em 2010. Este relatório reconhece que as atividades cibernéticas têm o potencial de afetar a segurança global e estabelece princípios importantes para a atuação dos Estados no ciberespaço (ONU, 2010).

Entre esses princípios, destacam-se a proteção da privacidade e dos direitos humanos, o respeito à soberania dos Estados e a não intervenção em seus assuntos internos, a cooperação internacional e a responsabilidade dos Estados pelas ações realizadas a partir de seu território. Estes princípios representam um importante avanço na regulação das guerras cibernéticas, pois estabelecem um conjunto de normas que os Estados devem seguir ao realizar ações no ciberespaço.

O Direito Internacional se aplica à *cyberwar* da mesma forma que se aplica aos conflitos armados tradicionais. Os princípios de legalidade, proporcionalidade e necessidade, por exemplo, devem ser respeitados. Além disso, os ataques cibernéticos podem ser considerados como um uso da força, o que requer a conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.

Além disso, o direito internacional tem se dedicado a estabelecer regras para a proteção de infraestruturas críticas, como sistemas de energia, transporte, telecomunicações e financeiros.

A Lei Internacional Humanitária (LIH) exige que as partes em um conflito usem apenas a quantidade mínima necessária de força para alcançar seus objetivos militares. Além disso, a LIH proíbe o uso de armas que causem danos excessivos ou desnecessários aos civis ou à infraestrutura civil. Portanto, o uso de ataques cibernéticos é

considerado legal apenas se as ações tomadas forem proporcionais e não causarem danos excessivos.

Tornou-se um grande desafio a necessidade de atualizar as normas internacionais existentes para abordar as questões específicas da *cyberwar*. Por exemplo, a Convenção de Haia de 1899 (HAIA, 1899) e a Convenção de Haia de 1907 foram estabelecidas antes do surgimento da tecnologia da informação e comunicação, e, portanto, não foram projetadas para lidar com a *cyberwar* (HAIA, 1907).

Uma das principais questões é determinar se os ataques cibernéticos podem ser considerados como um uso legítimo da força, de acordo com a Carta das Nações Unidas. A Carta proíbe o uso da força, exceto em casos de legítima defesa individual ou coletiva. Portanto, é necessário avaliar se um ataque cibernético pode ser considerado como um ato de agressão que justifique uma resposta militar legítima.

A segurança cibernética é uma preocupação crescente para os governos em todo o mundo. A crescente dependência da tecnologia tornou os países vulneráveis a ataques cibernéticos que podem prejudicar a infraestrutura crítica, como sistemas de energia, comunicação e transporte. Além disso, os ataques cibernéticos podem ser usados para roubar informações confidenciais, afetar a estabilidade política e econômica, e disseminar desinformação (KSHETRI, 2018).

A falta de confiança e cooperação entre os estados também dificulta a atribuição de responsabilidade por ataques cibernéticos. Sem um consenso claro sobre como responder aos ataques e punir os agressores, os estados podem ficar impotentes diante de violações de sua soberania cibernética.

1.1 AS COMPLEXIDADES DA GUERRA CIBERNÉTICA

A guerra cibernética é um fenômeno complexo e em constante evolução que apresenta desafios únicos em comparação com a guerra convencional. Uma das principais complexidades está na atribuição de responsabilidade por ataques cibernéticos, uma vez que é difícil

identificar com precisão os atores envolvidos. Além disso, a guerra cibernética pode ser conduzida de forma encoberta, sem a necessidade de uma declaração formal de guerra, o que dificulta ainda mais a aplicação do direito internacional (KSHETRI, 2018).

Há de se explicitar em matéria explicativa, que a guerra cibernética é um campo de batalha moderno que apresenta uma série de complexidades únicas. Nesse tipo de conflito, as armas são códigos, algoritmos e técnicas de invasão, e os alvos são sistemas de computadores, redes e infraestruturas digitais. As consequências desses ataques podem ser devastadoras, afetando governos, empresas e até mesmo a vida cotidiana das pessoas.

Os ataques cibernéticos podem ser lançados a partir de qualquer lugar do mundo, atravessando fronteiras sem restrições físicas. Isso cria desafios para a aplicação da lei e a cooperação internacional na investigação e responsabilização por tais ataques

Outra complexidade é a falta de consenso sobre o que constitui um ato de guerra cibernética e como aplicar o direito internacional existente a essas situações. Enquanto alguns argumentam que os princípios gerais do direito internacional se aplicam igualmente à guerra cibernética, outros acreditam que são necessárias normas específicas para lidar com os desafios únicos apresentados pelo ciberespaço (KSHETRI, 2018).

Ao considerar a guerra cibernética sob o direito internacional, várias questões-chave devem ser abordadas. Em primeiro lugar, é necessário determinar se os princípios e normas existentes do direito internacional são aplicáveis à guerra cibernética ou se são necessárias regulamentações adicionais. Além disso, é importante estabelecer a responsabilidade dos Estados por ataques cibernéticos e desenvolver mecanismos eficazes para a atribuição de responsabilidade.

A guerra cibernética tem implicações significativas na segurança internacional. Os ataques cibernéticos podem ser usados como uma ferramenta para desestabilizar Estados e comprometer a segurança de infraestruturas críticas, como energia, transporte e comunicação. Além disso, a guerra cibernética pode ter impactos econômicos

e sociais negativos, afetando a estabilidade e a confiança entre os Estados.

1.2 CONFLITO ENTRE RÚSSIA E UCRÂNIA

Para entender melhor as implicações legais da guerra cibernética, é útil examinar estudos de caso de incidentes passados. Um exemplo proeminente é o ataque cibernético à Ucrânia em 2015, que interrompeu o fornecimento de energia para milhares de pessoas. Esse incidente destacou a vulnerabilidade das infraestruturas críticas aos ataques cibernéticos e a necessidade de proteção adequada. Tais ataques levantam questões sobre a legalidade e a responsabilidade pelos danos causados à infraestrutura crítica durante a guerra cibernética (UCRÂNIA, 2015).

O conflito também envolve a interferência em suas redes de computadores e sistemas de informação. A Rússia tem sido acusada de lançar ataques cibernéticos em grande escala contra a Ucrânia, com o objetivo de minar a infraestrutura do país e desestabilizar o governo ucraniano.

Entre as táticas utilizadas pela Rússia no conflito recente contra a Ucrânia, está a utilização de ataques DDoS para sobrecarregar os sites e sistemas ucranianos. Entende-se como ataque DDoS a tentativa de tornar um recurso de rede indisponível para seus usuários legítimos, sobrecarregando-o com muitas solicitações de tráfego. Esse tipo de ataque é chamado de “distribuído” porque geralmente é realizado por uma grande rede de computadores comprometidos (KSHETRI, 2018).

Esses computadores são controlados remotamente por um expert, que os utiliza para enviar solicitações maliciosas a um alvo específico, na tentativa de impedir que usuários legítimos acessem um serviço específico, como um site ou aplicativo.

A Ucrânia tem sido alvo de ataques cibernéticos frequentes, que variam desde interrupções de energia até a disseminação de desinformação. Os ataques cibernéticos são particularmente

preocupantes durante um conflito armado podendo ser usados para interromper sistemas de energia e comunicação.

A Ucrânia também tem sido alvo de ataques cibernéticos de outros países além da Rússia. Em 2017 teve seus sistemas de saúde e transportes em todo o seu território interrompido. Os ataques cibernéticos também foram usados para coletar informações sobre as forças ucranianas.

O conflito na *Cyberwar* entre os países é um exemplo de como as tensões entre países podem se manifestar no mundo digital. Além disso, o conflito destaca a importância de medidas de segurança cibernética eficazes, não apenas para os governos, mas também para empresas e indivíduos que podem ser afetados por ataques cibernéticos em grande escala.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guerra cibernética está se tornando cada vez mais sofisticada e complexa, exigindo uma abordagem multidisciplinar para lidar com ela. É necessário reunir especialistas em direito internacional, segurança cibernética, tecnologia da informação e outros campos relacionados para desenvolver estratégias eficazes de prevenção e resposta à guerra cibernética.

A falta de normas e acordos internacionais também contribui para as complexidades da guerra cibernética. Diferentes países possuem diferentes abordagens e políticas em relação à segurança cibernética, o que pode levar a conflitos de interesses e dificultar a cooperação entre nações. A ausência de um consenso global sobre como lidar com os ataques cibernéticos torna o cenário ainda mais desafiador.

Diante dos desafios e limitações da aplicação do direito internacional à guerra cibernética, a cooperação internacional entre países e empresas privadas é de extrema importância. Os Estados devem trabalhar em conjunto para desenvolver estratégias de segurança cibernética, compartilhar informações sobre ameaças e

estabelecer mecanismos de resposta rápida para mitigar os efeitos dos ataques cibernéticos.

Além disso, a cooperação entre o setor público e o setor privado é fundamental para proteger a infraestrutura crítica e garantir a segurança no ciberespaço. As empresas privadas possuem recursos e conhecimentos especializados que podem contribuir para a prevenção e resposta a ataques cibernéticos.

Para garantir a segurança cibernética, os governos precisam investir em infraestrutura de segurança cibernética e colaborar internacionalmente para compartilhar informações e recursos. As empresas também precisam desempenhar um papel importante na segurança cibernética, implementando medidas de segurança adequadas para proteger seus sistemas e informações.

Ademais, insta salientar que a conscientização pública sobre a segurança cibernética é essencial para garantir que as pessoas possam tomar medidas para proteger suas informações pessoais e contribuir para a segurança cibernética em nível nacional e internacional.

Em suma, a guerra cibernética sob o direito internacional apresenta complexidades e desafios únicos. Através da análise das principais considerações e implicações, fica claro que é necessária uma abordagem abrangente e adaptável para regular essa forma emergente de conflito.

REFERÊNCIAS

Aversa, R. (2019). **Russian-Ukrainian Conflict: An Analysis of Cyber Warfare**. *Journal of Strategic Security*, 12(1), 1-17.

Banks, W. C. (2012). **A legal regime for cyberwarfare**. *Strategic Studies Quarterly*, 6(4), 63-83.

Barabanov, O. (2019). **The Role of Cyber Capabilities in the Russia-Ukraine Conflict: Trends and Challenges**. *Journal of Strategic Security*, 12(1), 63-83.

Ducheine, P., & Schmitt, M. N. (Eds.). (2012). **Tallinn manual on the international law applicable to cyber warfare: Prepared by the International Group of Experts at the Invitation of the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence**. Cambridge University Press.

Kshetri, N. (2018). **Blockchain's roles in meeting key supply chain management objectives**. *International Journal of Information Management*, 39, 80-89.

Kshetri, N., & Voas, J. (2016). **A retrospective and future look at DoS/DDoS attacks**. *Journal of Information Privacy and Security*, 12(4), 236-248.

Lubell, N. (2011). **Cyber attacks and international law**. *Journal of Conflict and Security Law*, 16(2), 195-216.

Mirkovic, J., Prier, J., & Reiher, P. (2004). **Attacking DDoS at the source**. *IEEE Internet Computing*, 8(6), 67-73.

Schmitt, M. N., & Vihul, L. (Eds.). (2019). **Tallinn manual 2.0 on the international law applicable to cyber operations**. Cambridge University Press.

Schneier, B. (2012). **Lições de segurança na era da espionagem eletrônica. Scientific American Brasil**, (103), 38-45.

Valeriano, B., & Maness, R. C. (2015). **Cyber war versus cyber realities: Cyber conflict in the international system**. Oxford University Press.

Yatsenko, O. (2016). **Russian-Ukrainian Cyberwar: Anatomy of a Distributed Denial of Service Attack. Journal of Strategic Security**, 9(1), 67-81.

EXPLORANDO O CRIME DE ADOÇÃO À BRASILEIRA: UMA ANÁLISE JURÍDICA E SOCIAL

Jessica de Sousa Azeredo¹⁶

INTRODUÇÃO

A adoção à brasileira é uma conduta não favorecida pelo ordenamento jurídico, pois o código penal é contrário a essa modalidade, onde se encontra tipificada como crime, no artigo 242 do código penal

Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (BRASIL, 1940).

A adoção à brasileira veio como uma forma de escape para burlar os ritos burocráticos da adoção, onde muitas pessoas aderem esse meio para alcançar seu objetivo, dando o famoso “jeitinho brasileiro”, sendo em muitos casos desconhecido pelo Estado a prática da ilicitude, pois os adotantes podem ir em hospitais, pegar crianças em situação de abandono ,entre outras formas, registrando-os no cartório civil e passando dessa forma a cuidar, oferecendo afeto e tratando os mesmos como filhos consanguíneo. Sendo uma atitude considerado como um ato de amor e nobreza por alguns, mas que para o ordenamento jurídico é um ato ilícito.

16 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Faminas-Muriaé.

Diante do exposto, o tema suscita relevância jurídica e social, traz curiosidade e informações, e proporciona debates interessantes sobre diferentes perspectivas sobre o assunto, o que levaria a realização de tal procedimento, suas consequências, como também servir de conhecimento para as pessoas leigas que não tem informação de que se trata de um ato ilegal, e nos conscientizamos que a adoção á brasileira é comum e ocorre constantemente em nossa sociedade.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, baseada em uma revisão bibliográfica sobre o tema.

1. DA ADOÇÃO

A adoção no Direito Civil é um ato no qual o indivíduo é assumido permanentemente como filho por uma pessoa ou um casal que não são os pais biológicos do adotado.

Leoni Lopes de oliveira de a adoção nas seguintes palavras

A adoção é um instituto jurídico que procura imitar a filiação natural. Contrapõe-se a adoção à filiação legítima ou natural por sua característica artificial, também denominada de filiação cível, visto que não corresponde a uma descendência natural, biológica, mas resulta da manifestação da vontade, na adoção do sistema do código civil, ou de sentença judicial, no sistema ECA (LOPES.2002. p. 147).

No caso da adoção á brasileira quando um indivíduo efetua o registro do filho de outra pessoa declarando ser pai e mãe biológica de uma criança, mas não é o caso, ela não dá andamento ao processo legal de adoção. Embora possa ser visto pela sociedade como um ato de amor, e praticado com boas intenções, a mesma é classificada como crime, conforme explicitado no Art. 242 do Código Penal Brasileiro.

Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. (BRASIL.2014. p.334).

Com isso se caracterizando uma adoção irregular, pois não segue os trâmites legais, como determina a Lei 12.010, de 29 de julho de 2009, presente no artigo 42

Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

§ 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei no10.406, de 10 de janeiro de 2002 -Código Civil. (BRASIL, 2009).

Desta forma, expondo o que se é necessário para o preenchimento de uma adoção legal.

Versando sobre a adoção à brasileira ela é praticada em nosso país há muitos anos, não podendo se dizer ao certo quando começou, e quantas pessoas ingressaram no seio familiar por esta prática, mas sempre esteve presente em nosso meio, mesmo com a evolução e o surgimento da adoção legal, não parou de ser praticada, e uma das problemáticas é o processo de morosidade e o rito burocrático e necessários do processo de adoção legal.

Com o objetivo de corrigir a prática de adoção à brasileira ocorrida a muitos anos e constatar que essa prática não era feita apenas com boas intenções, mas também com maus propósitos, com isso foi criado o artigo 242 do Código Penal, consubstanciado com as leis de direito civil, entre outras, para que essas pessoas fossem punidas.

Os Tribunais superiores tem o entendimento que deve prevalecer o melhor interesse dos menores na prática de adoção à brasileira, não olhando assim somente o que está descrito na lei, mas sim o caso concreto e levando em consideração a melhor decisão para as crianças e seus pais adotivos. No presente estudo se observa que o STJ tem decidido pela permanência dos menores com sua família adotiva, por constatar que a adoção se deu, exclusivamente por amor, e a realização da constituição familiar, e ver que o menor está vivendo em um ambiente digno e recebendo a proteção que se espera, mesmo ocorrendo por meios ilícitos, observando sempre o bem estar das crianças.

2. DO CRIME DE ADOÇÃO À BRASILEIRA

No Brasil atualmente está registrado que existem cerca de 30 mil crianças e adolescentes vivendo em abrigos, mas 4 mil crianças e adolescentes aptos para a adoção, este é o número de processos que tramitam.

Como vimos a Adoção à Brasileira, não pode ser contabilizada, pois os casos acontecem sigilosamente, justamente para que não passe

pelos tramites legais, e burle o rito demorado da adoção legal. Mas podemos ter acesso a alguns casos que foram conhecidos e julgados a favor ou contra a continuidade da permanência da criança com o adotante, em decisões feitas pelo STJ.

Na presente decisão será apresentado o julgamento feito pelo STJ, onde fora feita a destituição do poder familiar, da família adotiva, conforme se verá abaixo

A Corte estadual, à luz do caso concreto, consignou ser inviável mitigar as exigências relativas à adoção, ante a ausência de vínculo afetivo suficiente entre as partes. Concluiu, ainda, que o convívio do menor com os supostos pais registrais por reduzido lapso de tempo não permitiu que se solidificassem os laços afetivos criados entre a criança e o casal, razão pela qual determinou a manutenção do acolhimento institucional do infante. 2. Na espécie, o convívio do menor com o casal adotante deu-se por um curto espaço de tempo (cerca de três meses apenas), tratando-se de criança que nem sequer atingira o primeiro ano de idade quando do acolhimento institucional, concluindo o Tribunal de origem que o curto período, aliado à idade do infante e ao tempo decorrido desde o acolhimento, não permitiram que se solidificassem os laços afetivos entre o menor e o casal. 3. Esta Corte Superior de Justiça, em recentes julgados das Turmas que compõem a Segunda Seção, nas hipóteses de destituição de poder familiar nos casos de “adoção à brasileira”, manifesta-se no sentido de que o convívio do adotando com os supostos pais registrais por reduzido lapso de tempo afasta ou enfraquece, significativamente, a configuração do vínculo socioafetivo porventura existente entre eles. 4. O Tribunal a quo consignou que é nítido que a criança foi colocada em situação de risco e que às partes foi assegurado o devido processo legal, elementos que, entre outros, formaram a base para decisão no que tange à destituição do poder familiar.

A modificação de tal entendimento lançado no v. acórdão recorrido demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 deste Pretório. 5. Agravo interno desprovido. EMENTA AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR CUMULADA COM MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. “ADOÇÃO À BRASILEIRA”. ENTREGA IRREGULAR DO INFANTE PELA MÃE BIOLÓGICA A TERCEIROS. AUSÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO DO MENOR COM OS SUPOSTOS PAIS REGISTRAIS. CONVÍVIO DE CURTO ESPAÇO DE TEMPO (TRÊS MESES). DETERMINAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. SITUAÇÃO DE RISCO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

A presente decisão trata por tanto da destituição do poder familiar, pois para entendimento não foi criado laço afetivo, visto que a criança teve uma breve convivência de três meses, e que o menor foi colocado em situação de risco, não sendo assim aceito os pais registrais.

Em outra sentença feita pelo STJ, observamos uma decisão favorável aos pais registrais, levando em consideração o melhor interesse do menor, avaliando o bem-estar físico e psíquico da criança.

A potencial possibilidade de ocorrência de dano grave e irreparável aos direitos da criança, ora paciente, que foi recolhida em abrigo após longo convívio com a família que o recebeu como filho, impõe afastar de plano o óbice formal da Súmula nº 691/STF. 2. O menor, então com 17 (dezessete) dias de vida, foi deixado espontaneamente pela genitora na porta dos interessados, fato descoberto após a conclusão de investigação particular.

3. A criança vem recebendo afeto e todos os cuidados necessários para seu bem-estar psíquico e físico desde então, havendo interesse concreto na sua adoção formal, procedimento já iniciado, situação diversa daquela denominada adoção “à brasileira”.

4. A observância do cadastro de adotantes não é absoluta porque deve ser sopesada com o princípio do melhor interesse da criança, fundamento de todo o sistema de proteção ao menor.

5. Ordem concedida.

HABEAS CORPUS. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA E ADOÇÃO. MENOR IMPÚBERE (10 MESES DE VIDA). CASAL HOMOAFETIVO. ENTREGA PELA MÃE. ADOÇÃO. PROCEDIMENTO FORMAL INICIADO. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. MEDIDA TERATOLÓGICA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

Notamos que na decisão que a permanência da criança com seus adotantes se deu por ser constatado, que estava recebendo o afeto e os devidos cuidados, não sendo necessário o encaminhamento para um abrigo.

2.1 DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

Mesmo o ato da adoção à brasileira muitas das vezes ser revestido de algo nobre, não podemos ignorar que está sendo violado o direito da criança e adolescente, que devem ser protegidos acima de tudo. Trazendo assim impactos para os envolvidos. Para Fernando Capez em sua obra, tem como entendimento sobre a adoção à Brasileira:

Pune a ação de registrar como seu filho de outrem. É a denominada adoção á brasileira. Na hipótese a criança efetivamente existe. Se a fictícia mãe realizar o registro, responderá por essa modalidade de conduta

criminosa, pois o parto suposto resta absorvido. Trata-se de crime comum, de forma que qualquer pessoa pode praticá-lo. O elemento subjetivo, por sua vez, é o dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de registrar como seu filho de outrem. Não se exige qualquer finalidade específica. Finalmente, consuma-se no momento em que é realizada a inscrição do infante alheio no registro civil (CAPEZ, 2012, p. 242).

Ou seja, para ele o ato é punível de acordo com o artigo 242 do código penal, visto que não passou pelos tramites legais a adoção, indo pelo lado mais fácil e menos burocrático, mas, contudo, ilegal (BRASIL, 1940).

Atentando-se para os impactos relacionados aos pais adotivos os mesmos iram não só responder pelo crime previsto no artigo 242, mas também por falsidade ideológica prevista no artigo 299 do código penal:

Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena: reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte. (BRASIL, 1940).

Sendo assim punidos os pais adotivos que optarem por essa prática ilegal de adoção. Em se tratando dos pais biológicos irá recair a

pena do artigo 245 do código penal brasileiro, onde estará cometendo o crime de entregar seu filho menor a pessoa inidônea.

Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: (Redação dada pela Lei nº 7.251, de 1984)

Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.251, de 1984)

§ 1º - A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior. (Incluído pela Lei nº 7.251, de 1984)

§ 2º - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro. (Incluído pela Lei nº 7.251, de 1984). (BRASIL, 1940).

Procedendo da entrega de seu filho a uma pessoa sabendo que suas intenções não são boas, estando ele correndo perigo, na companhia da pessoa adotante.

Em relação as crianças e adolescentes que são as partes mais frágeis do vínculo, que sofrem as consequências dos atos que outras pessoas tomaram como decisão para suas vidas, mesmo que possa haver um lado que poderá as beneficiar, e ser adotadas por indivíduos que vão cuidar, dar afeto e serem resguardadas da maneira correta, por outro lado podem sofrer, serem usados como lucro, passar por maus tratos, serem rejeitadas por não se enquadrarem no que se é esperado pelos adotantes e terem todo o transtorno de poderem ser devolvidas, ou pegas de volta pela família biológica depois de terem obtido laço afetivo entre os adotantes e o adotado. Podemos observar que é complexo pois nunca se sabe ao certo a intenção de cada um, e nem se estar agindo realmente de boa-fé, e essas pessoas a mercê sem os seus direitos tutelados e protegidos como deve ser.

Na sociedade tem seu impacto negativo um retrocesso, pois a adoção feita corretamente e seguindo todos os seus tramites, que é vista como uma forma de amor, carinho, a realização de um sonho para muitos, se depara como uma adoção irregular e pode ser utilizada para fins inidôneos, pode prejudicar a adoção e fazer com que se torne cada vez mais burocrático e demorado o rito do processo de adoção para que se possa extinguir a prática ilícita que é a adoção á brasileira.

Por outro lado, a esfera social também enfrenta outro problema, uma vez que relativiza a obrigação constitucional do Estado de tomar medidas para garantir os direitos e o bem-estar dos cidadãos, ligado ao princípio da dignidade humana. Isso faz com que essa prática de adoção á brasileira permaneça presente em nosso cotidiano, porque é um dos fatores que faz com que as pessoas adotem esse comportamento, por quererem ajudar as crianças em situação de pobreza.

2.2 DOS FATORES DE RISCOS E CAUSAS

Como podemos perceber com o que foi mostrado até aqui a muitas razões para que se ocorra o crime de adoção à brasileira seja ele feito por simples gesto de nobreza, até para uma finalidade errada. Podemos identificar outros fatores de risco, pois muitas das vezes não é olhado o lado da criança e seus interesses, colocando-as em situações de perigo, nesse modo ilegal, o que vai em desencontro com a lei, pois é algo primordial os direitos e os interesses dessas crianças serem resguardados.

Podemos citar alguns fatores de riscos que essas crianças podem sofrer caso venham ser adotadas pelo ato de adoção à brasileira, e que são destes que devemos proteger essas pessoas que tem maior vulnerabilidade e fragilidade.

Ante o exposto, há de se destacar que o tráfico infantil ocorre de forma interna e internacionalmente, sendo um verdadeiro mercado onde crianças são colocadas à venda, como se fossem mercadorias prontas, abrindo espaço para o exterior onde os estrangeiros são

candidatos a adotantes, recebendo ajuda de instituições ilegais ou de pessoas que adotam essas crianças e repassam por valores exorbitantes, como acontecendo interiormente no Brasil, sem saber qual fim iram levar. Podendo serem usadas para exploração sexual, para trabalhem de forma ilegal e sofrer maus tratos, e tantos outros crimes bárbaros.

Por isso é imprescindível que medidas sejam tomadas para que nossas crianças e adolescentes sejam protegidos e seus direitos tutelados.

2.3 DOS DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Acompanhando toda a análise feita sobre o caso o maior desafio que se encontra é não ter como controlar esse ato de adoção, mesmo ele ocorrendo a anos em nosso país, a adoção à brasileira consegue burlar o sistema, as pessoas conseguem praticar o ato longe dos olhos do judiciário, não sendo denunciado, pois existem aquelas pessoas leigas que não sabe que é um crime ou não denunciam por achar que é um bem que está sendo feito, pois ainda vivemos em uma sociedade onde vemos muitas crianças em situação de abandono, ou as que mesmos tendo pais não tem eles condições de criar ou dar a elas coisas básicas para sua vivencia, e esse sempre vai ser o maior obstáculo para a prevenção e sua punição. Outro fator é a condição social que como vimos esta situação faz com que se torne comum a prática pôr a sociedade ver como um bem que está sendo feito as crianças carentes e aqueles pais biológicos que não tem condições de proporcionar uma vida melhor a seus filhos.

Analisando todo o estudo feito sobre a temática da adoção á brasileira, podemos constatar algumas soluções para o ato, um deles seria a regularização dessa prática, pois como vimos é facilmente burlado o sistema, não podendo ter acesso e saber quando o ato é praticado. O doutrinador Antônio Chaves em seu livro Adoção, Adoção simples e Adoção plena expõe sua visão em frente ao tema registro

de filho em nome próprio, apontando assim meios de reversão e regularização do ato praticado.

Tão difundida é a prática do registro de filhos alheios como próprios, tanto responde aos mais puros sentimentos a ambição de quem quer que os filhos que eleger se sintam perfeitamente integrados em sua família, que inspirou ao legislador o novo intuito da adoção plena. Parcela como é, certamente, da humanidade, não há magistrado, por mais cumpridor escrupuloso de seus deveres e obediente ao espírito da lei, por mais aferrado aos textos, que consiga fazer calar o clamor da sua consciência ao impor uma pena de reclusão de um ano, e de uma multa, a um cidadão que, depois de ter pretendido proclamar aos amigos e á sociedade que as crianças que está criando com amor , a devoção e o carinho que muitos pais verdadeiros não lhe consagram , reconheça o erro com tanta boa intenção cometido e se proponha repará-lo. (CHAVES, 1980,p.20).

Antônio Chaves expõe sua visão sobre a adoção à brasileira em seu livro, defendendo a visão de afeto que há em adotar uma criança mesmo de forma ilegal, onde se entrega amor, carinho, acolhimento, que até mesmo a mãe não possa oferecer, e passado para sociedade todo esse acolhimento e pertencimento o apresentando como filho legítimo, e expondo que mesmo os magistrados têm dificuldade de aplicar a pena cabível, pois se deparam com laço afetivo formado e a situação de amor que ali se encontra. Com tudo ele aponta as providências a serem tomados para aqueles que já concretizaram o ato (CHAVES, 1980).

A rigor, as providências a tomar seriam duas: a retificação do registro de nascimento, em segredo de justiça, a fim de que fique constatado que, na verdade, as crianças são filhas de pais desconhecidos, b. pedido

de legitimação adotiva das mesmas. (CHAVES.,1980. p.21)

Expõe o mesmo a providência a ser seguida para que regularize o registo e fique de forma legal conforme a lei. Para aqueles que querem regularizar a situação em relação a adoção feita sem o conhecimento da justiça, com um auxílio de um advogado deve entrar com um processo no Juizado da Infância e da Juventude onde residem os pais biológicos da criança ou adolescente. Após o recebimento do processo será marcado uma audiência onde serão ouvidos os pais biológicos e devem expressar a sua concordância com a adoção (CHAVES, 1980).

À luz do artigo 50, da Lei 8.069/90: “Serão criados e implementados cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados, e de pessoas ou casais habilitados à adoção” (BRASIL, 1990).

No mesmo artigo citado acima, em seu §8º, o mesmo disse sobre os casos em que não haja parentes na comarca.

§ 8º A autoridade judiciária providenciará, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a inscrição das crianças e adolescentes em condições de serem adotados que não tiveram colocação familiar na comarca de origem, e das pessoas ou casais que tiveram deferida sua habilitação à adoção nos cadastros estadual e nacional referidos no § 5º deste art., sob pena de responsabilidade (BRASIL, 1990).

Com isso depois de ser realizado todo o procedimento da inscrição e analisado, buscando por tanto a legalização da conforme demanda a lei.

Outro ponto para que se tenha uma possível solução é o Estado realmente fazer políticas públicas para que a pobreza e a situação de vulnerabilidade, acabe, pois como vimos este é um dos fatores para ocorrer a prática, pois a sociedade pega para si, tal responsabilidade

por ver as crianças em situações precárias, se isentando o Estado de promover condições materiais dignas e garantir direitos e o bem estar dos cidadãos, tornando assim os adotantes ilegais aptos para a adoção já que eles acabam fazendo os exercícios do Estado proporcionando uma melhor qualidade de vida para essas crianças.

Fazendo assim que a adoção à brasileira não seja mais uma problemática em nossa sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção veio como uma forma de pertencimento e desejo de uma constituição familiar, mas que pela morosidade do processo muitas pessoas optaram por burlar o sistema da fila de adoção legal, e se deu a criação a adoção à brasileira, com o intuito para muitos de amor e nobreza, para realizar seu sonho de família, um gesto que pode ter começado com boas intenções, pode ser utilizado para algo cruel, e esta é a questão, pois acima de tudo tem que ser resguardado os interesses das nossas crianças e adolescentes, tendo elas uma maior dignidade.

A adoção à brasileira vista para muitos como algo positivo, de um gesto simples e comum em nosso ambiente, traz consigo inúmeras consequências, tendo sido necessário a criação de norma como o artigo 242, do Código Penal e sua tipificação como crime, para que este ato não fique impune para aqueles que agem de má-fé (BRASIL, 1940).

Desse modo vemos a complexidade de tal prática e a importância de ser feita a adoção por meios legais, não só para resguardar os direitos primordiais das nossas crianças e adolescentes, mas também para que os pais adotivos não sofram como uma possível separação, depois de ter criado o laço afetivo e pertencimento daquela criança no seio familiar, não recaindo sobre eles também uma penalidade, por um simples ato de amor e nobreza.

Por isso também é pertinente a divulgação para que as pessoas que não têm conhecimento que ao praticarem este ato estarão

infringindo a lei, e arcar com suas consequências, mesmo que seja por um ato feito de bom coração.

Sabemos que o sistema de adoção é demorado e burocrático, mas que se tornou necessário, pois se olhado a fundo veremos que somete está protegendo as crianças e garantindo o seu bem-estar.

Sendo assim aqueles que desejam realizar o desejo de adoção, sempre procurem os meios legais, pois terá seus direitos garantidos pela justiça.

Aqueles que já praticaram o ato mais não sabiam que estavam comentando um crime, poderão regularizar sua adoção perante a justiça, e provado que agiu de revestido de nobreza, poderá ter sua pena diminuída, ou em como vimos em alguns casos o perdão judicial.

Deste modo resta a conclusão que a adoção à brasileira, tem que ainda ser estuda e ser obtido o melhor caminho para ela, pois seu grau de complexidade vai além do desejo de uma ter uma família é uma questão social, que precisa ser avaliada, e tratada com a sua devida importância.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 maio 2024.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT)**. **Adoção à brasileira**: Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/adocao-a-brasileira#:~:text=Registrar%20filho%20de%20outra%20pessoa%20em%20seu%20nome%20%C3%A9%20crime.&text=Efetuar%20o%20registro%20do%20filho,segue%20as%20exig%C3%AAs%20da%20lei>. Acesso em: 02 maio 2024.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**. **Julgados sobre adoção à brasileira buscam preservar o melhor interesse da criança**: Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-02-04_08-01_Julgados-sobre-adocao-a-brasileira-buscam-preservar-o-melhor-interesse-da-crianca.aspx. Acesso em: 02 maio 2024.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código Penal comentado**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHAVES, Antônio. **Adoção simples e adoção plena**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

Jornal da USP. **Processo de adoção ainda apresenta desafios simbólicos**: Disponível em: [https://jornal.usp.br/radio-usp/processo-de-adocao-ainda-apresenta-desafios-simbolicos/#:~:text=Cerca%20de%2030%20mil%20crian%C3%A7as,Nacional%20de%20Justi%C3%A7a%20\(CNJ\)](https://jornal.usp.br/radio-usp/processo-de-adocao-ainda-apresenta-desafios-simbolicos/#:~:text=Cerca%20de%2030%20mil%20crian%C3%A7as,Nacional%20de%20Justi%C3%A7a%20(CNJ)). Acesso em: 02 maio 2024.

JusBrasil. **Adoção à brasileira: segurança e eficácia dos atos jurídicos**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com>.

br/artigos/adocao-a-brasileira-seguranca-e-eficacia-dos-atos-juridicos/777883379. Acesso em: 02 maio 2024.

LÔBO, Paulo. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4752>. Acesso em: 02 maio 2024.

HOLDING FAMILIAR COMO ALTERNATIVA DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E PATRIMONIAL

Maria Leonice Lima Passos¹⁷

Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro Zem¹⁸

INTRODUÇÃO

No cenário familiar brasileiro, a preservação do patrimônio e a sucessão bem-sucedida de gerações têm sido uma preocupação constante para as famílias que acumularam ativos significativos ao longo dos anos, uma vez que a construção do patrimônio é frequentemente o resultado de um trabalho árduo e dedicado, mas a manutenção e a transmissão eficiente desse legado para as próximas gerações muitas vezes são desafiadoras.

Nesse contexto, a formação de uma holding familiar tem se destacado como uma estratégia essencial para planejar a sucessão. A holding familiar é uma entidade “corporativa” criada com o propósito específico de atender às exigências de famílias que desejam garantir a continuidade e a proteção de seu patrimônio, enquanto minimizam os riscos relacionados ao processo de sucessão.

Este estudo visa explorar a eficácia da holding familiar como um instrumento de planejamento sucessório, fornecendo percepções sobre sua constituição, funcionalidade e os benefícios que ela pode oferecer a grupos familiares. Em um cenário em que a continuidade e a proteção do patrimônio são essenciais, a holding familiar representa uma ferramenta valiosa para garantir a transição suave do controle das empresas e a preservação dos interesses da família.

O objetivo deste trabalho é analisar as estratégias por trás da constituição da holding familiar, destacando seu papel na preservação

17 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Faminas-Muriaé.

18 Professora de Direito no Centro Universitário Faminas-Muriaé. Mestra em Direito pela UCP. Especialista em Direito Processual Contemporâneo pela UFRRJ. Advogada.

do patrimônio familiar e na minimização de conflitos relacionados à sucessão. A pesquisa não apenas oferecerá um entendimento mais profundo das vantagens desse modelo empresarial, mas também servirá como um guia prático para grupos familiares que buscam garantir a continuidade de seus negócios e a proteção de seu legado através de um planejamento sucessório eficaz.

Trata-se de pesquisa exploratória. Nesse sentido, foram realizados estudos preliminares aprofundados sobre o objeto de pesquisa, com o propósito de explorar os processos relacionados à constituição, administração, sucessão e tributação das holdings familiares. Essa abordagem exploratória permitiu a obtenção das informações necessárias para que os resultados deste estudo fossem apresentados com maior precisão.

Quanto à natureza da pesquisa, optou-se por uma abordagem qualitativa. Essa escolha se justifica pela necessidade de investigar as relações de causa e efeito no contexto das holdings familiares, bem como compreender a verdade e a razão por trás das questões abordadas. A pesquisadora utilizou uma variedade de recursos, tais como a leitura de obras de diferentes autores, o que desempenhou um papel fundamental na construção de uma perspectiva informada sobre o tema. Essa abordagem qualitativa permitiu uma análise mais aprofundada e reflexiva das questões em questão.

Quanto aos procedimentos técnicos adotados para a execução deste trabalho, eles foram categorizados como bibliográficos. Isso se deve ao fato de que a pesquisa foi conduzida com base na análise de uma ampla gama de fontes bibliográficas, incluindo livros, legislação e publicações relacionadas aos tópicos abordados. Essa abordagem bibliográfica possibilitou uma compilação abrangente de informações e conhecimentos disponíveis sobre o tema, contribuindo para a fundamentação teórica e a construção do entendimento no desenvolvimento deste estudo.

1. HOLDING

No Brasil, é comum encontrar empresas familiares, muitas das quais se tornam grandes grupos econômicos sob o controle dessas famílias. Gerir uma empresa é uma tarefa complexa que exige conhecimento em diversas áreas. Normalmente, as empresas familiares têm um sócio fundador que desempenha um papel central na gestão do negócio.

O conceito de “holding” envolve uma sociedade que possui participações em outras empresas, seja criada exclusivamente para esse propósito (Sociedade de Participação) ou não (Holding Mista). De acordo com dados do IBGE e do SEBRAE apresentados pela USP, cerca de 70% das empresas familiares encerram suas atividades após o falecimento do sócio fundador devido à falta de planejamento adequado e gestão jurídica (IBGE; SEBRAE, 2024).

Sendo assim as holdings estão ganhando destaque como uma tendência importante. De acordo com Teixeira: “Uma holding é uma sociedade que adquire e controla ações de outras empresas, sem a obrigação de executar atividades operacionais. O termo “holding” vem do verbo em inglês “to hold”, que significa: controlar, manter ou guardar” (TEIXEIRA, 2007).

Esse problema de sucessão após a morte do fundador é uma das razões pelas quais as holdings têm ganhado importância. A palavra “holding” não tem uma tradução direta em português, e sua função é permitir que uma empresa controle ou influencie outras empresas.

O termo “empresa familiar” refere-se a empresas fundadas com a contribuição de toda a família, muitas vezes com o fundador desempenhando um papel ativo na administração após anos de dedicação à construção do negócio.

Do ponto de vista legal, as holdings são respaldadas pela Lei 6.404/76, que rege as Sociedades por Ações. Essa lei estabelece que uma empresa pode ter como objeto a participação em outras sociedades, mesmo que essa participação não seja explicitamente prevista em seu

estatuto. Essa flexibilidade permite que as holdings desempenhem um papel fundamental na realização de seus objetivos (BRASIL, 1976).

A institucionalização das holdings como entidades no Brasil se deve a fatores históricos, como a Constituição de 1988, a promulgação do novo Código Civil em 2002 e as mudanças nas relações societárias, que contribuíram para a sua formação.

No passado, houve certo ceticismo sobre o papel das holdings, com a percepção de que elas eram usadas para contornar a legislação. No entanto, com o avanço do mercado, a criação de holdings tornou-se uma prática comum. Elas representam uma alternativa atraente em diversas situações, desde famílias que desejam proteger seu patrimônio até grandes empresas multinacionais que buscam controlar suas subsidiárias. A constituição de uma holding pode ser uma estratégia importante para a organização do patrimônio, proporcionando benefícios tributários e facilitando o planejamento sucessório.

1.1 TIPOS DE HOLDING

Uma holding pura é uma instituição cujo propósito exclusivo é investir em várias empresas. Por outro lado, uma holding mista é uma empresa que possui participações em diversas outras empresas. As holdings puras geralmente são usadas para consolidar a propriedade de diferentes entidades jurídicas, como em um contexto familiar, onde uma holding familiar pode ser criada para gerenciar essas participações e auxiliar no planejamento familiar. É importante que a holding familiar seja estabelecida como uma Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), com um membro da família em seu quadro de sócios.

Uma sociedade simples registrada no Registro Público de Pessoas Jurídicas, conforme os requisitos legais, não está sujeita à Lei de Falências (Lei 11.101/05). Isso significa que ela não pode entrar com um pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, conforme previsto no Código Civil e no Código de Processo Civil. Portanto, é crucial

buscar a restauração judicial ou extrajudicial em caso de dificuldades financeiras, recorrendo ao contencioso cível (BRASIL, 2005).

A escolha da natureza da sociedade é um aspecto importante a ser considerado, que pode ser uma sociedade simples ou empresária. Na prática, existem poucas diferenças significativas entre elas, especialmente em relação a tipos societários comuns, como sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples e sociedade limitada (MAMEDE, 2018).

Uma maneira de proteger a empresa contra possíveis problemas de gestão no futuro é transferir a administração para os membros da família, como filhos, enquanto eles assumem a responsabilidade de dar continuidade aos negócios familiares. No entanto, essa abordagem pode limitar a capacidade da empresa de atrair recursos de terceiros, como acionistas ou debenturistas, como é comum em sociedades por ações (MAMEDE, 2018).

2. HOLDING FAMILIAR

Uma holding familiar não se limita a uma definição convencional de propriedade, mas, de maneira simples, é criada para consolidar o patrimônio de uma família e transmiti-lo aos herdeiros. É essencial planejar a estrutura dessas entidades com pesquisa direcionada para evitar conflitos e garantir sua operação contínua, tornando-se uma ferramenta de gestão valiosa para empresas, incluindo as de natureza familiar.

A criação de uma holding é um meio de planejamento que prepara empreendedores e futuros sucessores para o sucesso, oferecendo benefícios econômicos, financeiros, administrativos e corporativos. Uma holding familiar pode consolidar os ativos individuais em uma empresa, permitir a transferência de ações para os herdeiros e manter a eficácia na gestão dos ativos, mas requer um planejamento fiscal adequado.

Mamede destaca que o planejamento fiscal implica uma mudança cultural na empresa, onde as práticas tributárias recomendadas devem ser seguidas (MAMEDE, 2018).

Prado enfatiza que uma holding pode ser estabelecida sob vários tipos societários e, ao controlar a sociedade operante, pode resolver problemas de gestão e controle. O objetivo principal de uma holding é proteger e continuar o negócio da família, eliminando práticas operacionais que possam prejudicar os sócios e garantindo a gestão eficiente do patrimônio familiar (PRADO, 2011).

2.1 HOLDING COMO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E SUAS VANTAGENS

O planejamento sucessório é uma medida sensata e necessária para evitar conflitos familiares e reduzir a carga emocional associada à morte de um ente querido. Além da dor causada por perdas, a partilha de bens muitas vezes pode resultar em desentendimentos familiares. Portanto, antecipar a forma como os bens serão transferidos aos herdeiros, bem como, minimizar o impacto dos impostos sobre herança e inventário é fundamental (PRADO, 2011).

Conforme a Norma Brasileira de Contabilidade NBC TG 00 R2 (2019), a premissa de continuidade operacional sugere que as empresas não têm a intenção de encerrar suas operações. O planejamento sucessório visa organizar a partilha de bens e ativos em vida, evitando assim o que é conhecido como “inventário em vida”, que é a divisão de bens após a morte. Mamede (2018) ressalta a importância de preparar pessoas para administrar os negócios familiares em prol da proteção dos interesses da família.

Um planejamento sucessório eficaz possibilita a alocação de bens, inclusive para herdeiros não previstos na lei, e pode envolver pessoas que não fazem parte da descendência direta, bem como a regulação dos bens do cônjuge. Seus objetivos incluem prevenir conflitos futuros, manter relações familiares saudáveis, disponibilizar

recursos do espólio de maneira eficiente, garantir a continuidade dos negócios, economia tributária e estabelecer uma governança corporativa sólida para a sucessão (MAMEDE, 2018).

O planejamento sucessório é uma estratégia fundamental que utiliza instrumentos jurídicos para assegurar a transição tranquila de uma holding familiar, evitando conflitos entre herdeiros. Após a escolha do instrumento legal, o patriarca precisa decidir entre a doação em vida ou após seu falecimento.

A constituição de uma holding possibilita antecipar esse processo e prevenir disputas, permitindo que a sucessão na(s) empresa(s) seja liderada pelo próprio empresário, que atua como guia e mentor da família, além de ser o responsável direto pelas operações empresariais. Isso viabiliza a preparação de uma nova administração empresarial, possibilitando a identificação antecipada de quais membros da família possuem ou não capacidade gerencial. Quando bem executado, esse processo de sucessão firma-se enquanto a geração anterior está viva (MAMEDE, 2018).

Os instrumentos jurídicos oferecem cláusulas de proteção, como impenhorabilidade, incomunicabilidade e inalienabilidade, para preservar e manter o patrimônio familiar, que posteriormente será transferido aos herdeiros.

O testamento é um instrumento comum para regulamentar a sucessão, permitindo que o testador nomeie herdeiros e legatários e defina rendas e apoio, inclusive para uniões estáveis. A doação, por outro lado, é um instrumento unilateral e revogável. O usufruto concede direitos sobre bens, permitindo o uso dos frutos e rendimentos, mesmo sem a propriedade. O seguro de vida resgatável oferece acesso imediato aos beneficiários após o falecimento, proporcionando proteção financeira (MAMEDE, 2018).

A previdência privada VGBL tem o objetivo de complementar a aposentadoria e manter o padrão de vida do contratante e seus herdeiros. Fundos fechados exclusivos de investimento são ideais para famílias com grandes fortunas, permitindo que os herdeiros recebam suas cotas após o falecimento do doador. O fundo de investimento em

participações (FIP) é semelhante a uma holding e pode proteger ativos contra conflitos hereditários, mas implica tributação sobre ganhos de capital.

A constituição da holding familiar visa à proteção do patrimônio e pode ser usada para acomodar futuras gerações, atribuir funções, manter o controle familiar e permitir o desenvolvimento de novos negócios. A economia tributária é uma vantagem significativa do planejamento sucessório, embora os resultados fiscais possam variar de acordo com a estrutura societária. O planejamento societário visa o crescimento do grupo familiar, com cláusulas que evitam a dissolução dos bens da empresa. A estrutura da holding também pode acomodar futuras gerações e proteger contra interferências externas, contribuindo para o desenvolvimento contínuo da empresa e a preservação do patrimônio familiar (MAMEDE, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, enfatizamos a importância de um planejamento sucessório, tributário e patrimonial adequado para uma holding familiar e sua posteridade. O planejamento deve ser adaptado a cada situação, visando proporcionar à entidade um caminho com menor carga fiscal e redução de gastos e despesas, seja resolvendo conflitos internos na administração ou otimizando operações.

Uma holding familiar é criada com o propósito de minimizar conflitos na sucessão, reduzir a carga tributária e estruturar corporativamente as empresas coligadas. É essencial identificar a classificação mais apropriada e os custos associados à sua criação, comparando-os com os benefícios subsequentes.

Os benefícios na sucessão incluem uma transição segura e tranquila do patrimônio para os herdeiros, evitando litígios familiares e preservando o poder econômico da família. Em comparação com o processo de inventário, que costuma ser demorado, a holding oferece uma abordagem mais dinâmica e econômica.

Este estudo mergulhou na figura da holding familiar, destacando a importância de identificar o perfil de investimento da família, identificar causas e soluções para conflitos futuros e proteger o patrimônio das futuras gerações. A pesquisa revelou várias vantagens, com destaque para economia de tributos e a possibilidade de preparar os herdeiros para assumir os negócios da família.

Além disso, a holding familiar permite a organização e direção da sucessão em vida, evitando conflitos entre legatários e economizando em impostos, despesas legais e tempo. Também facilita a separação da gestão da família das empresas operacionais, concentrando todas as decisões na holding.

O planejamento sucessório deve estar alinhado com a realidade da família e respeitar as regras do direito de família e sucessório. A sucessão legítima deve ser respeitada, considerando os herdeiros necessários e o regime de comunhão adotado pelo casal.

Por fim, a holding familiar é um modelo valioso para proteger o patrimônio familiar, proporcionando segurança financeira por meio dos lucros gerados pelo patrimônio investido. Representa uma opção sólida para empresários que desejam deixar um legado duradouro para as gerações futuras, desde que o planejamento seja feito de maneira adequada e em momentos oportunos.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Helena Martins do Rêgo. **O mercado de comunicações brasileiro no contexto da convergência: análise das estratégias da América Móvil e do Grupo Globo.** Disponível em: <https://educapes.capes.gov.br/handle/capes/626109>. Acesso em: 07/10/2023.

BERGAMINI, Adolpho. **Constituição de empresa holding patrimonial, como forma de redução de carga tributária da pessoa física, planejamento sucessório e retorno do capital sob a forma de lucros e dividendos, sem tributação.** Disponível em: <https://bergamini.adv.br/a-constituicao-de-empresa-denominada-holding-patrimonial-como-forma-de-reducao-de-carga-tributaria-da-pessoa-fisica-planejamento-sucessorio-e-retorne-de-capital-sob-a-forma-de-lucros-e-dividendos-sem/>. Acesso em: 08/10/2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08/10/2023.

BRASIL. **Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm#:~:text=LEI%20No%206.404%2C%20DE%2015%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201976.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20Sociedades%20por%20A%C3%A7%C3%B5es.&text=Art.%201%C2%BA%20A%20companhia%20ou,das%20a%C3%A7%C3%B5es%20subscritas%20ou%20adquiridas. Acesso em: 10/10/2023.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10/10/2023.

CFC, CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. NBC TG 00 (R2) – **Estrutura Conceitual, que dispõe sobre a estrutura conceitual para**

relatório financeiro. Disponível em: https://cfc.org.br/wp-content/uploads/2018/04/Publicacao_NBC_TG_COMPLETAS.pdf. Acesso em: 13/10/2023.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial. Vol. 1: direito de empresa.** 18^a ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar.** 10^a ed. Ver. E atual. São Paulo, Atlas, 2018.

PRADO, Roberta Nioac. **Aspectos relevantes da empresa familiar e da família empresária, governança e planejamento sucessório.** 2^a ed. Saraiva, 2018.

PRADO, Roberta Nioac. **Estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório.** São Paulo Saraiva, 2011.

TEIXEIRA, João Alberto Borges. **Holding Familiar: tipo societário e seu regime de tributação.** São Paulo, maio de 2007. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/82797>. Acesso em: 05/10/2023.

O EXERCÍCIO DO DIREITO À LAQUEADURA TUBÁRIA: A NOVA LEI E SEUS IMPACTOS SOCIAIS

*Layla Coelho Costa*¹⁹

*Débora dos Santos Silva*²⁰

INTRODUÇÃO

A laqueadura tubária, ou ligadura tubária, como é popularmente conhecida, é um procedimento de esterilização definitiva feminina, na maioria das vezes, irreversível. Trata-se de um procedimento cirúrgico considerado simples, que pode ser realizado pela via abdominal, vaginal e laparoscópica.

A técnica utilizada consiste na obstrução mecânica ou a ressecção parcial das trompas de Falópio, impossibilitando a junção dos gametas, limitando as chances de fecundação.

Dessa forma, a laqueadura tubária é um dos métodos contraceptivos de controle de natalidade utilizado em todo o mundo.

Especialmente no Brasil, a prática era proibida até meados de 1988, sendo possível, portanto, somente de forma clandestina, exceto em algumas situações pontuais de risco à vida. Já em 1996, o Ministério da Saúde transformou essa realidade, com a elaboração de regras para a realização de esterilização cirúrgica através do Sistema Único de Saúde (BRASIL, 1996).

Nesse interim, a prática da laqueadura tubária foi regulamentada pela Lei n. 9.263/1996, que estabelecia alguns requisitos necessários para a respectiva autorização (BRASIL, 1996).

Recentemente, algumas regras estabelecidas pela Lei n. 9.263/1996 foram alteradas através da nova Lei de n. 14.443/2022,

19 Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Unifaminas – Muriaé.
E-mail: coelhocostalayla@gmail.com.

20 Graduanda do Curso de Medicina do Centro Universitário Unifaminas – Muriaé.
E-mail: deborasantos1011@hotmail.com.

facilitando ainda mais o acesso de mulheres ao procedimento da laqueadura, o que será demonstrado veementemente no presente artigo (BRASIL, 2022).

Assim, o objetivo deste artigo é demonstrar todas as alterações trazidas pela nova Lei de Laqueadura Tubária, bem como os impactos sociais causados pela mesma no âmbito nacional. Além disso, utiliza-se de metodologia qualitativa, baseada na análise de textos legislativos e científicos pertinentes ao tema, e fornece dados obtidos junto aos principais órgãos de pesquisas populacionais.

1. DO PROCEDIMENTO DA LAQUEADURA TUBÁRIA, O PÓS-OPERATÓRIO E SUAS COMPLICAÇÕES

As trompas de Falópio são também denominadas como tubas uterinas e estas são essenciais para a reprodução, uma vez que unem o útero aos ovários. Dessa forma, são através das trompas de Falópio que ocorrem os encontros entre as células germinativas do homem e da mulher para iniciar a gravidez, uma vez que estas são as células que originam os gametas.

Logo, o procedimento da laqueadura tubária consiste na obstrução mecânica ou a ressecção parcial das trompas de Falópio, impossibilitando a junção dos gametas, limitando as chances de fecundação. Este pode ser realizado pela via abdominal, vaginal e laparoscópica e tem duração entre quarenta minutos e uma hora.

Além disso, vejamos algumas informações disponibilizadas no site da Secretaria de Atenção Primária à Saúde, que é vinculada ao Ministério da Saúde, na qual dispõe que:

Interessados em fazer laqueadura ou vasectomia pelo SUS devem procurar a Unidade Básica de Saúde mais próxima de sua residência e expressar a vontade de utilizar o método. Como pré-requisitos, a pessoa deve ter, no mínimo, dois filhos vivos ou 21 anos. Para as situações em que a laqueadura pode ser feita no

momento da cesariana, a lei estabelece o prazo de 60 dias entre a manifestação da vontade e o parto (SAPS, 2023).

Assim, o procedimento da laqueadura tubária é utilizado como método de contracepção definitivo, na medida em que, na maioria dos casos os resultados são irreversíveis, ou seja, a maior parte das mulheres que se submetem ao procedimento, não contam com a possibilidade de engravidar novamente.

Embora o procedimento seja considerado simples e seguro, com chances rasas de complicações, alguns problemas podem surgir após a sua efetivação, podendo ser de natureza física ou psicológica.

No que tange os problemas de natureza física após a realização do procedimento, dentre eles, podemos citar a possibilidade de gravidez ectópica, que “ocorre fora do útero, não tem chances de desenvolvimento e acaba sendo interrompida” (BERNARDEZ, 2023).

Gravidezes ectópicas podem se tornar fatais, especialmente se a trompa de Falópio se romper. Isso é chamado de gravidez ectópica rompida e pode causar sangramento grave, infecção e, às vezes, morte. É uma emergência médica que deve ser tratada rapidamente pelos profissionais de saúde (BERNARDEZ, 2023).

Por sua vez, no que tange aos problemas que podem surgir de natureza psicológica, podemos citar a depressão e o arrependimento, que ocorrem quando as mulheres não conseguem absorver a ideia de não serem mais férteis, em alguns casos, podem se sentir até mesmo menos femininas em razão da infertilidade, o que ocorre também em razão da pressão psicológica causada pela sociedade.

Isto posto, resta demonstrar a importância das disposições trazidas no inciso I do artigo 10 da Nova Lei de número 14.443/2022, que garante que seja assegurado às mulheres, o acompanhamento e

aconselhamento por equipe multidisciplinar no período estabelecido de 60 dias entre a manifestação expressa da vontade e a efetivação do ato cirúrgico (BRASIL, 2022).

Dessa forma, observamos que a equipe multidisciplinar descrita no artigo supramencionado é composta por psicólogo, assistente social e a equipe responsável pela cirurgia em si, ou seja, os médicos, enfermeiros e técnicos.

Em síntese, nota-se que, a mulher que opta por se submeter ao procedimento da esterilização voluntária, através da laqueadura tubária, ainda deve passar pelo aconselhamento da equipe multidisciplinar, com o intuito de que sua saúde psicológica permaneça estável mesmo após a realização do procedimento.

1.1 CONTEXTO HISTÓRICO DA LAQUEADURA TUBÁRIA NO BRASIL

No Brasil, o procedimento da laqueadura tubária aconteceu, por muitos anos, em um contexto de clandestinidade, na medida em que era considerado ato ilícito perante o Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940). Nesse cenário, a prática fora proibida até 1988, exceto em algumas situações pontuais de risco à vida da mulher (BRASIL, 1988).

Assim, não podemos olvidar o surgimento da Carta Magna de 1988, que consagrou como matéria constitucional os direitos reprodutivos, sendo o primeiro marco importante da história do procedimento no Brasil, uma vez que a falta de uma regulamentação era incessantemente imputada pelo movimento feminista (BRASIL, 1988).

Dado o exposto, é mister reconhecer que a promulgação da Constituição Federal e a positivação dos direitos reprodutivos, que além de importantes por si só, implicaram também na criação de novas políticas públicas para a efetivação de tais direitos.

Com isso, o conceito de planejamento familiar e a característica dada a ele de *status* constitucional de direito relacionado à família, foi

introduzido pela Constituição Federal no artigo 226, §7º, o qual dispõe que:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas [...] (BRASIL, 1988).

Posteriormente, com o advento da Lei nº 9.263/96, que dispõe sobre o direito ao livre planejamento familiar, restou cristalina a democratização do acesso aos diversificados métodos contraceptivos, tanto no sistema de saúde público, quanto na rede privada, visto que a segunda está sob controle regulamentar do primeiro (BRASIL, 1996).

Portanto, o sancionamento da Lei nº 9.263/96, em 12 de janeiro de 1996, foi o segundo marco importante da história do procedimento no Brasil (BRASIL, 1996). Sendo que, as regras que regulamentaram os parágrafos correspondentes à esterilização na supradita Lei, foram aquelas trazidas pela Portaria nº 144/97, estabelecidas pelo Ministério da Saúde para a realização da esterilização cirúrgica no SUS (BRASIL, 1997).

Nesse interim, os requisitos trazidos pela Portaria nº 144 foram estabelecidos da seguinte forma:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações:

I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação

da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;

II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro conceito, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

§ 1º É condição para que se realize a esterilização, o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes.

§ 2º É vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores.

§ 3º Não será considerada a manifestação de vontade, na forma do § 1º, expressa durante ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente.

§ 4º A esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia.

§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

§ 6º A esterilização cirúrgica em pessoas absolutamente incapazes somente poderá ocorrer mediante autorização judicial, regulamentada na forma da Lei. (BRASIL, 1997)

Isto posto, evidente que a referida Lei buscava desencorajar as mulheres para que não realizassem o procedimento da laqueadura tubária, estimulando-as a utilizarem os outros métodos contraceptivos menos invasivos, como exemplo, anticoncepcionais hormonais orais combinados; orais apenas de progestogênio; injetáveis com progestogênio (BRASIL, 1997).

Por conseguinte, tal perspectiva de que a Lei nº 9.263/96 teria engendrado obstáculos para a realização do procedimento, certamente surtiu efeitos, visto que “o decênio entre as Pesquisas Nacionais de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher (PNDS) de 1996 (BRASIL, 1996) e 2006 foi caracterizado pela diminuição da proporção de mulheres de 15 a 49 anos em união laqueadas, passando, nesse período, de 40,1% para 29,1%” (CAETANO, 2010).

Em suma, nota-se que, anteriormente ao advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil não oferecia qualquer regulamentação acerca do planejamento familiar, bem como não permitia a esterilização voluntária, na medida em que sua prática era considerada crime perante o Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940). Apenas em 1996 a situação crítica foi alterada, com a promulgação da legislação em saúde e direitos reprodutivos, qual seja, a Portaria nº 144 do Ministério da Saúde, expandindo o âmbito da legislação sobre planejamento familiar (BRASIL, 1996).

No entanto, tendo em vista a função social do Direito, que, para a sociologia, tem a sua origem nos fatos sociais, nos acontecimentos da vida em sociedade, o legislador pôde observar uma necessidade de alterações na Lei 9.263/96 (BRASIL, 1996). Posto isto, em 02 de setembro de 2022, algumas mudanças foram realizadas com o sancionamento da Lei nº 14.443, as quais serão demonstradas no próximo tópico (BRASIL, 2022).

2. A LEI Nº 14.443 DE 2 DE SETEMBRO DE 2022 E SEUS IMPACTOS SOCIAIS

Conforme demonstrado anteriormente, para que uma mulher possa exercer o seu direito à realização da laqueadura tubária, alguns requisitos devem ser observados, sendo que estes sofreram algumas alterações com o advento da nova lei, de número 14.443 de 02 de setembro de 2022 (BRASIL, 2022).

Nesse interim, se faz importante frisarmos que a nova lei foi elaborada pelo legislador ao observar as necessidades de alterações, sendo que as referidas necessidades se deram principalmente pela imputação do tema, incessantemente, pelo movimento feminista.

Isto posto, evidente que a Lei 9.263/97 auxiliou as mulheres no que tange o planejamento familiar e a alcançarem determinada autonomia reprodutiva. No entanto, as regras para realização da laqueadura tubária ainda demonstravam interferência na autonomia feminina, na medida em que, a necessidade de consentimento do cônjuge ou companheiro era apontada como uma desigualdade nas relações de gênero, com vinculação de subordinação das mulheres ao machismo e ao patriarcado (BRASIL, 1997).

Dessa forma, as principais alterações trazidas pela nova lei foram: fim à obrigatoriedade de aval do cônjuge para procedimentos de laqueadura e vasectomia, uma vez que revoga o parágrafo 5º do artigo 10 da Lei 9.263/97 (BRASIL, 1997); redução da idade mínima para a esterilização voluntária, de 25 para 21 anos; permissão à mulher a realização da esterilização cirúrgica durante o período de parto, vejamos, as disposições:

Art. 10: L- em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de 21 (vinte e um) anos de idade ou, pelo menos, com 2 (dois) filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de 60 (sessenta) dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso

a serviço de regulação da fecundidade, inclusive aconselhamento por equipe multidisciplinar, com vistas a desencorajar a esterilização precoce;

§ 2º A esterilização cirúrgica em mulher durante o período de parto será garantida à solicitante se observados o prazo mínimo de 60 (sessenta) dias entre a manifestação da vontade e o parto e as devidas condições médicas (...) §5º (Revogado)

Art. 3º Fica revogado o § 5º do art. 10 da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial. (BRASIL, 2022)

Nesse interim, a promulgação da nova lei com as principais alterações descritas acima, foram de extrema importância para um progresso na consolidação da autonomia feminina, atendendo aos anseios do movimento feminista.

Destarte, observa-se os impactos sociais provenientes das alterações trazidas com a Lei n.º 14.443/2022, sendo o principal deles ligado a área demográfica, pois, nota-se evidente crescimento nos números de esterilização voluntária e queda nos números de natalidade, conforme dados disponibilizados pelo Sistema de Informações Hospitalares do SUS (SIH/SUS) e pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Todavia, importante frisar que, a lei de planejamento familiar veta a aplicabilidade das ações de regulação da fecundidade para qualquer forma de controle demográfico (BRASIL, 2022).

Ademais, podemos observar os impactos causados no Sistema Único de Saúde, que se dá principalmente em razão dos custos de cada esterilização. Hodiernamente, conforme Tabela de Valores SUS, o valor repassado aos profissionais da medicina, por procedimento, se aproximam de R\$199,00 (cento e noventa e nove reais). Por sua vez, a esterilização após a cesárea se aproxima de R\$150,00 (cento e cinquenta reais).

Diante desse cenário, de acordo com o Conselho Federal de Medicina (CFM), os valores têm uma discrepância de mais de 1.000% em relação aos preços de referência de serviços médicos. Isto posto, a laqueadura custaria cerca de R\$2.700,00 (dois mil e setecentos reais), se fosse seguida a métrica usada em serviços particulares.

Dessa forma, ainda é possível observar um número elevado de recusas de realização do procedimento através do Sistema Único de Saúde. O que também pode ser justificado em razão da falta de estrutura ou de profissionais capacitados para a realização do procedimento, uma vez que se faz necessário a instalação hospitalar, sedação e leitos, além dos demais materiais. Ainda, na maioria das vezes, apenas um profissional não é o suficiente para a efetivação de cada esterilização.

Outrossim, em que pese todos os avanços trazidos pela nova lei, ainda é possível observar que a falta de informações ou a propagação de informações inverídicas é um dos principais motivos para que muitas mulheres optem por não realizar o procedimento, tendo em vista que acreditam na possibilidade de fácil reversão do procedimento ou acreditam que após cinco anos a esterilização será revertida.

Portanto, resta cristalino que a nova lei é extremamente importante para um progresso na consolidação da autonomia feminina, principalmente por eliminar o requisito de necessária autorização do cônjuge ou companheiro, desvinculando a subordinação das mulheres ao machismo e patriarcado. Contudo, ainda se faz necessária a propagação de informações verídicas, para que aquelas que desejam se submeter ao procedimento da laqueadura tubária, tenham acesso as devidas informações e outras medidas de contracepção feminina, afins de que sejam assegurados a elas os seus direitos trazidos pela Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, após a análise de todas as alterações trazidas pela nova lei de número 14.443/22 e alguns de seus impactos sociais, trouxe à tona diversos institutos que abordam a temática, tais

como a Constituição Federal de 1988, a Lei 9.263/97 e a própria Lei 14.443/22, dispondo sobre a implementação desta última diante da incessante busca pela autonomia feminina reprodutiva e alguns dos impactos sociais causados após a sua entrada em vigor (BRASIL, 2022).

Em suma, após a análise das informações descritas acima, pode-se concluir que, antes da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o Brasil não possuía nenhuma regulamentação sobre planejamento familiar e não permitia a esterilização voluntária, pois esta prática era considerada crime pelo Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940). Só em 1996, com a promulgação da legislação sobre saúde e direitos reprodutivos, nomeadamente a Ordem n.º 144 do Ministério da Saúde, é que esta situação sombria mudou, alargando o âmbito da legislação sobre planejamento familiar (BRASIL, 1996).

Contudo, levando em conta a função social do direito, que para a sociologia tem origem nos fatos sociais, nos acontecimentos da vida social, o legislador pôde observar a necessidade de alteração da Lei n.º 9.263/96 (BRASIL, 1996). Ou seja, no dia 2 de setembro de 2022, com a aprovação da Lei n.º 14.443, foram realizadas algumas alterações, que foram demonstradas veementemente no presente artigo (BRASIL, 2022).

Assim, após a análise das informações supracitadas, pode-se concluir que além do dever do Estado de prestar toda assistência para a promoção do efetivo exercício do direito à laqueadura tubária, deverá fornecer também à mulher que deseja submeter-se à realização do procedimento, todo o aconselhamento necessário, a ser realizado por equipe multidisciplinar, composta principalmente por psicólogo e assistente social, com o intuito de evitar os futuros arrependimentos e casos de depressão.

Dessa forma, é possível observar a relevância da nova lei de planejamento familiar e suas atualizações no âmbito nacional. Logo, a lei deve ser respeitada, amplamente divulgada e orientada, a fim de que as mulheres conheçam os seus direitos, o procedimento e possíveis consequências.

Por fim, resta cristalino que as alterações realizadas pelo legislador, em particular a eliminação da exigência de anuência explícita do cônjuge ou companheiro, constituem um marco para o movimento feminista que almeja maior autonomia para as mulheres e igualdade de gênero. Portanto, nota-se que a nova lei é extremamente relevante, bem como é mais uma conquista social para as mulheres.

REFERÊNCIAS

ABDALA, C. **A efetividade dos direitos reprodutivos: entraves ao exercício do direito à laqueadura tubária no sistema único de saúde e entes privados.** Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/233112/TCC%20FINAL.pdf?squence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 de set. 2023.

ALBERT E. **O que é gravidez ectópica?** Disponível em: <https://vidasaudavel.einstein.br/o-que-e-gravidez-ectopica/>. Acesso em: 10 de set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996.** Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em 19 de out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.443 de 02 de setembro de 2022.** Altera a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, para determinar prazo para oferecimento de métodos e técnicas contraceptivas e disciplinar condições para esterilização no âmbito do planejamento familiar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14443.htm. Acesso em 19 de out. 2023.

BRASIL. **[Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 19 de out. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Lei reduz idade para laqueadura e dispensa consentimento do cônjuge.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/09/05/lei-reduz-idade-para-laqueadura-e-dispensa-consentimento-do-conjuge>. Acesso em: 20 de set. 2023.

CAETANO, A. J. **Ascensão e queda da laqueadura tubária no Brasil: uma avaliação das pesquisas de demografia e saúde de 1986, 1996 e 2006.** In: XVII ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS POPULACIONAIS. Anais... Caxambu MG, 20-24 de setembro 2010.

COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Civil: Parte Geral. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

JUSBRASIL. **A Função Social do Direito.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-funcao-social-do-direito/450535880>. Acesso em: 10 de set. 2023.

IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/>. Acesso em: 20 de set. 2023.

DATASUS. Ministério da Saúde DATASUS. Disponível em: <https://datasus.saude.gov.br/>. Acesso em: 20 de set. 2023.

MEDWAY. **Laqueadura tubária: saiba mais sobre o procedimento.** Disponível em: <https://www.medway.com.br/conteudos/laqueadura-tubaria-saiba-mais-sobre-oprocedimento/>. Acesso em 10 de set. 2023.

SAPS. Idade para realização de laqueadura e vasectomia passa de 25 para 21 anos. Disponível em: <https://aps.saude.gov.br/noticia/20716>. Acesso em: 20 de set. 2023.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO, ENTRE DIREITOS E DEVERES

Lucas Milani Silva²¹

Kézia Odette Ferreira Perry²²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca por meio de uma pesquisa qualitativa, utilizando-se de casos concretos ocorridos nos sistemas jurídicos dos Estados Unidos, da Europa, e do Brasil discorrer sobre os pontos marcantes entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio, focando nos principais pontos, e demonstrando por meio de casos práticos até que ponto podemos utilizar de um direito, qual seja, a liberdade de expressão e até que ponto ele é limitado pelos demais direitos existentes em nossa sociedade.

O foco deste trabalho é demonstrar a fundamentalidade do direito de liberdade de expressão, bem como identificar por meio dos casos práticos sobre qual doutrina mais influenciou o Brasil, além e fazer uma breve crítica a cada ponto específico e determinado de cada teoria em questão.

1. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO NOS ESTADO UNIDOS DA AMÉRICA

Conforme seu contexto histórico, e devido a sua imensa relevância política e econômica, os Estados Unidos tornam-se cada vez mais influenciadores dos demais países que são governados por

21 Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Faminas – Muriaé. E-mail: lucasmilani6546@gmail.com.

22 Graduada no Curso de Direito do Centro Universitário Faminas – Muriaé. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal Pelo Instituto Século XXI. Assessora de Juiz no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: kezia.ferrera@gmail.com.

uma democracia, haja vista sua imensa luta contra seus colonizadores por sua própria liberdade.

Hoje, sabe-se que o sistema de democracia norte americano é um exemplo a ser seguido. No país foco do estudo deste trabalho, a liberdade de expressão é amplamente difundida, sendo alvo da primeira emenda feita ao texto constitucional original, promulgado no ano de 1787.

A saber, o texto da 1ª emenda diz que:

O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas – tradução do autor (ROMANO, Rogério).

A referida emenda faz pontuações bem claras quanto a limitação do Congresso Norte Americano em atuar na regulamentação e a limitação de liberdade de expressão, ou da imprensa, além de outras proibições específicas no que diz respeito à religião, à reunião. Entretanto, ainda que de forma muito importante para a democracia, foquemos na temática central do trabalho, qual seja a liberdade de expressão.

Para demonstrar na prática a aplicação da emenda constitucional supracitada, passemos à análise de casos práticos que serviram como *standards* para os demais.

1.1 CASO BRANDENBURG VS. OHIO

Como é sabido, o sistema constitucional norte americano é o sistema *common law*, ou seja, um sistema que se utiliza de casos semelhantes, para criar precedentes sobre determinadas temáticas

e aplicá-las aos casos que de certa forma se assemelham a um entendimento já pacificado pelos tribunais do país.

Um dos casos determinantes e paradigmáticos para os americanos foi o caso *Brandenburg vs. Estado de Ohio*, ocorrido no ano de 1969, sendo um divisor de águas nos limites para a liberdade de expressão.

No caso em estudo, Clarence Brandenburg, residente no estado de Ohio, era líder do grupo extremista Ku Klux Klan, convidou um repórter local para acompanhar uma das reuniões de sua ceita, que, entre outros assuntos, proferiu palavras de preconceito e discriminação contra negros, judeus e até mesmo contra o Congresso Nacional, e o Presidente da República, pelo fato de estarem “favorecendo” outras raças. Vale destacar que o discurso foi feito na zona rural de Ohio, fator determinante para o caso.

Pois bem, o discurso repercutiu e Clarence Brandenburg foi a julgamento, sendo em 5 de dezembro de 1966, condenado Tribunal de Apelações Comuns do Estado Ohio. Como já era de se esperar, o Senhor Brandenburg, recorreu ao Tribunal de Apelações do Primeiro Distrito de Apelação de Ohio, em 16 de fevereiro de 1968, tendo seu recurso indeferido, buscando assim Supremo Tribunal de Ohio, o qual rejeitou também seu recurso. Fazendo com que o caso chegasse a Suprema Corte Americana.

Ao analisar a situação concreta, a suprema Corte decidiu por inocentar Brandenburg, haja vista que seu discurso foi proferido no interior do Estado de Ohio, e não possuía capacidade de disseminar um perigo real e iminente para a população, sendo assim abarcado pelas garantias existentes na 1ª Emenda da Constituição Americana, citada anteriormente.

De forma tal, criou-se a Teoria do Perigo Real e Iminente, ou “*clear and present danger*” teoria responsável por mudar os paradigmas da aplicabilidade da 1ª Emenda, e firmar um dos maiores precedentes, se não o maior precedente, da liberdade de expressão norte americana.

1.2 TEORIA DO PERIGO REAL E IMINENTE

Como já dito, a Teoria do Perigo Real e Iminente busca valorizar ao máximo a liberdade de expressão, possibilitando que praticamente todas as ideias sejam trazidas ao debate, por mais abomináveis e aterrorizantes que essas ideias possam parecer, como correu no caso que a originou, em que membros de uma ceita proferem discursos de ódio de forma livre.

De forma a exemplificar, tal como trazido nas mais diversas obras sobre o tema, um cidadão proferir palavras racistas, sexistas, ou de qualquer outro cunho que seriam claramente rechaçadas, só poderá ser punido se, por meio de seu discurso, ele conseguir trazer perigo real e iminente para uma pessoa, ou um grupo de pessoas. Outro exemplo, é aquele que, em meio a um teatro lotado, grita “corram, o teatro está em chamas”, este não será abarcado pela teoria por nos citada, uma vez que, seu discurso, ainda que breve, expos todos dentro do teatro ao perigo real e iminente, qual seja, o risco de todos os que tentaram evadir-se rapidamente do local de sofrem algum dano.

1.3 CASO PARKER VS. LEVY

Um caso paradigmático, que teve um desfecho diferente do caso *Brandenburg vs. Ohio*, é o caso *Parker vs. Levy*.

No presente caso, o médico Dr. Howard Levy, ocupando o posto de capitão do exército dos Estados Unidos, no ano de 1974, proferiu o seguinte discurso aos seus recrutas, em especial aos recrutas negros, enquanto eles estavam no forte Jackson, no estado da Carolina do Sul

Os EUA estão errados ao se envolverem na Guerra do Vietnã. Eu me recusaria a ir ao Vietnã se assim me ordenassem. Não vejo motivos para qualquer soldado de cor ir para o Vietnã: eles deveriam se recusar a ir para o Vietnã e, se enviados, deveriam

se recusar a lutar porque são discriminados [...] nos EUA e [...] no Vietnã [...] Se eu fosse um soldado de cor e fosse enviado, me recusaria a lutar. O pessoal das Forças Especiais é mentiroso, ladrão e assassino de camponeses e assassino de mulheres e crianças. (LYND, 1975, p.182 – tradução do autor).

Perante o discurso do autor, e por ser um membro das Forças Armadas, diga-se de passagem, um membro do alto escalão, pois ocupava a patente de capitão, Dr. Howard infringiu normas do código de conduta dos membros das forças armadas, praticando atos não sendo abarcados pelo texto da 1ª emenda, uma vez que, por meio de suas palavras havia o perigo real e iminente de deserção e revolta por parte dos soldados negros que estavam presentes naquele momento.

Em situação tal, Dr. Levy foi julgado pela Corte Marcial, sendo condenado, recorrendo a Suprema Corte e tendo a corte decidido por maioria pela manutenção da condenação em decorrência do ambiente militar ao qual o discurso foi proferido.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO NA VISÃO EUROPEIA

De forma diametralmente oposta ao que vemos na cultura Norte Americana, apresenta-se a escola europeia sobre a visão da liberdade de expressão.

Em diversos países como a Alemanha, Áustria, Bélgica, França, entre outros, o simples fato de negar o acontecimento do holocausto é considerado como crime, não sendo o ato, de forma alguma considerado como amparado pela liberdade de expressão, tendo o direito penal, braço forte de todos os sistemas jurídicos, o direito de punir, por meio do Estado, aqueles que praticam tal ato negacionista.

2.1 CASO DAVID IRVING

Um caso famoso envolvendo a cultura negacionista foi o caso David Irving, um historiador inglês conhecido por sua cultura negacionista do holocausto.

Por meio de suas obras, tais como *Hitler's War* (A Guerra de Hitler – em tradução livre), datada do ano de 1977, Irving buscava suavizar a imagem do líder nazista Adolf Hitler, chegando a pontuar que o *Führer* não sabia dos planos finais para os judeus, bem como negou que as mortes ocorreram por meio das câmaras de gás.

Buscando fundamentar suas afirmações, o suposto historiador manipulava os fatos históricos para tentar amenizar a situação do líder do movimento que matou mais de 6 milhões de judeus.

Cabe destacar que Irving já havia sido acusado em diversos países da União Europeia, como a Grã-Bretanha e a Alemanha, mas foi na Áustria que o suposto historiador teve sua pena mais severa aplicada.

Tal punição foi decorrente de um discurso feito por Irving, em território austríaco, no ano de 1989. No ano de 2006, enquanto se dirigia a um encontro da extrema direita, o inglês detido, sendo julgado e pelo tribunal austríaco a 3 anos de prisão, além de uma multa considerável pelos atos praticados.

No Tribunal, o réu reconheceu que errou ao negar as câmaras de gás, mas não retroagiu e reconheceu seu erro em relação as falas de negar o holocausto, tentando assim, amenizar sua pena, sem abandonar os ideais pelos quais ele ficou conhecido.

O fato da condenação gerou muitas críticas ao tribunal austríaco, uma vez que, Irving se considerava um mártir, por achar que sua punição era severa demais, tendo um forte caráter pedagógico para com todos aqueles que buscassem praticar atos análogos.

Além do que, parte da comunidade acadêmica acreditava que Irving deveria ser derrotado com argumentos e não com medidas judiciais, conforme alegou o sociólogo Christian Fleck. O ato de sua

condenação o tornou uma figura central da discussão sobre liberdade de expressão.

2.2 CASO DEBORAH LIPSTADT VS. DAVID IRVING

Deborah Esther Lipstadt é uma escritora e historiadora americana, que nasceu na cidade de Nova York no ano de 1974.

Deborah passou a ser uma figura central nos fatos que dizem respeito ao holocausto, de forma a ser reconhecida de forma ampla no ano de 1993, quando publicou sua obra “Denying the Holocausto: The Growing Assault on Truth and Memory” – em tradução livre ‘Negando o Holocausto: O Crescente Ataque à Verdade e à Memória’.

Nesta obra, a escritora aborda diversos autores que nitidamente negavam o holocausto, ou que de forma explícita tentavam minimizar os atos de barbárie praticados pelo regime nazista, que de forma direcionada, voltavam-se contra a comunidade judaica.

De forma surpreendente, após publicar sua obra, no ano de 1996, a escritora foi processada pelo inglês David Irving, o qual já citamos um caso paradigmático neste artigo. De forma suscitam, Irving processou a escritora por difamação pelo fato dela ter abordado as teorias negacionistas do autor inglês.

Pois bem, frente a tal situação a escritora viu-se diante de um caso de extrema delicadeza, uma vez que, se ela se apresenta apenas as prova de existência do holocausto em juízo para provar sua inocência, estaria sendo julgado ali a existência ou não dos atos nazista e da ocorrência do holocausto, dando ainda mais argumentos e munições para todos os negacionistas e apoiadores do neonazismo, movimento, diga-se de passagem, em ascensão em várias partes do mundo.

De forma brilhante, a equipe jurídica de Deborah, conjuntamente com a equipe jurídica da editora *Penguin Books*, editora responsável pela publicação da obra da escritora, buscaram se defender atacando apenas as afirmações manipuladas de Irving. Eles, atacavam todas as referências bibliográficas e pontos apontados pelo próprio escritor

em suas obras, demonstrando em juízo a clara e visível manipulação de dados por parte dele, buscando sempre fundamentar sua argumentação bárbara.

Dessa forma, após inúmeras sessões de julgamento, no ano de 2000, Irving foi condenado, tendo sua apelação negada em 2002, sendo declarado como falido, pois não conseguiu arcar com as despesas processuais que giraram na casa dos 2 milhões de libras.

Tal caso repercutiu na esfera de defesa dos direitos humanos, haja vista que a equipe jurídica da acusada conseguiu descaracterizar as afirmações do escritor inglês, sem discutir nitidamente a existência a existência ou não do holocausto, servindo de base para a construção de *standards* sobre a liberdade expressão, materializada por meio de obras literárias, e o revisionismo descabido.

Além do mais, ficou claro para todos os presentes no julgamento, e aqueles que de certa forma acompanhavam os fatos, que David Irving era puramente racista e que utilizava da literatura e da distorção de fatos históricos para externalizar seu lado mais sóbrio, disfarçando-o de produção artística literária.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO NO CENÁRIO BRASILEIRO

Historicamente, o Brasil é um país que tem como cultura importar alguns institutos diretamente da legislação estrangeira, outras vezes, nos espelhamos em ordenamentos jurídicos alienígenas para criar nossas próprias leis.

De forma tal, no tocante à liberdade de expressão e o discurso de ódio, poderemos observar, assim como nos casos apresentados na explanação sobre a doutrina norte americana e a doutrina europeia, a qual corrente nosso país tendencia.

3.1 CASO ELLWANGER

Siegfried Ellwanger Castan, descendente de alemães, nascido no ano de 1928, foi uma figura central na discussão da liberdade de expressão e do discurso de ódio no Brasil.

Ellwanger era residente em Porto Alegre, no Rio Grande do Sul e por meio de uma empresa de sua propriedade, a Revisão Editora LTDA., fazia a divulgação e distribuição contínua de obras com claro teor revisionista da história, em especial, seu foco era o revisionismo da história nazista, em especial da ocorrência do holocausto judeu.

Por meio de sua editora, Ellwanger publicou obras com conteúdo antissemita, como *‘Os protocolos dos sábios de Sião’* e *‘Minha Luta’* que claramente tem seu conteúdo voltado ao antissemitismo. Além disso, o escritor gaúcho também publicou obras de sua autoria, como *‘Acabou o Gás !; O fim de um mito’* de sua autoria, com um conteúdo tão preconceituoso como as obras escritas no cenário internacional.

É interessante mencionar que, de forma análoga ao historiador David Irving, Ellwanger também negava a utilização das câmaras de gás durante o trágico evento, demonstrando assim, a proximidade de ideias dos negacionistas sobre fatos historicamente comprovados das mais diversas formas, sejam elas testemunhos de sobreviventes, documentos da época (ainda que poucos, pois foram destruídos em sua maioria pelos nazistas) ou estruturas arquitetônicas dos campos de concentração.

Diante das inúmeras publicações com tal conteúdo, o Ministério Público ofereceu denúncia contra o escritor, no ano de 1995, o escritor foi absolvido pela acusação do crime de racismo, em primeira instância, foi interposto recurso, e mantido a absolvição, com a ressalva da vedação da distribuição de seus livros.

Entretanto, no ano de 1996, dias após sua condenação e proibição da venda dos livros, Ellwanger foi flagrado vendendo seus livros antissemitas em uma feira do livro na cidade de Porto Alegre. Nesta nova denúncia, o escritor foi condenado a quase dois anos de

reclusão por seu ato se enquadrar no artigo 20, da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, denominada popularmente como “Lei Antirracismo”.

É forçoso ressaltar que, a pena de reclusão foi convertida em prestação de serviços à comunidade. Mesmo assim, Ellwanger optou por recorrer da decisão, sendo impetrado no Supremo Tribunal Federal, via Habeas Corpus nº 82.424.

A defesa de Ellwanger sustentava que os atos do escritor não se enquadravam na lei antirracismo, haja vista que, os judeus não são uma raça, mas sim um povo.

Ao ser acolhido na Suprema Corte do Brasil, se iniciaram os debates sobre a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e a dignidade da pessoa humana, em especial a dignidade do povo judeu. Após acaloradas fundamentações, o Habeas Corpus foi rejeitado, por 8 votos a 3, sendo o recurso do escritor, negado.

Tal caso foi fundamental para o Brasil, uma vez que, criou nosso maior precedente em relação aos limites da liberdade de expressão e a possibilidade dos praticantes de discurso de ódio de disfarçá-lo com os arcabouços constitucionais do art. 5º de nossa Carta Magna.

3.2 CASO “MONARK”

No dia 08 de fevereiro de 2022, tivemos um caso extremamente emblemático em nosso país envolvendo a temática da liberdade de expressão e o discurso de ódio.

Neste dia fatídico, o apresentador Bruno Aiub, conhecido popularmente como “Monark”, juntamente com seu companheiro de trabalho Igor Coelho, conhecido como “Igor3k”, faziam a entrevista de dois deputados federais Kim Kataguirí, integrante do partido DEM-SP, e a deputada Tábata Amaral PSB-SP, cada qual com sua ideologia, sendo o deputado caracterizado como “liberal” e a deputada mais alinhada a ideologia da chamada “esquerda”, aliada a ideais socialistas.

Em determinando momento da entrevista, diga-se de passagem longa, o apresentador Monark sugeriu que dentro dos parâmetros da

liberdade de expressão, em consonância com a liberdade conferida àqueles que se alinham ao pensamento do comunismo e outros demais partidos considerados como de “esquerda radical”, no Brasil deveria haver a possibilidade de serem criados partidos legalmente nazistas, alinhados ao pensamento de Hitler.

Seu ponto de vista foi reforçado pelo deputado Kim Kataguiri, que chegou a dizer que a Alemanha errou ao criminalizar a condutada daqueles que negam a ocorrência do holocausto.

Pois bem, tal fala ainda não repercutiu efeitos jurídicos diretos sobre o apresentador e o deputado. Contudo, prontamente a reação da sociedade foi notoriamente mais severa do que qualquer julgamento. De início, o apresentador foi afastado de sua própria empresa, o Flow Podcast, considerado o maior programa de entrevistas do YouTube no Brasil, rendendo receitas milionárias para seus integrantes. Outra sanção foi o desligamento de inúmeros patrocinadores de todas as marcas relacionadas a empresa, impactando diretamente nos rendimentos.

Além disso, Monark também foi impedido recentemente de voltar a produzir novos conteúdos na plataforma de vídeos YouTube, plataforma na qual seu antigo programa era exibido.

Outrossim, ele e o deputado Kim Kataguiri estão sendo investigador pela Procuradoria Geral da República, que solicitou a ambos o esclarecimento de suas falas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante os casos emblemáticos expostos, podemos concluir que nitidamente o Brasil se alinha ao posicionamento da Europa, com sutis toques da influência dos Estados Unidos.

De fato, se as falas do apresentador Bruno Aiub e do deputado Kim Kataguiri fossem proferidas em quaisquer dos países que criminalizam a prática do negacionismo do nazismo, fatalmente ambos sofreriam sanções similares as impostas ao historiador David Irving.

De toda forma, o Brasil não dá liberdade total aqueles que se encontram em seu território para proferirem qualquer palavra sobre o manto da proteção da liberdade de expressão, por exemplo, se o caso *Brandenburg vs. Ohio*, tivesse ocorrido em nosso território, fatalmente o senhor Clarence Brandenburg seria enquadrado no art. 286 do Código Penal de 1940, uma vez que, claramente ele incita os membros da ceita a se rebelarem contra o governo e seus membros, além de serem enquadrados na chamada “Lei Antirracismo”, Lei nº 7.716/1989, em seu artigo 20, pois ele claramente incita os membros da Ku Klux Klan a manifestarem seu ódio em relação aos negros e judeus.

Entretanto, as falas de Monark não foram enquadradas em nenhum desses dois dispositivos normativos, pois faltaram elementos constitutivos do tipo penal que as caracterizassem como qualquer dos crimes existentes em nosso Código Penal. Como já citado, as sanções da sociedade civil foram muito mais severas do que qualquer pena possível de ser aplicada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

É fundamental ressaltar que a liberdade de expressão é um dos pilares de uma sociedade verdadeiramente democrática. Entretanto, não podemos pautar falas e atitudes extremamente violentas e aviltantes sob esse pilar. Tais atitudes são extremamente nocivas e antidemocráticas, uma vez que, tem o potencial de calar as minorias por meio do medo, medo de serem rechaçadas, medo de verem seus direitos e garantias sendo escoadas por um caminho sem volta, onde um discurso de ódio será totalmente encoberto por um falso véu de liberdade.

REFERÊNCIAS

FERNANDES, Jorge Almeida. **Negacionista David Irving condenado a três anos de prisão.** Público. Acesso em: < <https://www.publico.pt/2006/02/21/jornal/negacionista-david-irving-condenado-a-tres-anos-de-prisao-64749>>. Acesso em: 01 de março de 2022.

IRVING, David Irving. **O mais importante negacionista da Europa, agora diz acreditar no genocídio, mas pega 3 anos de prisão.** Folha de São Paulo. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2102200601.htm>>. Acesso em: 01 de março de 2022.

LYND, Staughton. Brandenburg v. Ohio: A Speech Test for All Seasons? In: University of Chicago Law Review, v. 43, issue 1, article 34, 1975

Negar Holocausto é crime em vários países europeus. Folha de São Paulo. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2102200602.htm>>. Acesso em 02 de março de 2022.

PREVIDELLI, Fábio, **O PERIGO DO NEGACIONISMO: DEBORAH LIPSTADT TEVE QUE PROVAR NA JUSTIÇA A EXISTÊNCIA DO HOLOCAUSTO.** Aventuras na História. Disponível: < <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/deborah-lipstadt-historiadora-que-teve-provar-justica-que-holocausto-existiu.phtml>>. Acesso em 02 de março de 2022.

QUEIROZ, Watachos Arrivabene de Freitas. **Liberdade de expressão e o caso Brandenburg vs. Ohio: a evolução da teoria do perigo real e iminente nos julgados da Suprema Corte dos EUA. 2019.** 39 f. Monografia (Graduação em Direito) - Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019.

ROMANO, Rogério Tadeu, A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1 À CONSTITUIÇÃO AMERICANA E UM CASO CONCRETO. Jus.com.

br. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/83357/a-emenda-constitucional-n-1-a-constituicao-americana-e-um-caso-concreto>>. Acesso em: 01 de março de 2022.

Resumo: o caso Ellwanger. Ensaios e Notas. Disponível em:< <https://ensaiosnotas.com/2018/05/23/resumo-o-caso-ellwanger/>>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2022

SANTOS, Luiz Felipe, **Caso Monark: Veja em quais situações alguém pode ser ‘demitido’ da própria empresa.** Jovem Pan. Disponível em: < <https://jovempan.com.br/noticias/economia/caso-monark-veja-em-quais-situacoes-alguem-pode-ser-demitido-da-propria-empresa.html>>. Acesso em 02 de março de 2022.

O IMPACTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DA AUTOMAÇÃO NO CAMPO DE DIREITO

Fabiane Cristina Pereira²³

INTRODUÇÃO

A evolução da Inteligência Artificial (IA) significa uma profunda transformação que tem deixado um marco em diferentes setores da sociedade, inclusive no campo do Direito. A inserção da IA no sistema jurídico visa aprimorar de maneira significativa sua eficiência e eficácia, enquanto reduz custos e torna mais democrático o acesso aos processos de justiça.

A IA vem sendo aplicada em diferentes áreas jurídicas, a exemplo, na identificação de padrões em processos legais e, na análise de dados que embasam tomadas de decisão importantes. Embora apresente inúmeros benefícios, o uso da IA no sistema judiciário requer um criterioso cuidado em torno de questões éticas e morais.

O uso da IA pode representar um forte impacto na vida das pessoas, como por exemplo definir a concessão ou negação de liberdade condicional. Neste sentido, faz-se necessário que seu uso seja realizado alinhado com veemência aos direitos humanos fundamentais.

Este artigo teve por objetivo, compreender o impacto da inteligência artificial e da automação no campo do Direito, com foco no cenário brasileiro. Quanto ao método trata-se de uma revisão de literatura que teve como base de dados as plataformas Google Acadêmico e Scielo, leis, e demais documentos oficiais relacionados a jurisdição relacionada. Os descritores utilizados foram: Automação, Inteligência Artificial, Direito. Quanto aos critérios de inclusão foram selecionados artigos publicados nos últimos dez anos em língua

²³ Graduanda em Direito no Centro Universitário Faminas-Muriaé.

inglesa e portuguesa, e excluídos os demais que não respeitassem o período elencado.

1. TECNOLOGIA ARTIFICIAL E AUTOMAÇÃO NO CAMPO DO DIREITO

Historicamente, a inteligência artificial (IA) começou a se desenvolver no século XX. Após a Segunda Guerra Mundial. Estudiosos e pesquisadores começaram a investigar as possibilidades de se criar máquinas que realizassem tarefas que exigissem inteligência humana.

No ano de 1943 foi realizado o primeiro trabalho que envolve a IA, desenvolvido por Warren McCulloch e Walter Pitts. a proposta desta pesquisa científica era a criação de um modelo de neurônios artificiais. A base da pesquisa teve como alicerce três pilares, o conhecimento da filosofia básica relacionada com a função dos neurônios do cérebro; o estudo formal da lógica proposicional desenvolvida por Russell/Whitehead; e, a teoria computacional de Turing (FREITAS; FREITAS, 2020).

Para discutirmos o uso da IA, precisamos analisar seus benefícios e também suas limitações, no intuito de compreender seu funcionamento. Inicialmente a IA é uma área da computação que para criar sistemas capazes de realizar tarefas que demandam habilidades humanas, se utilizam dos algoritmos. Os algoritmos são utilizados em programas de computador por várias organizações para a tomada de decisões e alocação de recursos a partir de grandes conjuntos de dados. Os algoritmos da IA, possuem técnicas específicas para a construção de sistemas capazes de agir racionalmente perante situações específicas (RUSSELL; NORVIG, 2010).

Essa alta tecnologia está presente em sistemas que possuem a capacidade de se comunicar conosco na nossa linguagem, como os auxiliares pessoais dos nossos celulares ou até mesmo perceber e interpretar o mundo, no reconhecimento de imagens realizado pelos carros autônomos. Para discutirmos o uso da IA, seus benefícios e suas limitações, devemos antes entender o seu funcionamento. A IA é

uma área da computação voltada a desenvolver algoritmos e sistemas capazes de realizar tarefas que demandam habilidades associadas à inteligência humana. Dentre os exemplos mais conhecidos do uso da IA, encontramos a capacidade de poder se comunicar conosco na nossa linguagem, como os assistentes pessoais dos nossos celulares ou perceber e interpretar o mundo, como no reconhecimento de imagens realizado pelos carros autônomos (GARCIA, 2020).

A mesma autora analisa que, o emprego de técnicas de IA tem a capacidade de fazer com que a máquina possa planejar sequências de atividades para alcançar metas, ter raciocínio para solucionar problemas complexos, como os sistemas utilizados em diagnóstico médico. A máquina então, será capaz de aprender o passo a passo da tarefa programada, um algoritmo, no mesmo processo em que o ser humano aprende dos livros. Outra forma de *performance* do aprendizado de máquina, se dá por meio de programar o computador em cada etapa do processo, por meio de instruções fornecidas de como aprender a partir de exemplos e dados. Deste modo, as máquinas podem ser usadas para tarefas novas e complicadas sem serem programadas manualmente com o passo a passo de solução. Ela conta com o histórico de soluções do padrão do problema e qual deve ser o processo de solução (GARCIA, 2020). A evolução da inteligência artificial inicialmente era um domínio com objetivos acadêmicos e voltado para a pesquisa. Dada sua alta eficiência, foi aos poucos sendo adotada, de forma abrangente, em diversos setores da sociedade, como finanças, saúde, educação, construção, direito, etc (ROSSELL, 2013).

Quanto a algumas características técnicas do uso da IA, uma das áreas de aplicação mais utilizadas é o *Machine Learning*, que possibilita o desenvolvimento de sistemas com habilidades para apreender e aprimorar conhecimentos por meio de experiências sem que tenham sido programados para tal finalidade. Isso quer dizer que, os sistemas são capazes de detectar, entender e aprender com os dados que analisa. O sistema ainda se adapta e continua aprendendo na medida em que as informações vão sendo por ele acumuladas (TACCA; ROCHA, 2018).

Os autores reiteram que, outras tecnologias como o Natural Language Processing permitem que os computadores analisem, entendam e concluam baseados na fala. Destaforma, as traduções, análises de sentimentos, por exemplo, são o espectro de suas aplicações. Contudo ressalta-se a tecnologia *Deep Learning*, que encontra-se num nível mais sofisticado. Esse sistema tem a capacidade de englobar a percepção e a assimilação de múltiplos e complexos comportamentos e padrões. Age de maneira intuitiva e, descobre táticas para solução dos problemas que comparadas as conquistas humanas estas levaram um longo período de tempo para aperfeiçoar. Diante destas especificações, a IA está apta a apresentar resultados confiáveis relacionadas ao campo do Direito, assemelhando-se de maneira precisa com tarefas desempenhadas pelos seres humanos (TACCA; ROCHA, 2018). Nos Estados Unidos, sistemas de IA, são utilizados por boa parte de escritórios advocatícios para analisar documentos, redigir contratos, realizar pesquisas jurídicas, e prever resultados. Dentre as vantagens do uso de tal tecnologia, está a maior rapidez, precisão e qualidade na realização de trabalhos muitas das vezes repetitivos. Essa agilidade tem feito com que cada vez mais escritórios invistam em sua implementação. Conforme uma pesquisa realizada pela CBRE, em Londres, em torno de 48% dos escritórios advocatícios utilizam sistemas de IA e 41% pretendem começar a usar (NUNES; MARQUES, 2018).

Diante do exposto, a implementação da IA no campo do Direito, suscita discussões em torno das garantias fundamentais e direitos da personalidade. São incontestáveis os benefícios das novas tecnologias uma vez que, passaram a permitir maior fluidez de informação e ampliaram as possibilidades de liberdade de expressão. Em suma, o desenvolvimento e a implementação de tecnologias de IA proporcionou efeitos que, não podem mais ser compreendidos apenas no viés quantitativo mas, implicam uma mudança na subjetividade das relações entre as pessoas e a tecnologia. Possibilitam no ramo do Direito, a automatização da tomada de decisão em diversas situações

complexas, destinados a manter eficiências muito próximas daquelas realizadas por humanos (DONEDA *et al.*, 2018).

Quanto à automação, esta trata-se de um fenômeno do mundo contemporâneo. Surge como consequência natural dos processos da modernidade, que atinge diferentes países ao redor do mundo, devido a globalização. Ainda antes desses processos evolutivos se consolidarem, a Constituição da República Federativa do Brasil (1988), já trazia em seu conteúdo a preocupação, ainda incipiente, com a forma com que a automação poderia futuramente atingir as relações de trabalho, de forma que haveria de se encontrar maneiras de não se perder os valores sociais do trabalho, que sempre foi o pilar do Estado Democrático de Direito (DE AMORIM MACHADO, CORTÊS, 2020).

Neste aspecto, o irrefutável impacto das ações jurídicas sobre a sociedade, fez com que, a tecnologia passasse também a compor os tramites do Direito brasileiro. A exemplo temos a informatização de processos judiciais, com o credenciamento de assinaturas eletrônicas, a criação de Diário de Justiça Eletrônico e a realização de citações, intimações e notificações por meio eletrônico, de acordo com a Lei nº 11.419 de 2006 (BRASIL, 2006).

Deve-se também ressaltar que, o novo Código de Processo Civil (CPC) também reservou uma seção para tratar da prática eletrônica de atos processuais, dispondo sobre os princípios que os fundamentam, dentre estes, a publicidade dos atos, a independência da plataforma computacional, a universalidade e a acessibilidade dos sistemas (GRINOVER; MARCATO; PEREIRA FILHO; PEREIRA FILHO, 2015).

Um fato que merece destaque é que quanto a automação no campo do direito, o Brasil é um dos países que possui maior número de advogados no mundo São aproximadamente mais de 1,1 milhão de profissionais (MARQUES, 2019). Contudo, apesar da utilização da IA na seara do direito ainda esteja em processo de expansão, quando comparada outras áreas do conhecimento, já é possível visualizar mudanças já que, os grandes escritórios de advocacia começaram a compreender as vantagens da IA, e tem realizado investimentos nessa área. No entanto, a complexidade destes sistemas, exigem a

solidificação de um programa inteligente que ofereça eficaz suporte a Decisão Judicial distinguindo categoricamente a racionalidade, da onisciência e o aprendizado, que possibilita transformar informação em conhecimento (ROSSELL, 2013).

As três categorias citadas por Rossel (2013), no uso da IA: racionalidade, onisciência e aprendizado, definem as habilidades exigidas para seu manejo. A racionalidade é o critério de sucesso, no qual as ações executadas pelo agente artificial tem desempenho elevado, tanto quanto o do outro agente humano para executar de forma eficaz a tarefa determinada (REZENDE, 2003). A onisciência é compreendida como a capacidade - de todos saber. O agente que possui essa capacidade de saber todos os resultados possíveis de suas ações, tem condições de agir, baseado em seu conhecimento. No entanto, esse conceito de onisciência é impraticável na realidade. Uma vez que, é preciso compreender que a inteligência artificial aplicada a algum ramo da sociedade, como o Direito, não pode haver a pretensão de ser onisciente. O terceiro e último fator, o aprendizado conforme Whitby (2004, p. 47): “o conhecimento humano é uma coisa complexa. É frequentemente produto da experiência, em vez de simples aprendizado”. Tal constatação nos alerta sobre o fato de se imaginar que a IA possa ser agregada a estrutura do sistema parcial do direito apenas como um sistema que comporte a entrada de dados (*inputs*) ou por dedução, produza informação (*outputs*) que é advinda da tomada de decisão. Em consequência, o agente inteligente deve estar capacitado não apenas para coletar informações, mas compreender essas informações, potencializá-las, ganhar experiência operativa (COUTO; SOUZA; NEVES, 2013).

1.2 O USO EFETIVO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO CAMPO DO DIREITO: DEMANDAS E DESAFIOS NO CENÁRIO BRASILEIRO

A Transformação Digital é uma necessidade para a continuidade da existência da Justiça. Neste sentido, as ações em torno da implantação do processo judicial eletrônico na justiça brasileira, é hoje, uma realidade que permitiu elevar a produtividade e conter despesas. A exemplo, no ano de 2017, cerca de 70% das novas demandas ajuizadas em primeiro grau, foram de origem eletrônica (DI PÍETRO, MACHADO, DE BRITO ALVES, 2019).

Em média no Brasil, 25 milhões de ações são ajuizadas a cada ano, o que se soma a outros 74 milhões de casos em curso nas instâncias judiciais, resultando, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, em cerca de 100 milhões de processos pendentes de julgamento, isso, só no ano de 2016. Deve-se ainda levar em consideração, o fato de que em média, levam-se 11 anos de tramitação até que o processo alcance a segunda instância, além dos gastos com a manutenção e expansão do aparato judicial que, no ano de 2015 – chegou na casa dos R\$79.2 bilhões. Esse alto volume de demandas e gastos explicitam a necessidade de otimizar os serviços jurídicos. Neste aspecto, a IA é uma das formas tecnológicas que promovem maior celeridade nas atividades judiciais, com menor dispêndio de tempo dos profissionais envolvidos e, conseqüentemente, com maior economia de recursos (DA COSTA FELIPE, PERROTA, 2018).

Diante dessas demandas e dos benefícios do emprego da IA no campo do Direito, nos últimos anos, diversos órgãos governamentais, associações de pesquisa e mesmo organizações privadas produziram documentos referentes às preocupações em torno do emprego destes, na busca pela elaboração de propostas de parâmetros éticos para o seu desenvolvimento. Tais documentos, revelam convergências em torno dos princípios de transparência para o usuário que interage com um sistema artificial, da não discriminação, no intuito de evitar

que sejam ofendidos os direitos fundamentais, da explicabilidade por meio da divulgação ampla de informações que permita ao usuário compreender os critérios para tomada de decisão), da não maleficência que significa que os sistemas de IA não podem prejudicar humanos, e ainda, responsabilidade e privacidade/proteção de dados, mesmo que existam divergências quanto o significado e a forma de implementação destes princípios (JOBIN; IENCA; VAYENA, 2019).

Além dos benefícios da articulação do uso da inteligência artificial como instrumento para automação de decisões judiciais, desafios e dúvidas também se apresentam como até que ponto máquinas decidiriam melhor (ou não) que humanos? É viável “algoritmizar” essa tarefa de forma eficaz? Busca-se na verdade compreender a qualidade dos dados que resultarão dos sistemas e, a qualidade das informações diante desta prática, Para otimizar o funcionamento adequado desta tecnologia é necessário de maneira primordial assegurar e monitorar a qualidade das informações que serão utilizadas como dados. Essa ação será o reflexo nos resultados. É nesta perspectiva que, qualquer falta de transparência típicas da atividade, que se refere ao fato de não serem passíveis de auditorias, por representarem uma técnica sigilosa, conseqüentemente, podem ser tendenciosos e conter predisposições inconscientes, incapazes de conter efeitos indesejáveis. Assim, emerge a necessidade de estar sujeitos à critérios de avaliação (SANTOS ;CRESPO, 2017). Isto significa dizer que, existe certa apatia quanto ao uso da IA, por medo de sua veracidade. Além disso, no cenário social, há certo receio da substituição das funções e trabalhos humanos pelas máquinas, uma das causas se refere à rapidez e precisão que esses instrumentos são capazes de realizar as tarefas inerentes à atividade jurídica.

A exploração das inovações tecnológicas no Judiciário brasileiro representa oportunidade para aprimorar a eficiência na prestação jurisdicional. Todavia, no geral, ainda há carência na compreensão da inteligência artificial enquanto instrumento

transformador e ativo estratégico para aperfeiçoar serviços e políticas públicas. Uma das razões está na “ausência de articulação governamental para discutir e fomentar o uso e desenvolvimento da IA no país”, abrindo espaço para “criação de iniciativas segmentadas e desvinculadas de direcionamento estratégico claro, além de não otimizar recursos materiais, financeiros e humanos”, o que requer a “inserção desse tema na agenda governamental brasileira, trazendo para o debate as empresas privadas e startups, o ecossistema acadêmico e o terceiro setor (FELISIDÓRIO; SILVA, 2018, p. 96).

No intuito de fortalecer e normatizar as práticas de IA no campo do Direito, a Associação Internacional de Inteligência Artificial e Direito (Iaail) realiza, bienalmente, a Conferência Icaail, considerada a mais relevante da área. O evento reúne pesquisadores dos principais centros internacionais de inteligência artificial e Direito. Apesar disso, ainda existem poucos brasileiros nessa comunidade acadêmica, mas aos poucos o país começa a ganhar reconhecimento. Os aspectos que necessitam ser discutidos, quanto ao fortalecimento das práticas da IA, devem ter como pauta, as investigações discutidas por Maranhão (2017, p. 2):

O raciocínio jurídico é complexo, envolvendo não só a subsunção de regras a determinado conflito, mas a construção de soluções normativas, por meio de interpretação e contraposição de argumentos, que envolvem: a) identificação das regras a serem aplicadas; b) o significado dos termos contidos nas regras perante conceitos jurídicos fundamentais; e c) a adequação das soluções indicadas pelas regras em relação a propósitos de políticas públicas e princípios valorativos; ferramentas gerais de inteligência artificial serão mais eficientes e adequadas quando forem empregadas no Direito com base em

representação de conhecimento, análise e inferências típicas dos juristas; os juristas atuarão com mais qualidade e produtividade quando se desvencilharem de tarefas repetitivas e puderem ter acesso rápido e eficiente ao conhecimento específico necessário ao seu labor intelectual; a inteligência artificial deve ser estudada de uma perspectiva multidisciplinar, considerando suas condições técnicas, impactos econômicos, sociais e culturais, como pressuposto de qualquer regulação ou interpretação de suas implicações jurídicas.

Os desafios da IA no cenário jurídico brasileiro pode ser analisado por diferentes vieses os que atravancam a assimilação normativa desta prática. O viés de amostra acontece quando os dados utilizados para treinar o modelo não representam com precisão o universo/população sobre o qual a IA atuará. Num país com uma diversidade socioeconômica e cultural como o Brasil, este é um aspecto muito relevante, para que não ocorra falta de representatividade da amostra, que não contempla toda a variabilidade da população. Deve-se atentar para o fato de que esse tipo de viés, está relacionado a escolha inadequada no ato de seleção do tipo de amostragem (VIEIRA, 2019).

Vale destacar que, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) n o 21/20205, do Deputado Federal Eduardo Bismarck (PDT-CE), que “estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências” (BRASIL, 2020a). Na justificativa dessa proposta identificam-se aspectos relevantes sobre os impulsos legislativos e a decisão de legislar, integrantes do procedimento legislativo externo (ALMEIDA, 2007, p. 1-3).

Ao se legislar a respeito da IA, existem muitos interessados no desenvolvimento da tecnologia, no seu emprego e na responsabilização por eventuais danos causados pelos robôs inteligentes, de forma que o legislador entendeu que a regulação se tornou necessária em virtude

dos interesses públicos e privados envolvidos. O Estado é o principal interessado na regulação da IA porque se trata de verdadeira política pública fundamental para o desenvolvimento da economia, para a manutenção do Estado Democrático de Direito e para a garantia dos direitos humanos e fundamentais. Os fabricantes, programadores e investidores precisam compreender a estrutura legal na qual podem operar de maneira confiável, ao passo que os consumidores e a sociedade necessitam de segurança não somente na execução do sistema mas também contra prejuízos e adversidades. Isso pode ser obtido mediante estratégias e ações que devem ser colocadas em prática durante todo o ciclo de vida dos sistemas de inteligência artificial, tanto para identificar danos e responsabilidades quanto, e principalmente, para evitá-los (ALMEIDA; SANTOS; FARIAS, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A IA é um instrumento desenvolvido a partir dos avanços da tecnologia e da ciência, e atravessa conjunturas sociais importantes ao integrar setores da vida em sociedade, incluindo o campo do Direito. Sua consolidação se deve a diferentes áreas do conhecimento até que tivesse representatividade que possui nos dias de hoje.

No cenário brasileiro, observa-se que a IA tem se tornado um tema importante nas discussões em torno das melhorias e agilidade nos processos jurídicos. No entanto, a sua implementação efetiva ainda não é uma realidade coletiva.

Ainda existe receio quanto à eficiência e segurança da IA neste setor, embora a mesma seja poderosa, ela não substitui a compreensão humana da legalidade, da empatia, da moral e da ética. A ponderação e o uso adequado, a partir do conhecimento desta ferramenta representam uma evolução segura para o cenário jurídico brasileiro. A capacitação para seguridade das atividades com IA é o caminho para que seja utilizada a favor do Direito e sua maior acessibilidade que é um direito constitucional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Patricia Gomes Rêgo de; SANTOS, Carlos Denner dos; FARIAS, Josivania Silva. **Artificial intelligence regulation: a framework for governance**. Ethics and Information Technology, [s. l.], v. 23, n. 1, p. 505-525, Sept. 2021. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10676-021-09593-z>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 mai. 2024.

BRASIL, 2006. **Lei nº 11.419 de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm. Acesso em 5 de mai. De 2024.

COUTO, Edvaldo Souza; SOUZA, Joseilda Sampaio; NEVES, Barbara Coelho. Acepções de tecnologia: ciborgues interpretativos e cultura digital. **ARTEFACTUM-Revista de estudos em Linguagens e Tecnologia**, v. 7, n. 1, 2013.

DA COSTA FELIPE, Bruno Farage; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. Inteligência Artificial no Direito—uma realidade a ser desbravada. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v. 4, n. 1, p. 1-16, 2018.

DE ABOIM MACHADO, Luciana; CÔRTEZ, Priscila Cavalcanti. O direito fundamental à proteção em face à automação e a Indústria 4.0. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, v. 1, n. 26, p. 139-154, 2020.

FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. Direito e inteligência artificial em defesa do humano. Belo Horizonte: **Fórum**, 2020.

DI PIETRO, Josilene Hernandes Ortolan; MACHADO, Edinilson Donizete; DE BRITO ALVES, Fernando. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO. Revista Em Tempo, v. 18, n. 01, p. 15-32, 2019.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto et al. Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. Pensar-Revista de Ciências Jurídicas, v. 23, n. 4, p. 1-17, 2018.

ELISDÓRIO, Rodrigo César Santos; SILVA, Luís André Dutra e. Inteligência artificial como ativo estratégico para a Administração Pública. In: FERNANDES, RicardoVieira de Carvalho.

CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FRITH, Jordan; SAKER, Michael. <? covid19?> It is all about location: Smartphones and tracking the spread of COVID-19. Social Media+ Society, v. 6, n. 3, p. 2056305120948257, 2020.

GARCIA. Ana Cristina Bichara. 'Ética e Inteligência Artificial. Revista Computação Brasil. Novembro de 2020. Disponível em:<<https://journals-sol.sbc.org.br/index.php/comp-br/article/view/1791/1625>>. Acesso em 5 de mai. de 2024.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MARCATO, Antonio Carlos; PEREIRA FILHO PEREIRA FILHO. **O Novo Código de Processo Civil**. Grupo Gen-Atlas, 2015.

JOBIN, Anna; IENCA, Marcello; VAYENA, Effy. The global landscape of AI ethics guidelines. Nature Machine Intelligence, v. 1, p. 389-399, 2019

MARANHÃO, Juliano. A pesquisa em inteligência artificial e Direito no Brasil. Consultor Jurídico, v. 9, 2017.

MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inteligência artificial e direito: o uso da tecnologia na gestão do processo no sistema brasileiro de precedentes. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, São Paulo, v. 03/2019, abr/jun 2019.

NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. In: **Revista de Processo**. 2018. p. 421-447.

RUSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. **Inteligência artificial**. Tradução Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

TACCA, Adriano; ROCHA, Leonel Severo. Inteligência artificial: reflexos no sistema do direito. *NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza*, v.38, n.2, jul./dez., 2018, p.53-68.

VIEIRA, Leonardo Marques. A problemática da inteligência artificial e dos vieses algorítmicos: caso COMPAS. In: **Brazilian Technology Symposium**. 2019.

WHITBY, Blay. Automating medicine the ethical way. In: *Machine medical ethics*. Cham: Springer International Publishing, 2014. p. 223-232.