

Pedro Fauth Manhães Miranda
(Organizador)



○ **DIREITO**
nas **INTERSEÇÕES**
entre o **FÁTICO**
e o **NORMATIVO**

Vol. IV

O Direito nas interseções entre o fático e o normativo

Vol. IV

Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda
(Organizador)

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Organizador

Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda

Capa

AYA Editora

Revisão

Os Autores

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues
Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa
Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes
Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch
Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda
Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes
Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus Parauapebas

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira
Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail
Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens
Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares
Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros
Rodrigues
Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda
Santos
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues
Instituto Federal de Santa Catarina

© 2023 - AYA Editora - O conteúdo deste Livro foi enviado pelos autores para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas nos capítulos deste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a opinião desta editora.

D59896 O Direito nas intersecções entre o fático e o normativo [recurso eletrônico]. / Pedro Fauth Manhães Miranda (organizador) -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 327 p.
v.4

Inclui biografia

Inclui índice

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-5379-257-9

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188

1. Direito. 2. Confissão (Direito) - Brasil I. 3. Crime por computador - Brasil. 4. Crime sexual - Brasil. 5. Processo penal - Brasil. 6. Prova criminal - Brasil. 7. Violência contra as mulheres - Legislação - Brasil. 8. Direito do trabalho. 9. Teletrabalho. 10. Direito de família - Brasil. 11. Pais e filhos (Direito) - Brasil. 12. Responsabilidade (Direito) - Brasil. 13. Responsabilidade (Direito) - Brasil. 14. Carência emocional. 15. Carência paterna. 16. Herança e sucessão - Brasil. 17. Previdência social - Brasil. I. Miranda, Pedro Fauth Manhães. II. Título

CDD: 340.07

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora LTDA

AYA Editora®

CNPJ: 36.140.631/0001-53

Fone: +55 42 3086-3131

WhatsApp: +55 42 99906-0630

E-mail: contato@ayaeditora.com.br

Site: <https://ayaeditora.com.br>

Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557

Ponta Grossa - Paraná - Brasil

84.071-150

SUMÁRIO

Apresentação.....11

01

Acordo de não persecução penal e o papel do ministério público: a (in) constitucionalidade da confissão como requisito para homologação.12

Luisvaldo da Silva Rodrigues
Gilberto Jorge Ferreira da Silva

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.1

02

Aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho.....27

Anunciato Leite de Oliveira Junior
Carlos Alexandre de França do Prado Nery
Vinícius de Mattos Oliveira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.2

03

Medidas protetivas de urgência incluídas pela lei 13.984, de 2020, na prevenção de delitos praticados sob a égide da lei Maria da Penha.49

Carolina Gottseling Hoffmann
Marcelo Wordell Gubert

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.3

04

Infiltração virtual de agentes policiais no âmbito de crimes contra a dignidade sexual...64

Dian Paulo Domingues dos Santos
Marcelo Wordell Gubert

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.4

05

Falsas memórias e a prova penal78

Maronie Albuquerque
Marcelo Wordell Gubert

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.5

06

Trabalho por plataforma: a insegurança jurídica mediante a flexibilização do conceito de subordinação trabalhista.....89

Jessica Taynara Ribeiro Rios
Natiele Cristina Friedrich

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.6

07

Análise dos fundamentos jurídicos e inconstitucionalidade dos artigos 790-B e 791-A da CLT após a reforma trabalhista107

Caio Rangel Finocchiaro
Giovanni Cesar Marquez Mileo

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.7

08

O preço do amor: um estudo de caso sobre a possibilidade de indenização por abandono afetivo paterno de uma criança autista.....121

Tainara Cláudia Lima de Sales Lima
Fernando Davi Felix de Paiva
Adolfo Theodoro Naujorks Neto

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.8

09

A impossibilidade de reconhecimento e sucessão do patrimônio digital137

Jéssica Caroline Bombardelli

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.9

10

A existência do dano moral em razão dos descontos sucessivos nos benefícios previdenciários sem a ciência dos segurados....152

Aline Praciél Gracia

Jonathan Amorim Spagnoli

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.10

11

Direito à privacidade na internet: a efetividade da lei geral de proteção de dados no âmbito digital brasileiro.....166

Ygor Chaves

Simmel Sheldon de Almeida Lopes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.11

12

Distribuição dinâmica do ônus da prova185

Mayara de Lima Reis

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.12

13

Porto seco no contexto brasileiro: uma análise à luz do ordenamento jurídico pátrio196

Anunciato Leite de Oliveira Junior
Vinícius de Mattos Oliveira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.13

14

Cédula de produto rural: o ordenamento jurídico acerca da CPR214

Lucas Diogo Teixeira da Cruz
Jonathan Amorim Spagnoli

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.14

15

Arrendamento rural: direitos e necessidades231

Gabriel Zanon de Souza

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.15

16

Estudo sobre a legislação vigente e possibilidades de implantação da cultura do canhamo em território brasileiro254

Thiago Gottselig Marholt
Jonathan Amorim Spagnoli

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.16

17

Análise econômica da função social das propriedades rurais no direito brasileiro275

Roberta Webber Gugel

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.17

18

A administração pública consensual287

Leticia Mendes Martins do Rêgo Barros

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.18

19

Fundamentos da anulação do júri – caso Boate Kiss.....295

Vivian Estella Beserra Jacob
Leticia Vivianne Miranda Cury

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.19

20

A (im)possibilidade da utilização do método de ensino domiciliar à luz do ordenamento jurídico brasileiro em confronto com o exercício do poder familiar e da liberdade individual familiar.303

Jucimara da Silva Oliveira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.20

Organizador318

Índice Remissivo319

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o livro **“O Direito nas interseções entre o fático e o normativo - Volume 4”**, uma coletânea de estudos e análises que abrange uma ampla gama de temas jurídicos relevantes. Este volume, organizado por renomados especialistas da área, reúne vinte e um capítulos que exploram questões contemporâneas e desafiadoras no campo do Direito.

Os ensaios aqui apresentados refletem a diversidade e a complexidade das interações entre o mundo fático e o normativo, buscando proporcionar uma visão abrangente das dinâmicas jurídicas em constante evolução. Cada capítulo oferece uma análise aprofundada e rigorosa, embasada em fundamentos teóricos sólidos e pesquisas atualizadas, contribuindo para o avanço do conhecimento jurídico e para o desenvolvimento da prática forense. Deste modo, tópicos cruciais que impactam diferentes áreas do Direito, como Direito Constitucional, Direito Penal, Direito do Trabalho, Direito Civil, Direito Digital, entre outros, perfazem uma coletânea heterogênea acerca do fenômeno jurídico hodierno.

De modo geral, os temas abordados no presente volume são os seguintes: o papel do MP no acordo de não persecução penal; o princípio da insignificância e o delito de descaminho; as medidas protetivas de urgência da lei 13.984/2020; a infiltração de agentes policiais em crimes contra a dignidade sexual; as falsas memórias na prova penal; a insegurança jurídica no trabalho por plataforma; os artigos 790-B e 791-A da CLT; a indenização por abandono afetivo paterno de uma criança autista; a impossibilidade de reconhecimento e sucessão do patrimônio digital; o dano moral nos descontos dos benefícios previdenciários; o direito à privacidade na internet e a LGPD; a distribuição dinâmica do ônus da prova; o porto seco à luz do ordenamento jurídico brasileiro; a cédula de produto rural; o arrendamento rural; as possibilidades de implantação da cultura do cânhamo no Brasil; a função social das propriedades rurais no direito brasileiro; a administração pública consensual; os fundamentos da anulação do júri, a partir do caso da Boate Kiss; e, por fim, a (im)possibilidade da utilização do método de ensino domiciliar.

Cada capítulo deste livro é uma contribuição valiosa para a compreensão das complexidades do Direito contemporâneo, permitindo aos leitores aprofundar seu conhecimento e estimulando tanto o debate acadêmico como as análises práticas. A diversidade de perspectivas e a solidez teórica dos autores tornam esta obra uma referência essencial para estudiosos, profissionais do Direito e pesquisadores interessados nas discussões mais relevantes da área.

Agradecemos aos autores por suas contribuições significativas e aos leitores por escolherem este livro como fonte de conhecimento e reflexão. Esperamos que a leitura seja enriquecedora e proporcione novas perspectivas sobre as questões que permeiam o Direito nas interseções entre o fático e o normativo.

Boa leitura!

Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda



Acordo de não persecução penal e o papel do ministério público: a (in) constitucionalidade da confissão como requisito para homologação

Non-prosecution agreement and the role of the prosecutor's office: the (un)constitutionality of confession as a homologation requirement

Luisvaldo da Silva Rodrigues

Discente do 9º Período do Curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Uninorte, estagiou como voluntário na Vara Cível de Sena Madureira, estagiou também pela Defensoria Pública da União, Procuradoria Geral do Estado Acre e por fim pelo Ministério Público Federal

Gilberto Jorge Ferreira da Silva

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Acre (1996). Mestre em Direito Público. Atualmente é Defensor Público - Defensoria Pública do Estado do Acre, com atuação no TJAC e Tribunais Superiores

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.188.1

RESUMO

O acordo de não persecução penal é uma ferramenta de negociação utilizada na justiça penal para chegar a uma solução pacífica em casos criminais. Nesse acordo, o Ministério Público e o acusado chegam a uma concordância para que a acusação seja suspensa mediante a satisfação de determinadas condições. A confissão é uma dessas condições que tem sido colocada como requisito para a celebração dessa anuência, o que tem gerado debates acerca de sua constitucionalidade. Alguns argumentam que a obrigatoriedade da confissão pode violar o princípio da presunção da inocência e o direito ao silêncio, enquanto outros defendem que é uma forma eficaz de solução dos processos. Nesse contexto, é importante avaliar a validade constitucional da confissão como requisito para o acordo de não persecução penal e o papel do Ministério Público na negociação desse acordo.

Palavras-chave: confissão. constitucionalidade. solução pacífica. processos.

ABSTRACT

The non-prosecution agreement is a negotiation toll used in criminal justice to reach a peaceful solution in criminal cases. In this agreement, the prosecutor's office and the accused reach an agreement for the accusation to be suspended upon satisfaction of certain conditions. Confession is one of these conditions that has been placed as a requirement for the celebration of this agreement, which has generated debates about its constitutionality. Some argue that the obligation of confession can violate the principle of the presumption of innocence and the right to silence, while others defend that it is an effective form of solution of the processes. In this context, it is important to evaluate the constitutional validity of confession as a requirement for the non-prosecution agreement and the role of the Prosecutor's Office in negotiating this agreement.

Keywords: confession. constitutionality. peaceful solution. processes.

INTRODUÇÃO

A superlotação do sistema carcerário e a sobrecarga do sistema judiciário têm sido problemas crescentes na sociedade atual¹. Neste cenário, o acordo de não persecução penal tem sido apontado como uma alternativa para solucionar casos criminais de forma mais ágil e eficiente. Esse acordo consiste em uma negociação entre o Ministério Público e o acusado, na qual é acordada a suspensão do processo desde que sejam cumpridas determinadas condições.

Uma dessas condições que tem gerado debates é a confissão da prática do crime. Algumas pessoas argumentam que a obrigatoriedade da confissão pode ser uma violação ao princípio da presunção da inocência e ao direito ao silêncio. Por outro lado, outras pessoas defendem que a confissão é uma forma eficaz de solução dos processos criminais.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo analisar a constitucionalidade da confissão como requisito para o acordo de não persecução penal e o papel desempenhado

¹ Das 1.381 unidades prisionais, 997 têm mais de 100% da capacidade ocupada e outras 276 estão com ocupação superior a 200%, disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>

pelo Ministério Público na negociação desse acordo. Para tal, serão apresentados argumentos a favor e contrário a confissão como requisito, bem como a sua relação com os princípios do sistema jurídico e a eficácia da solução pacífica proposta pelo acordo de não persecução penal. Além disso, serão avaliadas as implicações da confissão como requisito para a justiça criminal e para a sociedade como um todo.

O presente tema é de grande importância, uma vez que possibilita uma reflexão sobre a pertinência da confissão como condição para o acordo de não persecução penal e o papel desempenhado pelo Ministério Público na negociação desse acordo. É fundamental compreender tais aspectos para garantir a eficácia do sistema de justiça criminal e a salvaguarda dos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos no processo.

A JUSTIÇA NEGOCIAL NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Esse sistema de justiça negocial, já é praticado em vários países ², com o intuito de não estrangular o sistema judiciário, dando a liberdade para que haja a negociação entre o órgão acusador e o infrator devidamente acompanhado de seu defensor/advogado.

Antes de aprofundar mais sobre a fase histórica e o surgimento da justiça negocial, é necessário que haja o entendimento do significado de *Civil Law* e *Common Law* que são dois sistemas adotados por vários países diferentes, basicamente o termo *Civil Law*, traduzido ao pé da letra, é Lei Civil, surgiu após o fim do feudalismo, com o estabelecimento dos estados modernos, após a revolução francesa, os estados absolutistas foram derrubados, sendo necessária a criação de um sistema jurídico baseado em código, que pode ser entendido como o modelo de justiça em que a aplicação das normas se dá pela interpretação da lei escrita, ou seja, a lei precisa ser expressa, precisa estar escrita e assim poderá ser interpretada, quando a elaboração do direito foi transferida dos textos sagrados para os códigos, os professores que “decifravam” os textos foi transferido para os juízes, pois os juízes não podiam interpretar e sim aplicá-las, nesse tempo os juízes ficaram conhecidos como “juízes boca-de-lei”.

Diferentemente da *Common Law*, que é exatamente o oposto, para o português, Lei comum é o sistema utilizado em países de idioma inglês, que tem como principal característica ser baseado em precedentes criados a partir de casos jurídicos, ou seja, é muito considerado a história jurídica do país, pois não existem códigos para que sejam interpretados, e sim costumes, surgido na Inglaterra em meados do século XII para que o direito comum estabelecesse um padrão de relacionamento entre o estado, representado pelo monarca, e os proprietários das terras.

Após compreender o conceito e a história do *Civil Law* e *Common Law*, é importante abordar mais sobre a justiça negocial utilizada em outros países. Um exemplo é o sistema americano de *Common Law*, que utiliza a Justiça Negocial conhecida como Plea Bargaining. Este mecanismo tem algumas semelhanças com o Acordo de Não Persecução Penal, como a admissão da culpa.

No entanto, nos Estados Unidos, o acordo é feito diretamente com o órgão acusador, sem a presença de um magistrado. É importante destacar que o Plea Bargaining tem sido amplamente utilizado no sistema de justiça criminal americano, especialmente em casos de menor gravidade, e é visto como uma forma de aliviar o volume de casos e reduzir os custos do proces-

² Estados Unidos, Brasil, Alemanha, Reino Unido, Japão, Colômbia

so judicial.

No entanto, há críticas sobre a possibilidade de coerção dos réus na tomada de decisões e a possibilidade de desigualdades no tratamento dos acusados. “Trata-se de instituto muito utilizado no sistema americano e sua aplicação é muito questionada especialmente em razão do encarceramento em massa existente por lá na atualidade.” (BERTI, 2019, p. 196)

Já partindo para outro continente, Europa, podemos falar sobre a justiça negocial inglesa, que é filiada ao sistema *common law*, por lá a negociação é chamada de *Plea of Guilty*, na Inglaterra o *Plea of Guilty* também tem características com o acordo de não persecução penal, no qual exige que o infrator confesse o crime, em contraponto, recebe o benefício judicial de ter sua pena reduzida.

A Alemanha que adota o sistema *Civil Law*, tem a sua justiça negocial aplicada desde a década de 1970, inicialmente o regramento por lá acontecia por atos administrativo, no qual se aplicava em muitos casos, até mesmo em casos de crimes com violência, requerendo que o acusado confessasse o crime em troca de seu processo ser acelerado e sua pena minorada.

Somente em 2009, com a Lei 4.8.2009, fez-se incluir no Código de Processo Penal alemão, o dispositivo § 257 c que instituiu o acordo de veredicto (*urteilsabsprachen*). (FIGUEIREDO DIAS, 2011, p.24)

Apenas no ano de 2009 é que houve a efetivação do acordo no âmbito penal, na legislação alemã, comparado ao acordo de não persecução penal das terras tupiniquins, na Alemanha o acordo é feito diretamente com o magistrado, no que se diferencia do Brasil, uma vez que por aqui a negociação é com os membros do Ministério Público.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal surgiu no Brasil em meados de 2019, quando foi apresentado o tão polêmico Pacote Anticrime (LEI nº 13.964/19), elaborado pelo então ministro da justiça e ex-juiz federal Sérgio Moro, com a principal finalidade de combater a corrupção, a criminalidade e principalmente desafogar o sistema judiciário.

A Justiça negocial no Brasil já existe a um tempo, com um instituto parecido com o que hoje conhecemos como acordo de não persecução penal, é ele advindo do art. 76 da lei nº 9.099/1995, que trata da transação penal.

A transação Penal é um instituto muito parecido com o ANPP, uma vez que também é uma negociação feita entre o membro do Ministério Público e o acusado, cumprindo as condições do Parquet, o acusado terá seu processo arquivado, assim, não há condenação, o acusado continua sem antecedentes, porém, não poderá usufruir desse instituto pelos próximos anos.

Uma mudança significativa na legislação penal e processual penal foi a criação do acordo de não persecução penal, que representou um marco importante nesse campo. O artigo 28-A, criado pelo Pacote Anticrime, inseriu a justiça negocial para lidar com crimes de média ofensividade, evitando que esses casos sobrecarreguem o sistema judiciário. Por meio desse acordo, o membro do Ministério Público e o réu podem chegar a uma concordância que, ao pagamento de uma prestação pecuniária, extingue o processo de forma rápida e eficiente, sem a necessidade

de envolver toda a máquina pública. Essa medida visa agilizar o processo de justiça criminal, ao mesmo tempo em que garante a celeridade e eficiência na solução de casos de menor gravidade.

Cabe destacar que para que o acordo seja efetivado, o Acusado deve preencher alguns requisitos mínimos, vejamos:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (BRASIL 2019)

O código de processo penal é claro quanto aos requisitos que o acusado deve preencher, dessa forma, tendo o mesmo confessado a prática criminosa, que não tenha violência ou grave ameaça e que a pena mínima seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, há de se falar em Acordo de Não Persecução Penal.

É válido frisar que não é qualquer crime e qualquer condição que o acusado poderá se beneficiar do Acordo, é necessário que haja o preenchimento de alguns requisitos mínimos para que o Ministério Público possa oferecer o referido Acordo, vejamos quais os requisitos expressos no art. 28-A § 2º:

I - Se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - Se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - Ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - Nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (BRASIL, 2019)

Percebe-se que a lei é bem explícita quanto aos requisitos de aplicabilidade, ficando bem claro que o acordo de não persecução penal é um instituto muito justo para que pessoas que não tem atividade criminal reiterada, dando a oportunidade para o acusado livrar-se de um processo demorado, burocrático e muito incerto.

Existe também no rol do art. 28-A os casos em que não é possível aplicar o Acordo de Não Persecução Penal, o legislador se preocupou em deixar bem detalhado para que não houvesse entendimento diverso do que o instituto traz, vejamos o texto da lei:

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses

I - Se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - Se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do

processo; e

IV - Nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (BRASIL, 2019)

É certo que o advento do artigo 28-A do Código Penal foi um marco para a justiça brasileira, refletindo o ideal buscado pela política criminal, principalmente quando se fala em melhora e restauração da credibilidade do Poder Judiciário, o qual é conhecido pela morosidade na tramitação de seus processos e a sensação de impunidade a quem o busca, além do que, notadamente a não persecução do crime é de interesse de todos, pondo fim ao processo muito antes de propor ação penal.

Nesse sentido, a dicção de Renato Brasileiro de Lima (2018, p. 201):

Na qualidade de agentes políticos, os membros do Ministério Público têm o dever funcional de realizar uma seleção de casos penais que ostentem maior relevância dentro da política de persecução penal adotada pelo Parquet. Assim, no exercício desse poder de realizar política criminal de persecução penal, incumbe ao Ministério Público buscar respostas alternativas e mais céleres para os casos penais de baixa e média gravidade, o que poderá ser alcançado através dos acordos de não persecução penal.

Não são diferentes as lições de Vladimir Aras (2018, p. 263):

O Ministério Público brasileiro é, assim, um promotor da política criminal do estado. Não é mero espectador, não é autômato da lei penal. Na condição de agente político do Estado, tem o dever de discernir a presença, ou não, do interesse público na persecução penal em juízo, ou se, diante da franquia do art. 129, inciso I, da Constituição, combinado com o art. 28 do CPP, deixará de proceder à ação penal, para encaminhar a causa penal a soluções alternativas, não judicializado a pretensão punitiva. Entre essas soluções estão a opção pela Justiça Restaurativa²⁶ ou pelos acordos penais

Preenchido os requisitos legais do artigo 28-A, para a proposição do acordo, o indiciado deve cumprir com algumas obrigações impostas pelo membro do ministério público, as quais podem ser de forma única ou cumuladas, são elas:

- a) Reparar o dano causado a vítima ou restituir-lhe a coisa.
- b) Prestar serviços à comunidade ou a entidades públicas em período menor do que seria atribuível em caso de condenação.
- c) Renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público, como instrumento, produto ou proveito do crime
- d) Cumprir por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público.
- e) Pagar prestação pecuniária, cuja variação do valor pode ser entre 1 e 360 salários-mínimos. (BERTI, 2019)

Após estabelecidas as condições do acordo, caberá ao juiz verificar os termos do contrato, verificar se o acusado está devidamente assistido pela defensoria/advogado e assim, homologar o acordo. Firmado os termos do Acordo entre o membro do MP e o Acusado, caberá ao juiz:

- a) Homologar, remetendo ao parquet para que inicie a execução
- b) Considerar as propostas do termo abusivas ou insuficientes e solicitar ao Ministério Público que haja a retificação dos termos e seja firmado novamente.
- c) Recusar a homologação, entendendo que o acusado não preenche os requisitos para se beneficiar do instituto.

Logo em seguida, se tudo ocorreu dentro da lei, sem que haja quebra do contrato firmado, o Ministério Público analisa se foi cumprido o acordo e manifesta-se a favor da extinção da punibilidade, o juiz podendo assim fazê-lo.

É facultado ao acusado também recusar o acordo, não sendo de forma algum obrigado o referido acordo, acontece que com a recusa da proposição do acordo, o Ministério Público Federal terá que oferecer a denúncia em face do acusado, tendo que enfrentar toda a persecução penal, claramente que é importante que o acusado esteja assistido por um advogado tanto na recusa quanto no aceite, para que não reste dúvidas que o Acordo é muito mais célere.

O Parquet faz o possível para que seja aceito o ANPP, garantindo ao acusado uma flexibilidade quanto as cláusulas do acordo, o próprio nome já diz, é um acordo, logo, o acusado tem a possibilidade de parcelar o valor pecuniário, caso seja imposto mais uma cláusula além do valor pecuniário, o advogado e o acusado podem negociar diretamente com o membro do MP para diminuir ou até retirar umas cláusulas, dependendo do caso concreto. Dessa forma, depende muito da vontade do acusado.

A HISTÓRIA DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO BRASIL

Como mencionado no tópico anterior, a transação penal foi o marco inicial, foi a porta de entrada para que a justiça negocial fosse possível ser implantada no Código Penal Brasileiro.

Para o acusado se beneficiar da transação penal, é necessário que tenha cometido algum crime que seja da competência do Juizado Especial, ora se a transação penal está prevista na lei dos juizados especiais, nada mais obvio que ter cometido os crimes de menor potencial ofensivo, os quais possuem pena máxima em abstrato de 2 (dois) anos.

Para que o acusado faça jus ao instituto, é necessário que ele preencha alguns requisitos mínimos estabelecidos pelo § 2º do artigo 76 da Lei n. 9.099/95, que especifica impossibilidade de aplicação:

I - Ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - Ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.”

Mesmo o legislador entendendo que o acordo de não persecução penal se tratava de instituto similar à transação penal, tratou os dois institutos com suas particularidades, sem que um se confundisse com o outro.

Também lidou o legislador com uma proposta³, de criação de um instrumento de consenso penal para a persecução penal em juízo, com proposta de acordo de julgamento, o qual seria inserido ao Código Penal pelo Art. 395-A do CPP, contudo, em razão da polêmica gerada, a proposição não foi aprovada.

3 Proposta debatida no Relatório Legislativo do PSL 1864: “Já o novo art. 395-A proposto pelo Ministro da Justiça traz uma modalidade mais ampla de solução negociada, aplicável, em tese, a quase todos os tipos de crime (a solução pode deixar de ser aplicada com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal), mas que, ao contrário do acordo de não-persecução, culmina necessariamente com a imposição de uma sentença condenatória.”

O marco inicial para a justiça brasileira foi a aplicação de uma medida despenalizadora, a partir da aplicação desse instituto foi que se abriu espaço para que houvesse maiores discussões sobre a viabilidade na resolução de lides penais, sem a necessidade da aplicação penal em que levasse o indivíduo ao encarceramento. Ocorre que esse instituto ainda era viciado de brechas que deixavam muitos crimes de pequeno e médio potencial ofensivo de fora, processos esses que não comportavam o benefício do instituto da transação penal e da suspensão condicional do processo, sobrecarregando o sistema de todo o judiciário e atrasando muitos processos de todas as varas criminais.

À título de exemplo, o último Anuário Brasileiro de Segurança Pública, reconheceu que:

O número absoluto de presos, as taxas de encarceramento, o número de estabelecimentos prisionais e o déficit de vagas não deixaram de crescer. O aumento do encarceramento e da rede de instituições carcerárias em todo o Brasil era puxado pelo “exemplo” paulista, a locomotiva carcerária do país. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2018)

Tabela 1 - Total de pessoas privadas de liberdade no sistema penitenciário, vagas no sistema prisional e percentual de ocupação.

Total de pessoas privadas de liberdade no sistema penitenciário, vagas no sistema prisional e percentual de ocupação ⁽¹⁾
Brasil e Unidades da Federação - 2019-2020

Brasil e Unidades da Federação	Presos no sistema penitenciário ⁽²⁾		Vagas do sistema penitenciário		Déficit de vagas no sistema penitenciário		Razão preso/vaga	
	Ns. Absolutos		Ns. Absolutos		Ns. Absolutos			
	2019	2020	2019	2020	2019	2020	2019	2020
Brasil ⁽³⁾	748.009	753.966	442.349	511.405	305.660	242.561	1,7	1,5
Acre	8.414	7.914	4.069	7.931	4.345	-	2,1	1,0
Alagoas	9.161	9.856	3.724	4.920	5.437	4.936	2,5	2,0
Amapá	2.750	2.752	1.546	3.392	1.204	-	1,8	0,8
Amazonas	10.890	12.477	3.511	8.729	7.379	3.748	3,1	1,4
Bahia	15.308	14.380	11.983	13.051	3.125	1.329	1,3	1,1
Ceará	31.569	33.710	11.867	20.820	19.702	12.890	2,7	1,6
Distrito Federal	16.586	16.008	7.398	14.719	9.188	1.289	2,2	1,1
Espírito Santo	23.427	23.528	13.784	15.075	9.643	8.453	1,7	1,6
Goiás	25.761	22.988	14.108	13.591	11.653	9.397	1,8	1,7
Maranhão	12.346	12.241	9.345	11.007	3.001	1.234	1,3	1,1
Mato Grosso	12.519	15.864	8.709	13.547	3.810	2.317	1,4	1,2
Mato Grosso do Sul	17.423	19.240	8.048	10.386	9.375	8.854	2,2	1,9
Minas Gerais	74.712	62.912	41.573	41.993	33.139	20.919	1,8	1,5
Pará	20.825	20.301	10.199	12.285	10.626	8.016	2,0	1,7
Paraíba	13.326	12.521	7.912	10.387	5.414	2.134	1,7	1,2
Paraná	29.690	61.330	21.616	31.425	8.074	29.905	1,4	2,0
Pernambuco	33.641	32.960	12.696	13.739	20.945	19.221	2,6	2,4
Piauí	4.433	4.658	2.419	4.708	2.014	-	1,8	1,0
Rio de Janeiro	50.822	48.708	31.485	33.799	19.337	14.909	1,6	1,4
Rio Grande do Norte	10.155	10.801	7.389	7.776	2.766	3.025	1,4	1,4
Rio Grande do Sul	41.189	38.850	27.733	32.300	13.456	6.550	1,5	1,2
Rondônia	13.419	13.188	7.110	7.877	6.309	5.311	1,9	1,7
Roraima	3.688	3.819	924	1.137	2.764	2.682	4,0	3,4
Santa Catarina	23.470	23.464	19.033	20.280	4.437	3.384	1,2	1,2
São Paulo	231.287	218.930	147.942	147.963	83.345	70.967	1,6	1,5
Sergipe	6.244	5.598	3.089	4.677	3.155	921	2,0	1,2
Tocantins	4.481	4.300	2.097	2.851	2.384	1.449	2,1	1,5

Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISDEPEN; Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

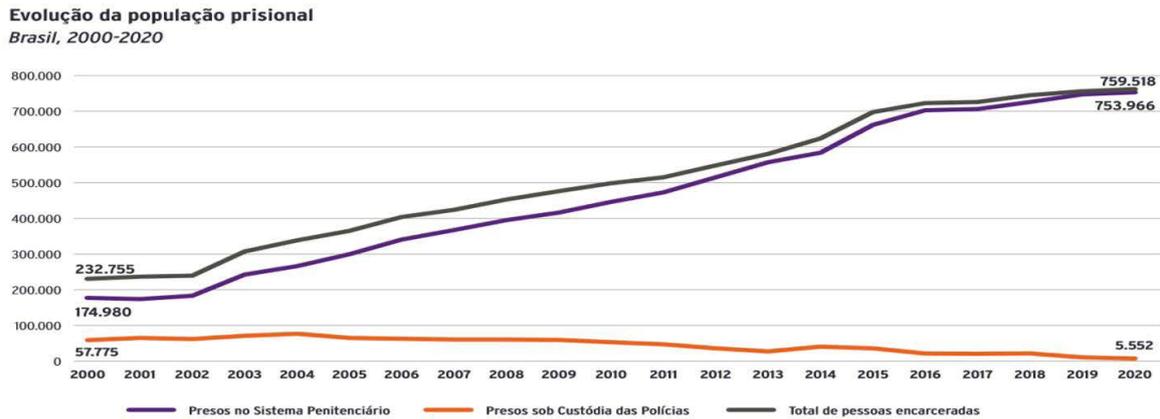
(1) Os dados de 2019 correspondem ao período de junho à dezembro e os dados de 2020 correspondem ao período de janeiro à junho de 2020. O relatório correspondente ao período junho a dezembro de 2020 ainda não foi divulgado pelo SISDEPEN.

(2) Não considera presos sob custódia das polícias em carceragens.

(3) O total de pessoas encarceradas considera também os presos em unidades federais, sendo 673 em 2019 e 668 em 2020. O total de vagas considera também 1.040 vagas em unidades federais em ambos os anos. As unidades federais são: Penitenciária Federal em Brasília, Penitenciária Federal em Campo Grande, Penitenciária Federal em Catanduvas, Penitenciária Federal em Mossoró e Penitenciária Federal em Porto Velho.

Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública (2020)

Gráfico 1 - Evolução da população prisional.



Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISDEPEN; Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública (2020)

É inegável que o encarceramento de pessoas vem subindo em um número expressivo, o que pode colapsar o sistema do judiciário e prisional, o ANPP veio principalmente para que esse número de pessoas encarceradas diminuísse, mas não tão somente isso, mas que a maioria dos crimes não tivesse que passar anos e anos parado, vejamos o relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, 2018 aponta que:

Em 2017, ingressaram no Poder Judiciário 2,7 milhões de novos casos criminais, sendo 1,7 milhão (61,6%) na fase de conhecimento de 1º grau, 357,5 mil (13,1%) na fase de execução de 1º grau, 19,6 mil (0,7%) nas turmas recursais, 576 mil (21,1%) no 2º grau e 95,6 mil (3,5%) nos Tribunais Superiores.

Acontece que o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, em 2017, já havia exarado uma resolução que citava o acordo de não persecução penal, para que os membros do Ministério Público pudessem negociar com o Acusado a não persecução de seu crime, vejamos a íntegra da resolução Nº 183, de 24 de janeiro de 2018, que altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 13º, 15º, 16º, 18º, 19º e 21º da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

Art. 11. O art. 18 da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, bem como seus parágrafos, passa a vigorar com a seguinte redação, acrescido dos §§ 9º, 10, 11, 12 e 13:

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente.

Percebe-se que já havia uma previsão administrativa para que o acordo de não persecução penal fosse utilizado, mas que não havia nenhuma previsão em lei ainda, dessa forma, após essa resolução expedida pelo Conselho Nacional do Ministério Público, foi possível que abrisse ainda mais a discussão sobre o tema, mesmo havendo muita resistência pela OAB e Associação dos Magistrados Brasileiros, essa afirmação pode ser declarada a partir da proposição das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5793 e 5790, que versa a insatisfação desses órgãos, frente a essa previsão administrativa.

Sabe-se que o acordo de não persecução penal trouxe muita inovação ao sistema judiciário, que se popularizou em meados de 2013, quando estourou a operação lava-jato, e um

instituto de negociação amplamente utilizado na época ficou conhecido nacionalmente como delação premiada, o réu preso negocia com a justiça seu tempo de pena em troca de informações privilegiadas que possam levar a uma investigação idônea. Nesse contexto, o grande ponto focal desse instituto foi utilizado para indiciar muitas figuras públicas brasileiras como o ex-presidente e grandes empresários ligados a esquemas de corrupção e emparelhamento da máquina pública, levando todo o foco internacional midiático ao processo penal brasileiro.

Dessa forma, em meados de dezembro de 2018, quando o então juiz Federal Sérgio Moro, que era o então, grande protagonista da condenação do ex-presidente Lula e de grandes empresários da Odebrecht, foi convidado a compor o grupo de ministros do atual presidente da república Jair Bolsonaro, ainda com a grande exposição midiática do combate a corrupção do atual governo e a explosão das condenações da operação lava-jato, o então ministro da justiça aproveitando a popularidade e o atual momento político, apresentou o tão famoso Pacote Anti-crime, que alterou muitas leis no código penal, além do que gerou muitas polêmicas na época, gerando muitas discussões políticas, pelo fato de que inseria ao sistema judiciário brasileiro a justiça penal negocial, o conhecido Acordo de não Persecução Penal.

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CONFISSÃO DO CRIME NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A pretensão punitiva do estado decorre de uma ação por parte de uma pessoa, que viola as leis vigentes do país, dessa forma, é assegurado ao estado o direito de punir esse agente infrator, para que seja compelido a não cometer mais ilegalidades, acontece que apenas a pretensão de punir não é necessariamente um método totalmente funcional para a resolução de um conflito, como explica Lima (2017, p. 37)

Apesar do Estado ser titular do direito de punir, não se admite a imposição imediata da sanção sem que haja um processo regular, assegurando-se, assim, a aplicação da lei penal ao caso concreto, consoante as formalidades prescritas em lei, e sempre por meio dos órgãos jurisdicionais.

Ou seja, o Processo Penal é o meio que o estado tem de aplicar a devida pena aos infratores, sempre dentro das 4 linhas da constituição, fazendo valer o estado democrático de direito e fazer a distinção do que é democracia e autoritarismo

Com o advento do pacote anticrime e conseqüentemente a nova aplicação do acordo de não persecução penal, surgiram muitas discussões ao que se refere a constitucionalidade do acordo de não persecução penal, muitos doutrinadores e juristas abriram essa discussão tendo em vista que para a celebração do Acordo, é necessário que haja a confissão do crime, que é um requisito expressamente escrito no Caput do Artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Dessa forma, o instituto da negociação tem como base uma problemática que é o requisito da confissão, pode-se verificar essa divergência em uma publicação da revista gaúcha da defensoria pública do estado do Rio Grande do Sul (2020, ano 11, nº 26), foi possível perceber de forma mais cristalina isso:

Ademais, de forma alguma a confissão, mesmo que formalizada e circunstanciada, é exigida como parte do acordo. A confissão é um ato, o acordo outro. O artigo 28-A do CPP não previu a necessidade de o mesmo acompanhar o acordo levando à homologação e não deve ser interpretado diferentemente.

Também as palavras de Aline Correa Lovatto e Daniel Correa Lovatto (2020, ano 11, n° 26), que citam discorrem sobre o tema:

Acontece que se trata de um acordo ilegítimo por si só ao exigir a confissão dessa forma. A ponderação da negociação entra a confissão, verdadeira ou irreal, para atingir a possibilidade de não se ver processualmente acusada, parece à pessoa mais uma pressão psicológica do que propriamente um benefício, ainda mais claro quando a ótica é a do sujeito inocente que acaba por tendo de optar entre dois caminhos danosos. Trata-se de imposição de uma situação tido por negocial, mas que apenas transparece o desequilíbrio relacional entre as partes.

O princípio da presunção de inocência, constitucionalmente previsto no artigo 5º inciso LVII, estabelece que o acusado só poderá ser considerado culpado quando for transitada em julgado uma sentença penal condenatória, sendo assim, é importante eu haja um bom senso estatal para que não haja arbitrariedade no processo legal da ação penal, que pode prejudicar a segurança jurídica, e ferindo o princípio do contraditório e da ampla defesa.

A constitucionalização do acordo de não persecução penal se deu através da lei 13.964/19, chamado também de Pacote Anticrime, que atribuiu ao Código de Processo Penal o artigo 28-A, que rege todo o procedimento pré-processual do acordo de não persecução penal. Antes da sanção da referida lei, o procedimento do acordo era regido pelas resoluções 181/2017 e 183/2018, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), essas resoluções geraram muita repercussão no meio jurídico, e muito questionamento, uma vez que essas resoluções não tinham nenhum amparo legal.

Utilizamos uma passagem do artigo de Pedro Faraco Neto e Vinicius Basso Lopes (2020), que define muito bem o que descrevemos até aqui:

Sendo assim, o Brasil caminha para uma adoção do processo penal com viés utilitarista, abandonando o modelo epistêmico de processo, e passando-se a adotar um modelo consensual. Um dos expoentes dessa transição é o acordo de não persecução penal que inicialmente não possuía respaldo legislativo (*stricto sensu*), uma vez que se encontrava regulado somente pela Resolução 181/17, do Conselho Nacional do Ministério Público, alterado pela Resolução 183/18. Tal acordo surgiu para suprir a necessidade de acordos não só para crimes de pequeno potencial ofensivo, mas também para os de médio potencial, com vistas a dar maior celeridade à justiça penal, tal qual a Lei 9.099/95.

Sendo assim, observa-se que foi necessário que houvesse uma grande insistência para que houvesse uma justiça mais célere, mesmo que usando métodos mais sofisticados, é fato que o sistema judiciário nunca conseguiu de forma eficiente, fazer com que o processo tivesse uma duração razoável.

Com a chegada do pacote anticrime a regulamentação passou a se dar por força de lei, e diante disso, a criação do pacote foi necessário e justificado por vários motivos, e o principal deles foi a grande quantidade de agentes infratores ficando impunes em decorrência da prescrição, decorrente da demora de julgar e processar casos, assim, com o acordo de não persecução penal foi possível que os crimes de médio potencial ofensivo fossem resolvidos rapidamente, sem que fosse necessário movimentar toda a máquina judiciária, demandando tempo e dinheiro para no final do processo o agente acabar sendo absolvido ou até mesmo posto em liberdade.

Com o novel artigo 28-A, é notório o seu cabimento em muitos crimes penais, sendo ajuizados apenas os crimes com maior potencial ofensivo ou quando o agente decide recusar o Acordo, preenchendo a lacuna que existia antes da lei 13.964/19, pois, antes existia apenas a transação penal que o acusado poderia cumprir a pena sem o transito em julgado e o processo

seria arquivado, sendo aplicado a crimes com pena de até 2 anos e o Sursis Processual, que era a suspensão do processo aplicado a crimes com pena igual ou inferior a 1 ano.

Sendo assim, o acusado analisando toda morosidade que rodeia o sistema, é muito mais vantajoso para o acusado confessar a prática criminosa e simplesmente acabar com tudo no momento pré-processual, do que ter que enfrentar anos e anos de burocracias incertas, tendo em vista que o acordo não gera reincidência. Em seu artigo científico, o Doutor Rodrigo Cabral (2019) foi certo quando menciona logo no início que:

Constata-se, também, que a investigação criminal no Brasil é, em termos gerais, um grande fracasso. Em regra, a autoria e participação, em delitos somente é identificada quando existe prisão em flagrante dos envolvidos. A demais, verifica-se que os casos que efetivamente chegam as Varas Criminais têm, normalmente tramitação morosa e sofrem infundável número de incidentes e dificuldades burocráticas. Obter uma sentença penal com trânsito em julgado, parece algo quase inalcançável para os delitos graves.

É válido destacar que umas das críticas mais duras referente a confissão no acordo de não persecução penal é caso ocorra o referido acordo e por algum motivo o acusado não o cumpra completamente, o que alguns doutrinadores asseveram que essa confissão pode ser utilizada pelo órgão acusador como um meio de prova. O renomado doutrinador Guilherme Nucci (2020, p. 222-223), descreve a confissão do acordo de não persecução penal como:

Confissão formal e circunstanciada: demanda o dispositivo uma confissão do investigado, representando a admissão de culpa, de maneira expressa e detalhada. cremos inconstitucional essa norma, visto que, após a confissão, se o acordo não for cumprido, o MP pode denunciar o investigado, valendo-se da referida admissão e culpa. Logo, a confissão somente teria gerado danos ao confitente. (NUCCI, 2020a, p. 222-223)

O que ocorre na prática não é exatamente o que descreve o grande doutrinador Nucci, uma vez que a produção de provas é algo que sempre é visto com muita cautela pelo poder judiciário e existem o rol de provas que podem ser utilizadas no processo penal, o mero fato de confessar a prática criminosa não gera o dever do acusador usá-la indiscriminadamente, se o fizesse, estaria gerando uma grande insegurança jurídica, deixando o art. 28-A se ser uma inovação, para ser um grande retrocesso ao devido processo legal, os ensinamentos de Rogério Sanches Cunha (2020, p. 129) quanto a produção de prova contra si mesmo, se mostram mais realísticas com o que será aplicado na prática:

Importante alertar que, apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa do investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal. Não sem razão, diz o §12 que “A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do §2º, deste código.

Para reforçar ainda mais a tese supramencionada, vejamos o que diz a revista trincheira, formada pelo promotor Saulo Murilo de Oliveira Mattos (2019, nº 7, p. 12 e 13):

Não há relação de interdependência entre o ato de não denunciar e o ato de confessar. Para evitar uma persecução penal ou mesmo suspendê-la, a confissão é irrelevante. [...] a confissão é expediente probatório de baixíssimo valor epistêmico. Longe de um conto de fadas normativo (art. 197 do CPP), não é confrontado com as demais provas do processo.

Como já exposto, há inúmeros caminhos que levam a inconstitucionalidade, porém acaba que sempre volta a ideia de a confissão não ser uma prova absoluta, podendo o réu se retra-

tar dela quando julgar necessário, ou seja, o cidadão inocente acaba que é a parte mais fraca nessa situação em comparação a quem reiteradamente comete crimes, partindo da hipótese que é muito difícil para um inocente confessar um crime que não cometeu, apenas pelo fato de querer se livrar a persecução penal. E olhando pelo lado da lei, também é complicado, pois não há como um inocente se beneficiar do acordo se não confessar, uma vez que é um requisito mínimo.

Um exemplo prático de fácil entendimento é um cidadão que é acusado de crime de furto, esse indivíduo preenche todos os requisitos para se beneficiar do instituto da não persecução penal, porém, ele é inocente, só que ao mesmo tempo, não ter que enfrentar o sistema judiciário para provar sua inocência, pela demora do sistema, que acaba se tornando uma tarefa quase impossível. O princípio do devido processo legal pode ser uma das razões para o tempo necessário para se obter uma sentença em um processo de conhecimento nas varas estaduais, que segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), levam em média 2 anos e 5 meses para serem julgados. Esse tempo pode ser extremamente demorado e moroso para aqueles que são inocentes e precisam aguardar pelo desfecho do processo. Por outro lado, a possibilidade de fazer um Acordo pré-processual pode ser uma alternativa para resolver rapidamente a pendência com a justiça, em questão de dias, para aqueles que admitem a culpa e concordam com as condições do acordo proposto pelo Ministério Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dispositivo do acordo de não persecução penal, inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 13.964/19, tem sido objeto de debates e questionamentos quanto à sua conformidade com a Constituição Federal. Uma das principais críticas ao dispositivo diz respeito à exigência de confissão por parte do acusado, o que pode ser entendido como uma violação ao princípio da presunção da inocência e ao direito ao silêncio.

De um lado, a confissão pode ser considerada uma ferramenta eficiente para a solução de processos criminais, permitindo a conclusão dos casos de forma mais célere e sem a necessidade de uma longa tramitação judicial. Por outro lado, a obrigatoriedade da confissão pode ser vista como um fator de pressão e constrangimento para o acusado, colocando em risco a sua integridade física e psicológica.

Além disso, a exigência de confissão pode ser vista como um fator que desestimula o exercício do direito de defesa, já que muitos acusados podem se sentir coagidos a confessar, mesmo que não tenham cometido o crime em questão. Diante desse contexto, é fundamental que se busque uma solução que garanta a conformidade do acordo de não persecução penal com os princípios constitucionais e convencionais. Uma alternativa viável seria a pacificação de um entendimento segundo o qual todos os acusados que se enquadrem nas condições previstas no dispositivo teriam direito ao benefício, independentemente da confissão. Por outro lado, os acusados que optassem por confessar o crime em questão poderiam receber um benefício adicional, como a redução da pena pecuniária ou a substituição da pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade.

Nesse sentido, é fundamental que o Ministério Público exerça seu papel de forma ativa e responsável na negociação dos acordos de não persecução penal, garantindo que as condições acordadas sejam justas e compatíveis com o ordenamento jurídico. Além disso, é importante

que sejam criadas medidas que assegurem a confissão voluntária e consciente por parte do acusado, evitando qualquer forma de constrangimento ou violação dos seus direitos fundamentais. Assim, poderá ser alcançado um equilíbrio entre a necessidade de se garantir a efetividade da justiça criminal e a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos acusados.

REFERÊNCIAS

- ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2018. Disponível em: https://www.forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2018/09/FBSP_ABSP_edicao_especial_estados_faccoes_2018.pdf
- BERTI, Marcio Guedes. Análise da proposta de inclusão dos artigos 28-a e 395- a no código de processo penal: plea bargain – a justiça penal negociada. p. 195-210. Livro eletrônico: Estudos temáticos sobre o “pacote anticrime”. Organizadores Lucas P. Carapiá Rios, Luiz Gabriel Batista Neves, Vinicius de Souza Assumpção. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.
- BRASIL, Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 5790, online, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=725187187&prcl>
- BRASIL, Código de Processo Penal, de 1941, online, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm
- BRASIL, Constituição Federal, de 1988, online, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- BRASIL, Lei Ordinária 13.964/2019, pacote anticrime de 2019, online, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 mar. 2020.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado-
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, artigo de opinião, tema: Um panorama sobre o acordo de não persecução penal. online, Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/2a36cfc8306908148b233995a76a4532.pdf>
- CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 22 de novembro de 1969, San José, Costa Rica, assinatura na Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.
- CUNHA, R. S. *et al.* (coord.). Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com alterações feitas pela Resol. 183/2018. 3. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches, Pacote Anticrime, 2020, comentários às alterações no CP, CPP e LEP DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Brasa, 2013. Disponível em: https://brasa.org.br/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/?gclid=Cj0KCQjw8fr7BRDSARIsAK0Qqr7KX0jnkkgcz87ydjchR_oYyb8Yb5K3T-T9jl7u8dzh1sfa-voYBxLIAaAs56EALw_wcB. Acesso em: 21 ago. 2020.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: OAP/Conselho Distrital do Porto, 2011.
- INSTITUTO GOIANO DE DIREITO, 2020. Disponível em: <https://portaligd.com.br/blog/oab-vai-ao->

stf-contra-resolucao-que-altera-poderes-do-ministerio-publico-em-investigacoes-penais-Justiça em Números 2018: ano-base 2017, do Conselho Nacional de Justiça, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>

LIMA, R. B. Manual de Processo Penal. 5. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JÚNIOR, A. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOVATTO, Aline Correa e LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des) acordo de não persecução penal. Revista da Defensoria Pública RS, Ano 11, n. 26, JAN/JUN 2020. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/202009/11151457-revista-26.pdf>

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23 ed. São Paulo – Atlas, 2000

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NETO, Pedro Faraco e LOPES, Vinícius Basso, artigo científico. Artigo científico ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – A retroatividade da lei penal mista e a possibilidade dos acordos após a instrução processual, 2020

NUCCI, Guilherme, 19ª edição, Código de Processo Penal comentado, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume único. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, Juspodivm, 2018.

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2020, ano 11, nº 26. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/revista-da-defensoria>.

REVISTA ESMP TIMES, 2020, ano 12, nº 2. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/issue/view/4/2>

REVISTA TRINCHEIRA DEMOCRÁTICA DO ESTADO DA BAHIA, 2019, ano 3, nº 07. Disponível em: <http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2020/03/TRINCHEIRA-FEVEREIRO-2019.2.pdf>

RUFINO, Emanuel dos Santos Costa, monografia no tema “introdução dos mecanismos de consenso na justiça criminal brasileira: o acordo de não persecução penal”, 2019, Recife.

SÁNCHEZ, J. M. La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. rev. e amp. Madrid: Civitas, 2001

SOUSA, Marllon. Plea Bargaining no Brasil. Salvador: Editora, 2019

Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6304/DF. Relator: Celso de Melo. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>

TÁVORA, N. Curso de Direito Processual Penal. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): Acordo de não persecução penal.

Capítulo

02



Aplicação do princípio da insignificância ao delito de descaminho

Anunciato Leite de Oliveira Junior
Carlos Alexandre de França do Prado Nery
Vinícius de Mattos Oliveira

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.188.2

RESUMO

O ordenamento jurídico pátrio, composto por inúmeras leis, busca regular o maior número possível de relações humanas, todavia, diante das suas peculiaridades, nem sempre a letra fria da lei consegue alcançar o objetivo primordial do Direito: a pacificação social. Nesta esteira, utilizam-se outras fontes, como doutrina, jurisprudência e princípios, dentre outras, para solucionar diversos casos de forma mais justa, equalizando-se a proporção entre conduta e consequência. O presente trabalho tem como objetivo discorrer sobre a aplicação do princípio da insignificância aos delitos de descaminho, suas reverberações e os diversos posicionamentos. Foi feita pesquisa doutrinária, legal e jurisprudencial acerca do tema. Verificou-se que, apesar da intenção de poupar o Poder Judiciário daquilo que se convencionou chamar de “crimes de bagatela”, desafiando-se, por conseguinte, o sistema penitenciário, há dissensão entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. A Corte foi a primeira a uniformizar o entendimento pela sua aplicabilidade, contudo, sem que seus eminentes integrantes tenham plena convicção se é o mais acertado, considerando o volume global de receita que se perde, ante as mazelas e necessidades da sociedade brasileira. Buscou-se, ainda, solução alternativa para a questão.

Palavras-chave: insignificância. bagatela. descaminho. prejuízo. erário.

ABSTRACT

The national legal system, composed of numerous laws, seeks to regulate as many human relations as possible, however, in view of its peculiarities, the cold letter of the law does not always achieve the primary objective of law: social pacification. Therefore, other sources are used, such as doctrine, jurisprudence and principles, among others, to solve several cases more fairly, equalizing the proportion between conduct and consequence. This work aims to discuss the application of the principle of insignificance to the crimes of misdemeanor, its reverberations and the various positions. Doctrinal, legal and jurisprudential research was carried out on the subject. It was found that, despite the intention to spare the judiciary of what was called “taint crimes”, therefore undrowning the prison system, there is dissension among the Ministers of the Supreme Court. The Court was the first to standardize the understanding by its applicability, however, without its eminent members having full conviction if it is the right one, considering the overall volume of revenue that is lost, given the ills and needs of Brazilian society. An alternative solution to the issue was also sought.

Keywords: insignificance. taint. misway. injury. heritage.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o Direito surgiu da necessidade regular a vida em sociedade, estabelecendo normas de convivência, revelando-se importante instrumento de pacificação social. O ordenamento jurídico pátrio, é composto, basicamente, pela legislação positivada, como a lei fundamental e suas emendas, leis ordinárias, complementares, decretos, resoluções, medidas provisórias, etc.

Contudo, estas normas, por serem abstratas e genéricas, nem sempre são capazes de

atender todos os tipos de demandas dada a infinidade e as peculiaridades das relações humanas. É neste prisma que surgem outras fontes do Direito, dentre as quais podemos listar, a título exemplificativo, a jurisprudência, a doutrina, os costumes e os princípios. Essas fontes visam preencher as lacunas deixadas pelo ordenamento positivado, de modo a não deixar determinadas situações sem solução ou, ainda, dar-lhes soluções injustas.

Na aplicação do Direito, há que se ponderar se a solução trazida pela letra fria da lei é aquela que o legislador realmente quis propor, pois, como dito linhas atrás, a norma se reveste de caráter genérico e nem sempre sua aplicação pura e simples trará justiça.

Neste trabalho se discutirá a aplicação do Princípio da Insignificância ao crime de descaminho, bem como se dessa aplicação pode decorrer estímulo indireto ao cometimento do delito. Isto porque, se, por um lado, a pena tem caráter pedagógico, que compele o sujeito a não cometer crime, lado outro, a sensação de auferir vantagem com a certeza de que não será punido, pode levar, não só à prática, mas à reiteração da conduta e, em alguns casos, até o recrutamento de outras pessoas, com a consequente proliferação da prática.

Também será analisada, além dessa nefasta consequência no aspecto penal, a inegável repercussão na questão tributária, haja vista que, em um país como o Brasil, de proporções continentais, populoso e com tantas demandas sociais, permitir que se perca vultosa receita não parece razoável.

Não se olvida que as esferas do Direito são independentes. O Fisco pode perseguir seu crédito, a despeito do que dispõe o art. 20¹, da Lei nº. 10.522/2002 e o art. 1^o, da Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda. No entanto, é inegável que a pena de reclusão, teria o condão de induzir o agente ao pagamento do imposto, no interesse de conseguir eventual benesse na dosimetria.

Veremos, ainda, como ao longo do tempo, a jurisprudência se firmou, tanto no Supremo Tribunal Federal (STF), quanto no Superior Tribunal de Justiça (STJ), adotando a quantia de R\$ 20.000,00 como teto admissível de imposto sonegado, sob o fundamento de que o valor é considerado insignificante para ensejar a condenação e prisão do agente.

Porém, recentemente, observou-se, quando do julgamento do Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 144193, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que este entendimento pode mudar, futuramente, eis que foi negado trancamento da ação penal a indivíduo que frustrou o recolhimento do valor de R\$ 12.409,74, bem abaixo do supra citado teto. Esse indício de revisão do posicionamento será melhor desenvolvido ao final do trabalho.

Foi realizada pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, bem como buscou-se avaliar os prós e contras da aplicação do princípio, além de eventuais soluções alternativas para minimizar o impacto, tanto na questão do prejuízo ao erário, quanto na questão carcerária.

1 Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela PGFN ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

2 Determinar: (...) II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

DO SISTEMA PENAL

O Direito Penal, como ramo das ciências jurídicas responsável por tutelar os bens jurídicos essenciais ao convívio em sociedade, é aquele responsável por regular atos omissivos ou comissivos, socialmente reprováveis e de repercussão danosa, fixando sanções a quem cometê-las.

Assim, temos intrincado sistema penal que, de forma simplista, começa na figura do legislador, que elabora a lei prevendo o tipo penal, a pena aplicável, eventuais agravantes e atenuantes; cabendo à polícia civil a apuração e coleta de elementos; à polícia militar a cessação da conduta, quando for o caso; ao Ministério Público a iniciativa da ação penal, nas hipóteses previstas; ao juiz julgar o caso, até que, por fim, se alcance a execução da pena, se a conclusão for pela condenação do indivíduo.

Para servir de arcabouço a esse sistema e permitir que suas engrenagens funcionem de maneira harmônica e organizada, a legislação é pensada para regular desde a tipificação dos delitos, até a atuação de todos os agentes envolvidos.

Acerca do tema, a ilustre lição dos renomados juristas Zaffaroni e Pierangeli (2011), *verbis*:

Chamamos “sistema penal” ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a ideia geral de “sistema penal” em um sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários da execução penal. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011).

Evidentemente, a existência de normas positivadas, por si só, não garante que a justiça será alcançada, pois, como já destacado linhas acima, a lei é elaborada para atingir o maior número de casos possível, sendo genérica e abstrata, sendo necessária a cautela do operador, que poderá, no seu mister, utilizar-se das outras fontes do Direito, dentre as quais, destacamos os princípios.

No conceito de Ivan Luiz da Silva, os princípios são como lei, preceito ou regra a ser seguida, ou, desejavelmente a ser seguido, sendo consequência inevitável de algo. (SILVA, 2011).

Para Ivo Dantas, o princípio é dotado de caráter transcendental, superior e vinculante, dada sua relevância sobre a existência de outros seres e sua capacidade de superar os limites de sua força interna para irradiar comando operadores do funcionamento de estruturas alheias ao próprio ser. (DANTAS, 1995).

Das causas excludentes de ilicitude, culpabilidade e tipicidade

No Estado Democrático de Direito, como é o Brasil, somente o Estado possui a prerrogativa de normatizar e administrar o sistema penal e rechaçar as condutas gravosas à esfera jurídica de outrem, exercendo o denominado *ius puniendi*.

Se o Estado é o dono do poder de punir, a ele também coube fixar hipóteses em que, ao cidadão comum, é permitida a autotutela. São as chamadas causas “excludentes de ilicitude”, elencadas no Código Penal, em seu art. 23, a saber:

- Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade;
- em legítima defesa;
 - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Excesso punível

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Note-se que o parágrafo único traz observação quanto ao uso desmedido das excludentes elencadas, deixando claro que instituto não é de aplicação irrestrita.

Ainda nessa toada, considerando que o conceito tripartite de crime é o mais adotado no Brasil, conceituando-o como conduta típica, ilícita e culpável, a lei trouxe ainda, causas excludentes de culpabilidade, quais sejam: menoridade penal, doença, desenvolvimento incompleto ou retardo mental, coação moral irresistível, obediência hierárquica, estado de embriaguez completa e involuntária, isto é, causada por motivo fortuito ou força maior (artigos 22, 26, 27, 28, inciso II, §1º, todos do Código Penal).

E, por fim, há as causas excludentes de tipicidade, que, no entanto, não foram positivadas, ficando a cargo de outras fontes.

Ressalte-se que as excludentes de tipicidade sempre atingirão o seu conteúdo material, ou seja, aquele referente à aceitação da conduta no meio social e ao grau e extensão da lesividade. A tipicidade formal sempre restará configurada, pois, nada mais é do que a subsunção da conduta do agente à descrição legal do fato.

Assim, temos condutas que, embora descritas como delito, não conduzirão à punição, por atipicidade. Três são os pilares capazes de elidir o aspecto material do tipo, são eles: insignificância, adequação social e o consentimento do ofendido.

A exemplo do que ocorre com a pessoa que realiza modificação corporal com aplicação de *piercings*. A perfuração do corpo se enquadra, formalmente, no tipo penal do art. 129³, do Código Penal, que descreve a lesão corporal. Todavia, por ser um costume amplamente difundido e o procedimento é procurado de forma voluntária por quem se interessa na sua realização, não se pune, a princípio, o profissional que o faz, pois se aplicam, a um só turno, neste caso concreto, o princípio da adequação social e o consentimento do ofendido.

No que tange ao princípio da insignificância, é aplicável ao que a doutrina convencionou chamar de “*crimes de bagatela*”, assim entendido como aquele cujo bem jurídico violado é o patrimônio e sua lesividade é tão ínfima que não se revela coerente, tampouco razoável manter seu agente preso, pois, como já mencionado, a letra fria da lei não pode provocar injustiças e distorções da *mens legis*, quando da sua aplicação.

Este princípio é comumente aplicado aos furtos famélicos, nos quais a *res furtiva*, em geral, consiste em alimentos ou itens de higiene, de baixo valor e em pouca quantidade, e, ainda, deve restar evidente que o agente não adota a referida conduta de forma reiterada.

Diante da baixíssima lesividade, os crimes de bagatela sequer devem ensejar prisão em flagrante, tampouco sua conversão em preventiva, por não se verificar, na espécie, os requisitos

³ Art. 129, Código Penal. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem.

do art. 312⁴, do Código de Processo Penal.

Logo, a autoridade policial, no uso de suas prerrogativas, poderá deixar de efetuar o flagrante, para que o autor do fato aguarde a conclusão do procedimento inquisitorial em liberdade.

Oportuno trazer à baila as pertinentes colocações de Hely Lopes Meirelles (1998), *litteris*:

Tanto nos atos vinculados como nos que resultam da faculdade discricionária do Poder Público, o administrador terá de decidir sobre a conveniência de sua prática, escolhendo a melhor oportunidade e atendendo a todas as circunstâncias que conduzam a atividade administrativa ao seu verdadeiro e único objetivo - o bem comum. (MEIRELLES, 1998).

No entanto, cumpre destacar que, em geral, a incidência das causas excludentes de tipicidade, ilicitude e culpabilidade não é automática, pressupondo-se a existência de persecução penal (apuração e ação penal), e conseqüente apreciação do caso pelo juiz. Ao final, será proferida a sentença absolutória, reconhecendo a incidência da causa correspondente, liberando-se o sujeito.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Referencial teórico

O conceito foi introduzido por Claus Roxin e se baseia no fato de que o Direito Penal deve se ocupar somente dos bens jurídicos mais relevantes, a merecer especial intervenção do Estado, quando os outros ramos do Direito não forem capazes de protegê-los a contento, como corolário dos princípios da intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade.

Sobre o princípio, cumpre colacionar as palavras de Rogério Sanches Cunha:

O legislador, ao tratar da incriminação de determinados fatos, ainda que norteado por preceitos que limitam a atuação do Direito Penal, não pode prever todas as situações em que a ofensa ao bem jurídico tutelado dispensa a aplicação de reprimenda em razão de sua insignificância. Assim, sob o aspecto hermenêutico, o princípio da insignificância pode ser entendido como um instrumento de interpretação restritiva do tipo penal sendo formalmente típica a conduta e relevante a lesão, aplica-se a norma penal, ao passo que, havendo somente a subsunção legal, desacompanhada da tipicidade material, deve ela ser afastada, pois que estará o fato atingido pela atipicidade. (CUNHA, 2015).

De igual modo, nos preciosos ensinamentos de Rogério Greco:

Princípio da insignificância: Analisado em sede de tipicidade material, abrangida pelo conceito de tipicidade conglobante, tem a finalidade de afastar do âmbito do Direito Penal aqueles fatos que, à primeira vista, estariam compreendidos pela figura típica, mas que, dada a sua pouca ou nenhuma importância, não podem merecer a atenção do ramo mais radical do ordenamento jurídico. Os fatos praticados sob o manto da insignificância são reconhecidos como de bagatela. (...) A tipicidade material, a seu turno, que integra o conceito de tipicidade conglobante, seria o critério por meio do qual se afere a importância do bem no caso concreto, sendo o lugar apropriado para a análise do chamado princípio da insignificância. (GRECO, 2017).

Apesar de sua construção exclusivamente teórica, de forma alguma a insignificância viola o princípio da legalidade ou reserva legal. Ao contrário, prestigia o postulado da dignidade humana e da subsidiariedade do Direito Penal.

⁴ A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Segundo Maurício Antônio Ribeiro Lopes:

A conceituação de tal princípio efetivamente não se encontra na dogmática jurídica pois nenhum instrumento legislativo ordinário ou constitucional define ou acata formalmente, apenas podendo ser inferido na exata proporção em que aceitam limites para a interpretação e das leis e geral. É a criação exclusivamente doutrinária e pretoriana, o que se faz justificar estas como autênticas fontes do Direito. (LOPES, 2011).

Sua primeira menção em julgado do Supremo Tribunal Federal, se deu no longínquo ano de 1988. E, no que pese, hoje ser basicamente utilizado nos crimes patrimoniais, sua estreia se deu quando do julgamento de um caso de lesão corporal.

Na ocasião, o então Ministro Aldir Passarinho, determinou o trancamento de ação penal, considerando que a lesão consistiu em pequena equimose. Leia-se a ementa do julgado, *verbis*:

ACIDENTE DE TRÂNSITO. LESÃO CORPORAL. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA. CRIME NÃO CONFIGURADO. SE A LESÃO CORPORAL (PEQUENA EQUIMOSE) DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO E DE ABSOLUTA INSIGNIFICANCIA, COMO RESULTA DOS ELEMENTOS DOS AUTOS - E OUTRA PROVA NÃO SERIA POSSIVEL FAZER-SE TEMPOS DEPOIS - HÁ DE IMPEDIR-SE QUE SE INSTAURE AÇÃO PENAL QUE A NADA CHEGARIA, INUTILMENTE SOBRECAREGANDO-SE AS VARAS CRIMINAIS, GERALMENTE TÃO ONERADAS. (RHC 66869, Relator(a): ALDIR PASSARINHO, Segunda Turma, julgado em 06/12/1988, DJ 28-04-1989 PP-06295 EMENT VOL-01539-02 PP- 00187)

Após esse julgado, a jurisprudência ainda passou longo tempo tímida acerca do tema, tendo sua segunda aparição ocorrido dez anos depois, no julgamento do HC 77003/PE⁵, em feito cuja matéria versava sobre direitos trabalhistas.

Segundo Pierpaolo Cruz Bottini⁶, por ausência de previsão legal expressa, a Corte adotou, por tanto tempo, postura mais conservadora, demonstrando dificuldade na aplicação da insignificância como causa supra legal de excludente da tipicidade material. (BOTTINI, 2012).

Dos critérios objetivos e subjetivos de aplicação

Nos termos da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e na voz majoritária na doutrina, a insignificância, também denominada de bagatela, tem lugar quando incidentes os seguintes requisitos objetivos, a saber:

- I) mínima ofensividade da conduta;
- II) nenhuma periculosidade social da ação;
- III) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;
- IV) inexpressividade da lesão jurídica causada.

Os requisitos são cumulativos, isto é, devem aparecer de forma concomitante.

A mínima ofensividade da conduta se relaciona com o nível de perigo concreto imposto ao bem jurídico tutelado, enquanto que o segundo requisito se ocupa de verificar o perigo concreto oferecido à sociedade, que deve ser nenhum.

⁵ "(...) *Consubstancia ato insignificante a contratação isolada de mão-de-obra, visando à atividade de gari, por município, considerado período diminuto, vindo o pedido formulado em reclamação trabalhista a ser julgado improcedente, ante a nulidade da relação jurídica por ausência do concurso público.*" STF, HC 77.003/PE, Ministro Relator Marco Aurélio, Segunda Turma, Data do Julgamento: 16/06/1998.

⁶ Mestre, Doutor, professor livre docente do Departamento de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

No que tange ao comportamento do agente, deve ser suscetível de compreensão, e não de reprimenda.

Por fim, a análise do último vetor deve mostrar que a lesão causada ao bem jurídico tutelado deve ser ínfima ou inexistente.

O primeiro julgado em que os critérios apareceram, foi proferido no ano de 2004, dezesseis anos após a aplicação inaugural do princípio nos pronunciamentos da Corte.

Segue a ementa:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como **(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada** - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (HC 84412, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/10/2004, DJ 19-11-2004 PP-00029 EMENT VOL- 02173-02 PP-00229 RT v. 94, n. 834, 2005, p. 477-481 RTJ VOL-00192-03 PP- 00963) (grifo nosso)

Há, ainda, o aspecto subjetivo da análise, que consiste na necessária verificação do histórico do agente, sob pena de se prestigiar reiteração de condutas delituosas e, assim, estimular o sentimento de impunidade.

Nem todos os tipos penais são passíveis da aplicação do princípio. Da simples leitura dos requisitos fixados pelo Pretório Excelso, conclui-se que crimes complexos, cujo patrimônio não seja o único bem jurídico tutelado, aqueles cometidos com violência, grave ameaça estão, em regra, excluídos da hipótese, a exemplo do que ocorre no crime tipificado no art. 157⁷, do Código Penal.

⁷ Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

Neste sentido, leciona Mirabete:

Não se pode aplicar ao roubo o princípio da insignificância, ainda que o objeto material seja de ínfimo valor, pois não pode ser tida como irrelevante a conduta que é constituída do emprego de meio que pode lesar seriamente bens jurídicos importantes, como a integridade física, a tranquilidade psíquica etc. (MIRABETE, 2019).

A Corte Maior possui diversos julgados consolidando o entendimento, dentre os quais o de Relatoria da Ministra Rosa Weber, que restou assim ementado:

EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCOMPATIBILIDADE.

É inviável reconhecer a aplicação do princípio da insignificância para crimes praticados com violência ou grave ameaça, incluindo o roubo. Jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (RHC 106360, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012)

No que pese o seu descabimento nos crimes cometidos com violência e grave ameaça, a jurisprudência tem evoluído no sentido de se reconhecer cada vez mais possibilidades de se reconhecer a insignificância, incluindo crimes de entorpecentes e ambientais, no entanto, os delitos mais comuns em que há aplicação do princípio são o furto e o descaminho, sendo este último o objeto desta pesquisa.

Contudo, antes de adentrá-lo, cumpre destacar o teor da Súmula nº 599, do STJ, segundo a qual *“o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública.”*

Os crimes contra a Administração Pública estão elencados no Título XI do Código Penal, que compreende do artigo 312 até o 359-H. Chama atenção o fato de que o descaminho integra o referido título. No entanto, trata-se de evidente exceção à incidência da Súmula.

O crime de descaminho

Os crimes de contrabando e descaminho, outrora conjuntamente previstos no art. 338⁸, do Código Penal, não se confundem. O primeiro, consiste em importar ou exportar mercadoria proibida, enquanto o segundo consiste em frustrar, total ou parcialmente, o pagamento de tributo devido pela entrada ou saída de mercadorias, no território nacional. Cuidam-se, portanto de crimes contra a ordem tributária, cujo bem jurídico tutelado é o erário público, lesado pela evasão de receitas, cuja titularidade pertence ao Estado, sujeito passivo do crime.

Com o advento da Lei nº 13.008, de 26 de junho de 2014, que deu nova redação ao artigo 334 e acrescentou o artigo 334-A ao Código Penal, os institutos jurídicos foram separados, corrigindo-se antiga celeuma, ficando o novo texto legal com a seguinte descrição:

Descaminho

Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

⁸ Art. 334, Código Penal, antes da alteração implementada pela Lei nº 13.008/2014 - Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho;

- vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

- adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

Contrabando

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

- pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando;

- importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente;

- reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação;

- vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira;

- adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira.

§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.

Tanto o descaminho quanto o contrabando são crimes de natureza dolosa, pois exigem do sujeito ativo a intenção deliberada de cometer a conduta.

Exemplos práticos de descaminho seria ausência de notas fiscais ou pagamento de imposto inferior ao devido, quando se tratar de mercadorias importadas ou exportadas. Ou, ainda, mudança de rotulação do produto alterando-se a quantidade para que o imposto incida sobre o menor volume, no intuito de enganar a fiscalização.

Constatada a infração, instaura-se o procedimento administrativo, no qual o agente após exercer seu contraditório, pode sofrer penalidades que variam do perdimento da mercadoria até multa, podendo ser aplicada também outras sanções administrativas.

O art. 6º da Portaria 2.439/2010 da Receita Federal prevê que a representação fiscal para início de ação penal deverá permanecer no âmbito administrativo até o final do prazo para

impugnação. Sobrevindo decisão que afaste a pena de perdimento da mercadoria, a representação deve ser arquivada, sem judicialização.

Apesar da lesão direta aos cofres públicos, afetando a arrecadação de impostos e, por conseguinte, prejudicando a coletividade que seria beneficiada pela aplicação destes recursos, a jurisprudência vem, ao longo dos anos, reconhecendo a possibilidade de exclusão de tipicidade material no crime do artigo 334 do diploma penal, quando o valor não ultrapassar determinado teto.

Aplicação do princípio da insignificância ao crime de descaminho

Anteriormente, havia previsão legal de arquivamento ou não propositura de execução fiscal quando o débito inscrito em Dívida Ativa da União fosse inferior a R\$ 10.000,00 (art. 20º, da Lei nº. 10.522/2002), sendo este o teto adotado pela jurisprudência pátria, durante muito tempo.

Os custos operacionais para cobrança da dívida consumiam, aproximadamente, R\$ 5.600,00, ou seja, mais da metade do crédito perseguido, e a chance de reaver a quantia devida era de, apenas, 25%, conforme estudo desenvolvido pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), elaborado como resultado do acordo de cooperação com o CNJ (Conselho Nacional de Justiça).

A publicação do Comunicado nº 83 do IPEA¹⁰, ensejou a edição da Portaria nº 75/2012 do Ministério da Fazenda, que, em seu artigo 1º, atualizou o valor mínimo para o ajuizamento de execução fiscal para R\$ 20 mil, como se observa do trecho abaixo:

O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso da atribuição que lhe confere o parágrafo único, inciso II, do art. 87 da Constituição da República Federativa do Brasil e tendo em vista o disposto no art. 5º do Decreto-Lei nº 1.569, de 8 de agosto de 1977; no parágrafo único do art. 65 da Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989; no § 1º do art. 18 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; no art. 68 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; e no art. 54 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, resolve:

Art. 1º Determinar:

(...)

II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). (grifo nosso)

Nesse diapasão, a Corte Suprema passou a adotar o novo montante como parâmetro, pois, se ao ente público, maior interessado, é legítimo abrir mão de perseguir os créditos fiscais desta monta, seria possível e razoável, por parte do Poder Judiciário, valer-se da norma mais benéfica ao réu, eis que ampliada margem de aplicação do princípio da insignificância, favorecendo mais pessoas que tenham cometido o delito.

O Superior Tribunal de Justiça, por longo tempo foi na contramão deste entendimento, sob o fundamento de que a atualização do valor é uma adequação da conveniência administrativa da Fazenda para o ajuizamento de execução fiscal, e, adaptar essa conta à jurisdição criminal sem lei para tanto, seria subordinar o Judiciário à conveniência fazendária, que se baseia em questões como economicidade e eficiência administrativas.

9 Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

10 https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf

O Ministro Relator do REsp nº 1393317/PR, Rogerio Schietti Cruz, afirma em seu voto condutor que, aplicar a insignificância ao valor descrito nas portarias seria permitir que a Procuradoria da Fazenda Nacional determine o que a polícia deve investigar, o que o Ministério Público deve acusar e, o que e como o Judiciário deve julgar.

Colaciona-se a ementa do referido acórdão, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR DO TRIBUTO ILUDIDO. PARÂMETRO DE R\$ 10.000,00. ELEVAÇÃO DO TETO, POR MEIO DE PORTARIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, PARA R\$ 20.000,00. INSTRUMENTO NORMATIVO INDEVIDO. FRAGMENTARIEDADE E SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL. INAPLICABILIDADE. LEI PENAL MAIS BENIGNA. NÃO INCIDÊNCIA.

RECURSO PROVIDO. 1. Soa imponderável, contrária à razão e avessa ao senso comum tese jurídica que, apoiada em mera opção de política administrativo-fiscal, movida por interesses estatais conectados à conveniência, à economicidade e à eficiência administrativas, acaba por subordinar o exercício da jurisdição penal à iniciativa da autoridade fazendária. Sobrelevam, assim, as conveniências administrativo-fiscais do Procurador da Fazenda Nacional, que, ao promover o arquivamento, sem baixa na distribuição, dos autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00, impõe, mercê da elástica interpretação dada pela jurisprudência dos tribunais superiores, o que a Polícia deve investigar, o que o Ministério Público deve acusar e, o que é mais grave, o que - e como - o Judiciário deve julgar. 2. Semelhante esforço interpretativo, a par de materializar, entre os jurisdicionados, tratamento penal desigual e desproporcional, se considerada a jurisprudência usualmente aplicável aos autores de crimes contra o patrimônio, consubstancia, na prática, sistemática impunidade de autores de crimes graves, decorrentes de burla ao pagamento de tributos devidos em virtude de importação clandestina de mercadorias, amiúde associada a outras ilicitudes graves (como corrupção, ativa e passiva, e prevaricação) e que importam em considerável prejuízo ao erário e, indiretamente, à coletividade. 3. Sem embargo, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.748/TO, rendeu-se ao entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal no sentido de que incide o princípio da insignificância no crime de descaminho quando o valor dos tributos iludidos não ultrapassar o montante de R\$ 10.000,00, de acordo com o disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002. Ressalva pessoal do relator. 4. A partir da Lei n. 10.522/2002, o Ministro da Fazenda não tem mais autorização para, por meio de simples portaria, alterar o valor definido como teto para o arquivamento de execução fiscal sem baixa na distribuição. E a Portaria MF n. 75/2012, que fixa, para aquele fim, o novo valor de R\$ 20.000,00 - o qual acentua ainda mais a absurdidade da incidência do princípio da insignificância penal, mormente se considerados os critérios usualmente invocados pela jurisprudência do STF para regular hipóteses de crimes contra o patrimônio - não retroage para alcançar delitos de descaminho praticados em data anterior à vigência da referida portaria, porquanto não é esta equiparada a lei penal, em sentido estrito, que pudesse, sob tal natureza, reclamar a retroatividade benéfica, conforme disposto no art. 2º, parágrafo único, do CPP. 5. Recurso especial provido, para, configurada a contrariedade do acórdão impugnado aos arts. 2º, parágrafo único, e 334, ambos do Código Penal, cassar o acórdão e a sentença absolutória prolatados na origem e, por conseguinte, determinar o prosseguimento da ação penal movida contra o recorrido. (STJ - REsp: 1393317 PR 2013/0257645-1, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 12/11/2014, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 02/12/2014)

A divergência, sem dúvidas, causava insegurança jurídica.

Ocorre que, após muitas divergências, a Corte Cidadã acabou cedendo e acompanhando o Supremo Tribunal Federal na adoção do teto de até R\$ 20.000,00 de tributos não recolhidos, como critério de aplicabilidade do conceito de bagatela, no crime de descaminho.

A decisão foi proferida no ano de 2018, quando do julgamento dos recursos especiais submetido ao rito dos recursos representativos de controvérsia nº 1688878/SP e 1709029/MG. Na época, foi proposta a revisão do Tema 157, para acompanhar o entendimento da Corte Maior, e passou a ter a seguinte redação: *“Incide o princípio da insignificância aos crimes tributários*

federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00, a teor do disposto no artigo 20 da Lei 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.”

O REsp nº 1688878/SP restou assim ementado, *verbis*:

RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DOS REPETITIVOS PARA FINS DE REVISÃO DO TEMA N. 157. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS FEDERAIS É DE DESCAMINHO, CUJO DÉBITO NÃO EXCEDA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). ART. 20 DA LEI N. 10.522/2002. ENTENDIMENTO QUE DESTOA DA ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO STF, QUE TEM RECONHECIDO A ATIPICIDADE MATERIAL COM BASE NO PARÂMETRO FIXADO NAS PORTARIAS N. 75 E 130/MF - R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS).

ADEQUAÇÃO. 1. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado, pelo julgamento, sob o rito dos repetitivos, do REsp n. 1.112.748/TO - Tema 157, de forma a adequá-lo ao entendimento externado pela Suprema Corte, o qual tem considerado o parâmetro fixado nas Portarias n. 75 e 130/MF - R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho. 2. Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda. 3. Recurso especial improvido. Tema 157 modificado nos termos da tese ora fixada. (STJ - REsp: 1688878 SP 2017/0201621-1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 28/02/2018, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 04/04/2018)

Somente a título de esclarecimento, no que tange ao crime de contrabando, em tese, é inaplicável o princípio da insignificância, porquanto não está inserido no interesse de arrecadação do Fisco, e sim, no direito da Administração Pública de controlar o ingresso e saída de produtos no território nacional, visando preservar bens como segurança, saúde, proteção de indústria nacional, dentre outros. Outrossim, diante da proibição de circulação da mercadoria objeto do crime, não é possível apurar eventuais valores a serem recolhidos a título de tributo.

Neste ponto, cabe retomar o teor da Súmula nº 599¹¹, do STJ, para fazer breve reflexão acerca de possíveis distorções que podem ser geradas, pois, se, por um lado, considera-se insignificante iludir o recolhimento de impostos em até R\$ 20.000,00, de outro, podemos ver a condenação de funcionário público à pena de reclusão, prevista para o crime de peculato¹², por se apropriar de simples caneta, o que não parece razoável.

Todavia, o fundamento para a aparente injustiça, é que, a exemplo do peculato, o bem jurídico tutelado não se resume, somente, ao patrimônio, mas se estende à moralidade administrativa.

Destaca-se, por fim, que o afastamento da insignificância dos crimes contra a administração pública não é algo peremptório, havendo espaço para minuciosa análise casuística e possível aplicação do princípio.

Cezar Roberto Bitencourt explica que a irrelevância ou insignificância de determinada conduta *“deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida.”* (BITENCOURT, 2012).

¹¹ Súmula nº 599, do STJ. O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública.

¹² Artigo 312, CP. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.

Foi o que ocorreu quando do julgamento do AgRg no REsp 1572314/RS. Na ocasião, o eminente Ministro Relator negou provimento ao agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal, contra decisão de sua lavra, que rejeitou Recurso Especial no qual se pretendia reforma de acórdão estadual, que reconheceu a *“possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos casos de contrabando de pequena quantidade de medicamento para uso próprio.”*

Cumpra colacionar a ementa do referido decisum:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO DE MEDICAMENTO PARA USO PRÓPRIO. QUANTIDADE PEQUENA. AUSÊNCIA DE DOLO E INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E, EXCEPCIONALMENTE, DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO, IN CASU, DA SÚMULA N. 568/STJ. RECURSO DESPROVIDO. 1. Esta Corte de Justiça vem entendendo, em regra, que a importação de cigarros, gasolina e medicamentos (mercadorias de proibição relativa) configura crime de contrabando. 2. Todavia, a importação de pequena quantidade de medicamento destinada a uso próprio denota a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, tudo a **autorizar a excepcional aplicação do princípio da insignificância** (ut, REsp 1346413/PR, Rel. p/ Acórdão Ministra MARILZA MAYNARD – Desembargadora convocada do TJ/SE -, Quinta Turma, DJe 23/05/2013). No mesmo diapasão: REsp 1341470/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 21/08/2014. 3. De outra parte, é certo que o art. 334, primeira parte, do Código Penal, deve ser aplicado aos casos em que suficientemente caracterizado o dolo do agente em introduzir no território nacional mercadoria que sabe ser de proibição absoluta ou relativa. Não se pode olvidar, ainda, o princípio da proporcionalidade quando se constatar que a importação do produto se destina ao uso próprio (pelas características de quantidade e qualidade) e não é capaz de causar lesividade suficiente aos bens jurídicos tutelados como um todo. A análise de tais questões, contudo, compete às instâncias ordinárias, soberanas no exame do conjunto fático-probatório, e não ao Superior Tribunal de Justiça, órgão destinado exclusivamente à uniformização da interpretação da legislação federal. (REsp 1428628/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 12/05/2015). 4. Na espécie, as instâncias ordinárias reconheceram a inexpressiva lesão de duas caixas de medicamentos (uma para emagrecimento – 15mg – e uma para potência sexual – 50 mg), avaliadas em R\$ 30,00. Ausência de dolo. Princípios da proporcionalidade e, excepcionalmente, da insignificância. 5. Incidência da Súmula n. 568/STJ: “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1572314/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

PONDERAÇÃO NA APLICAÇÃO E EFEITOS DECORRENTES

Adentrando a seara dos efeitos práticos na aplicação deste princípio, há que se considerar alguns pontos.

Como dito anteriormente, o Direito Penal deve se ocupar dos bens jurídicos mais relevantes, cuja violação traga maior lesividade, agindo somente quando os outros ramos do Direito não puderem, por si sós, tutelá-los de forma satisfatória. (CAPEZ; PRADO, 2012).

Contudo, é possível a atuação concomitante de duas ou mais áreas das ciências jurídicas. A característica de subsidiariedade do ramo criminal não impede que determinada questão seja levada à apreciação do magistrado, em outra esfera.

O Título IV do Livro I, do Código de Processo Penal, que trata da Ação Civil, é bom exemplo dessa possibilidade, positivada quando da Reforma ocorrida no ano de 2008, com o advento da Lei nº 11.719/08. Ou, ainda, o servidor público que cometa delito no exercício do seu cargo,

pode ser acionado nas áreas administrativa, civil e criminal. São inúmeros os casos em que o Direito pode ser aplicado de maneira multidisciplinar.

A ação conjunta de dois ou mais ramos do Direito, inclusive, é capaz de dirimir as demandas de forma mais justa, considerando que a reparação ocorre em vários aspectos, como o moral, o social, patrimonial, dentre outros.

Quando se utiliza o princípio da insignificância para excluir a atuação *ius puniendi* estatal, a linha entre “não se ocupar de bagatelas” e gerar sentimento de impunidade se revela tênue.

Todavia, sobreleva ponderar que, ao criar as normais penais, a intenção do legislador era proteger os bens jurídicos de forma efetiva, guardando coerência e razoabilidade entre a conduta, o grau da sua lesividade e a pena cominada. Não é crível que se tenha pretendido punir com um ano de reclusão quem furtou um pão para se alimentar, por exemplo, notadamente, diante do evidente estado de necessidade que esse agente, provavelmente, se encontrava.

No exemplo dado acima, observamos de forma muito clara a presença dos requisitos autorizadores da aplicação do princípio, a recapitular: mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica causada.

Sendo assim, é desproporcional manter este agente encarcerado. Ademais, a pessoa prejudicada poderia se valer do Direito Civil para ter seu prejuízo reparado.

Evidentemente, há que se analisar, também, o aspecto subjetivo da ação, isto é, o ato deve ter sido cometido de forma isolada, pois a reiteração da conduta, a rigor, afastará a incidência da causa excludente de tipicidade.

Neste sentido:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. DESCAMINHO. **REITERAÇÃO DELITIVA DO PACIENTE A IMPOSSIBILITAR A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.** NECESSÁRIA CONTINUIDADE DA AÇÃO PENAL NA ORIGEM. ORDEM DENEGADA. 1. Possibilidade da contumácia delitiva do Paciente. **A orientação deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de não se cogitar da aplicação do princípio da insignificância em casos nos quais o réu incide na reiteração** do descaminho. 2. Ordem denegada. (HC 131783, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 17/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 01-06- 2016 PUBLIC 02-06-2016) (grifo nosso)

Com relação ao delito do descaminho, durante muito tempo a questão foi tormentosa, embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já estivesse firmada no que tange ao cabimento da insignificância.

De início, a polêmica residia no fundamento extraído do artigo 20 da Lei nº. 10.522/2002, que determina o arquivamento, sem baixa, dos autos de execução fiscal cujo débito consolidado seja igual ou inferior a R\$ 10.000,00, e do artigo 1º da Portaria nº 75/2012, que, posteriormente, elevou esse teto para R\$ 20.000,00.

O entendimento de que a justiça criminal não deve se ocupar de questão que nem o Fisco levou adiante, é controverso. Isto porque o supra citado arquivamento dos autos, sem baixa, não implica dizer que a Fazenda abdicou do crédito ou o considera insignificante, e sim, que não é economicamente viável a pretensão executiva de valores que serão consumidos, quase que

na totalidade, pelo custo do processo.

Nesse sentido, caminhava antigo entendimento do STJ, a saber:

(...) não é possível incidir, nesse crime de descaminho, o princípio da insignificância, pois o parâmetro contido no art. 20 da Lei n. 10.522/2002 (dez mil reais) diz respeito ao arquivamento, sem baixa na distribuição, da ação de execução fiscal (suspensão da execução), o que denota sua inaptidão para caracterizar o que deve ser penalmente irrelevante. Melhor padrão para esse fim é o contido no art. 18,

§1º, daquela mesma lei, que cuida da extinção do débito fiscal igual ou inferior a cem reais. Anote-se que não se desconhecem recentes julgados do STF no sentido de acolher aquele primeiro parâmetro (tal qual faz a Sexta Turma do STJ), porém se mostra ainda preferível manter o patamar de cem reais, entendimento prevalecente no âmbito da Quinta Turma do STJ, quanto mais na hipótese, em que há dúvidas sobre o exato valor do tributo devido, além do fato de que a denunciada ostenta outras condenações por crimes de mesma espécie. Com esse entendimento, a Seção conheceu dos embargos e, por maioria, acolheu-os para negar provimento ao Recurso especial. (EREsp 966.077/GO, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 27/05/2009, DJe 20/08/2009).

De fato, o argumento da Ministra é plausível, a teor do que dispõe o artigo 18, §1º, da Lei nº. 10.522/2002, segundo o qual *“ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais).”*

Depreende-se da leitura do dispositivo que, para o fisco, este é o valor que poderia ser reputado insignificante, eis que sequer merece cobrança. Porém, convencionou-se usar a regra mais benéfica, porquanto nosso sistema penal possui cunho mais garantista.

Assim, considerando as mazelas da justiça brasileira, tão assoberbada, bem como o sabido estado de super lotação do sistema carcerário, acreditou-se não ser razoável manter reclusos os agentes que cometeram delito que incapaz de gerar lesividade importante, tampouco sua conduta se mostrou perigosa, entendimento desposado pela Corte Máxima do país, conforme aresto cuja ementa se transcreve:

HABEAS CORPUS. TIPICIDADE. INSIGNIFICÂNCIA PENAL DA CONDUTA. DESCAMINHO. VALOR DAS MERCADORIAS. VALOR DO TRIBUTO. LEI Nº 10.522/02. IRRELEVÂNCIA PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. **O postulado da insignificância é tratado como vetor interpretativo do tipo penal, que tem o objetivo de excluir da abrangência do Direito Criminal condutas provocadoras de ínfima lesão ao bem jurídico por ele tutelado. Tal forma de interpretação assume contornos de uma válida medida de política criminal, visando, para além de uma desnecessária carcerização, ao descongestionamento de uma Justiça Penal que deve se ocupar apenas das infrações tão lesivas a bens jurídicos dessa ou daquela pessoa quanto aos interesses societários em geral.** 2. No caso, a relevância penal é de ser investigada a partir das ordenadas traçadas pela Lei nº 10.522/02 (lei objeto de conversão da Medida Provisória nº 2.176-79). Lei que, ao dispor sobre o “Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais”, estabeleceu os procedimentos a serem adotados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em matéria de débitos fiscais. 3. Não há sentido lógico permitir que alguém seja processado, criminalmente, pela falta de recolhimento de um tributo que nem sequer se tem a certeza de que será cobrado no âmbito administrativo-tributário. 4. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória. (HC 99594, Relator(a): CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 18/08/2009, DJe-204 DIVULG 28-10-2009 PUBLIC 29-10-2009 EMENT VOL-02380-03 PP-00593) (grifo nosso)

Ressalta-se, ainda, na esteira do que já se explanou acerca da subsidiariedade do Direito Penal, que o não prosseguimento da pretensão punitiva não impede a cobrança administrativa do tributo, como defendeu, de forma brilhante, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, quando do julgamento do HC 144193 AgR.

O parâmetro monetário legalmente estabelecido é para a propositura judicial de execução fiscal, mas permanece a cobrança na esfera administrativa. Com efeito, a Lei 10.522/2002, nas condições postas nesta impetração, não dispensa a Fazenda Nacional de cobrar os seus créditos, não renuncia ao seu direito de executar, muito menos afirma que o crédito é inexpressivo (vide arts. 2º, 18, §1º e 20). Tanto é que, se alcançado o montante, por intermédio, por exemplo, de outros débitos fiscais ou da atualização do respectivo débito originário, a execução será ajuizada. Aliás, demonstrado o elevado potencial de recuperabilidade do crédito, não há óbice para o ajuizamento do executivo fiscal cujo valor consolidado seja igual ou inferior ao referido montante (PORTARIA 75, de 22/3/2012, art. 1º, § 6º).

Contudo, neste mesmo voto condutor, adverte acerca do sentimento de impunidade que pode ser fomentado, com o teor do artigo 1º da Portaria 75/2012 do Ministério da Fazenda, bem como com a aplicação do Princípio da Insignificância ao crime em comento, verbis:

Ressalto que essa “estratégia de cobrança” da Fazenda Pública favorece a proliferação de verdadeiras quadrilhas voltadas à prática de descaminho, com o recrutamento de pessoas sem antecedentes criminais para executar a tarefa de inserir no território nacional mercadorias enquadradas no valor máximo firmado nas portarias, de modo que a ação resulta em extinção de punibilidade ou reconhecimento de atipicidade da conduta. Essas pessoas permanecem em situação de primariedade e continuam a fazer parte do círculo vicioso; ocorre uma espécie de atuação de “formiguinhas” para efetivar o descaminho.

De forma alguma, o princípio pode ser usado ou interpretado como meio de produzir ou estimular impunidade. No entanto, a explanação do Ministro é correta, pois, ao aplicá-lo, o Poder Judiciário não pretende incentivar a prática do crime, porém, para aqueles que possuem caráter voltado às condutas delituosas, é a mensagem que se passa.

E não se pode deixar de fora da discussão o imensurável prejuízo ao erário público, já tão combalido. Toda a população padece, pois os recursos que deixam de ser arrecadados, também deixam de ser investidos nas áreas de interesse social, como saúde, segurança, educação, dentre outras. O valor de R\$ 20.000,00 pode ser considerado bagatela, isoladamente. Todavia, se somarmos cada processo em que o princípio foi aplicado, a quantia, com certeza, alcançará cifras astronômicas e, diante disso, para o erário e para a população, o conceito de bagatela se esvai.

Nas preciosas lições de Guilherme Nucci:

(...) não nos parece que, em matéria penal, deva-se confundir a medida de política fiscal com a política criminal. Num país como o Brasil, considerar R\$ 20.000,00 (ou superior) como bagatela soa-nos demais permissivo. Pode ser que não compense à União acionar o Judiciário para cobrar a dívida, mas não quer dizer que o referido montante seja pífio. (NUCCI, 2016).

Por esta razão, o Procurador Regional da República, Rogério Tadeu Romano, em seu artigo ¹³publicado no sítio eletrônico Jus Navigandi, defende a necessidade de se desvincular o “*bem jurídico tutelado no crime do descaminho do interesse meramente econômico-fiscal de ajuizamento das execuções*”, pois o caráter extrafiscal dos tributos que deixam de ser recolhidos aos cofres públicos é evidente.

Um levantamento feito pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT) ¹⁴revela que o Brasil perde, anualmente, cerca de R\$ 417 bilhões com sonegação, aí considerados os impostos de origens diversas. A quantia seria suficiente para, ao menos, melhorar drasticamente, a situação da saúde pública, por exemplo.

¹³ <https://jus.com.br/artigos/34027/crime-de-descaminho-e-portaria-mf-75>

¹⁴ <https://drive.google.com/file/d/1YqsYcbFHWBvZo0MZtdTvCAG98cZ30oaA/view>

DA SOLUÇÃO ALTERNATIVA

Repise-se que a extinção da ação penal não impede o lançamento e persecução do tributo. Mas é de notório conhecimento que a certeza da punição na esfera criminal, com iminência de privação da liberdade, pode levar o agente a desistir de cometer o delito, ou, ainda que o cometa, pode ser capaz de compelir ao pagamento do tributo, como forma de redução da pena.

Ademais, em um momento em que a sociedade, diariamente massacrada pela violência, pela corrupção, pela falta de estrutura minimamente digna para sua subsistência, clama por mais rigor nas penas, seria interessante rever os critérios de utilização de certos institutos.

Ainda que não seja razoável encarcerar aquele que frustrou o recolhimento de impostos, também não parece plausível aplicar o conceito de bagatela ao valor de R\$ 20.000,00, consideravelmente elevado.

Uma solução para este impasse seria, adotar valor mais baixo, como aquele sugerido pela Ministra Laurita Vaz. Ou, no lugar do princípio da insignificância, aplicar o princípio da irrelevância penal do fato ou desnecessidade da pena, também chamado de bagatela imprópria, como causa supralegal de extinção da punibilidade.

Sobre o tema, mister destacar os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes¹⁵, em seu elucidativo artigo “*Caso Angélica Teodoro: ‘roubo de um pote de manteiga’ e princípio da irrelevância penal do fato*”.¹⁶

Neste artigo, ele fala sobre o caso, ocorrido em novembro de 2005, no qual, uma jovem de 18 anos ficou presa por 128 dias pela subtração de um pote de manteiga, no valor de R\$ 3,10, até que o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo Gallotti, lhe concedeu liberdade provisória para aguardar o julgamento.

O crime foi capitulado como roubo, dada a ameaça de morte ao dono do estabelecimento, como destacou o juiz sentenciante, que a condenou a quatro anos de reclusão, além de dez-dias multa.

O artigo traz clara diferenciação entre os princípios da insignificância e o da irrelevância penal do fato, conforme trecho que ora se destaca, *verbis*:

Não se pode confundir, desse modo, o princípio da insignificância com o princípio da irrelevância penal do fato: aquele está para a infração bagatelar própria assim como este está para a infração bagatelar imprópria. Cada princípio tem seu específico âmbito de incidência. O da irrelevância penal do fato está estreitamente coligado com o princípio da desnecessidade da pena. Ao furto de um pote de manteiga deve ser aplicado o princípio da insignificância (porque o fato nasce irrelevante). Tratando-se de ‘roubo’, que envolve bens jurídicos sumamente importantes (integridade física, liberdade individual etc.), pode ter incidência o princípio da irrelevância penal do fato (se presentes todos os seus requisitos). (...) Os princípios da insignificância e da irrelevância penal do fato, a propósito, não ocupam a mesma posição topográfica dentro do Direito penal: o primeiro é causa de exclusão da tipicidade material do fato (ou porque não há resultado jurídico grave ou relevante ou porque não há imputação objetiva da conduta); o princípio da irrelevância penal do fato é causa excludente da punição concreta do fato, ou seja, de dispensa da pena (em razão da sua desnecessidade no caso concreto). Um afeta a tipicidade penal (mais precisamente, a

¹⁵ Mestre em Direito penal pela Universidade de São Paulo e secretário-geral do IPAN (Instituto Panamericano de Política Criminal).

¹⁶ <https://tribunapr.uol.com.br/noticias/caso-angelica-teodoro-roubo-de-um-pote-de-manteiga-e-principio-da-irrelevancia-penal-do-fato/#:~:text=Os%20princ%C3%ADpios%20da%20insignific%C3%A2ncia%20e%20da%20irrelev%C3%A2ncia%20penal,%28em%20raz%C3%A3o%20da%20sua%20desnecessidade%20no%20caso%20concreto%29>

tipicidade material); o outro diz respeito à (desnecessidade de) punição concreta do fato. O princípio da insignificância tem incidência na teoria do delito (aliás, afasta a tipicidade material e, em consequência, o próprio crime). O outro pertence à teoria da pena (tem pertinência no momento da aplicação concreta da pena). O primeiro tem como critério fundante o desvalor do resultado ou da conduta (ou seja: circunstâncias do próprio fato); o segundo exige sobretudo desvalor ínfimo da culpabilidade (da reprovação: primário, bons antecedentes etc.), assim como o concurso de uma série de requisitos post-factum que conduzem ao reconhecimento da desnecessidade da pena no caso concreto (pouco ou nenhum prejuízo, eventual prisão do autor, permanência na prisão por um fato sem grande relevância etc.). Para que se reconheça esse último princípio (assim como a desnecessidade ou dispensa da pena), múltiplos fatores, portanto, devem concorrer: ínfimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos ou devolução do objeto, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de o agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc. Tudo deve ser analisado pelo juiz em cada caso concreto. Lógico que todos esses fatores não precisam concorrer (todos) conjugadamente. Cada caso é um caso. Fundamental é o juiz analisar detidamente as circunstâncias do fato concreto (concomitantes e posteriores) assim como seu autor. O fundamento jurídico para o reconhecimento do princípio da irrelevância penal do fato reside no art. 59 do CP (visto que o juiz, no momento da aplicação da pena, deve aferir sua suficiência e, antes de tudo, sua necessidade). Mas quando o juiz reconhece o princípio da irrelevância penal do fato não está concedendo um perdão judicial extra-legal. Não é o caso. Referido princípio não é extra-legal, ao contrário, tem amparo legal expresso (no art. 59 do CP). O juiz reconhece a dispensa da pena (ele deixa de aplicar a pena) no caso concreto e isso é feito com base no art. 59 do CP (que diz que o juiz só aplica a pena quando for necessária para reprovação e prevenção do delito). A sentença do juiz, nesse caso, tem a mesma natureza jurídica da sentença que concede perdão judicial: declaratória de extinção da punibilidade (Súmula 18 do STJ).” (GOMES, 2006).

Da leitura é possível depreender que, aos casos de descaminho, melhor solução seria dada aplicando-se a desnecessidade da pena no lugar da insignificância, desde que condicionada ao pagamento do tributo sonegado.

A condição se justifica, pois, apesar de configurar crime contra a ordem tributária, o descaminho não induz lançamento de crédito tributário, haja vista que a penalidade administrativa, em regra, é o perdimento das mercadorias, o que impede a apuração, o lançamento e, consequentemente, a execução fiscal.

Logicamente, dever-se-ia manter o critério subjetivo da não reiteração. Pois aquele que atua em continuidade delitiva mostra que, além de não se arrepender de sua conduta, continua a lesar o erário público, elidindo dois dos requisitos fixados pelo STF: reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica causada.

POSSIBILIDADE DE REVISÃO JURISPRUDENCIAL

Há indícios de que o panorama pode mudar, futuramente. Ao julgar o Agravo Regimental em HC nº 144193, já citado neste trabalho, o Ministro Alexandre de Moraes planta importante semente ao rejeitar a aplicação da insignificância ao crime de descaminho, cujo valor do imposto apurado foi de R\$ 12.409,74.

Cumprе colacionar a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. QUANTUM PARA AJUIZAMENTO DAS EXECUÇÕES PENAIS. INDEPENDÊNCIA DAS RESPONSABILIDADES NAS ESFERAS ADMINISTRATIVA, CÍVEL E PENAL.

1. O critério objetivo-formal invocado pela defesa – quantum para ajuizamento das execuções fiscais – para aplicação do princípio da insignificância não se coaduna com (a) a

proteção dos bens jurídicos tutelados pelo crime de descaminho e (b) a independência das responsabilidades nas esferas administrativa, cível e penal. Por menor que possa ter sido o resultado da lesão patrimonial, a aplicação do princípio da insignificância não pode ignorar os demais elementos do tipo penal não patrimoniais considerados igualmente pelo legislador como bens jurídicos a serem tutelados. 2. É pacífica a jurisprudência desta CORTE no sentido de que a demanda penal proposta pela prática do crime de descaminho não se sujeita às condições procedimentais de natureza administrativa referentes aos delitos materiais contra a ordem tributária. 3. O parâmetro monetário legalmente estabelecido é para a propositura judicial de execução fiscal, mas permanece a cobrança na esfera administrativa. Com efeito, a Lei 10.522/2002, nas condições postas nesta impetração, não dispensa a Fazenda Nacional de cobrar os seus créditos, não renuncia ao seu direito de executar, muito menos afirma que o crédito é inexpressivo (vide arts. 2º, 18, §1º e 20). 4. A consideração de que o expressivo montante de R\$ 12.409,74 (doze mil, quatrocentos e nove reais e setenta e quatro centavos) não pode ser considerado irrelevante ou insignificante, aliada à efetiva ofensa a interesses caros ao Estado e à coletividade, impede o reconhecimento da atipicidade da conduta do agente. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 144193 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 15/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 03-09-2020 PUBLIC 04-09-2020)

Conforme registrado na ata da sessão de julgamento, houve debate entre o Relator e a Ministra Rosa Weber, que, posteriormente, se estendeu aos demais integrantes da turma, ficando explícito que os magistrados sequer concordam com a aplicação da insignificância nesta hipótese, mas mantém o posicionamento por questões de preservação da jurisprudência já consolidada.

Como afirmou o eminente Ministro Luis Roberto Barroso (2021).

com algum grau de desconforto, mantivemos a jurisprudência. (...) embora tenha acompanhado a jurisprudência, sempre me trouxe constrangimento (...) que o valor de 20 mil reais seja considerado insignificância quando, às vezes, o roubo de alguma coisa no supermercado não é.

Em seguida, pediu vista de autos e, ao proferir seu voto, seguiu o relator.

Isto reforça a ideia de que, embora nobre a intenção de não ocupar a Justiça Criminal com pequenezas, deve se cuidar para não provocar distorções como a citada pelo Ministro, indicando que há possibilidade deste entendimento ser revisto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito, como ferramenta de pacificação social, deve ser constantemente estudado, observado e compreendido, pois deve acompanhar a evolução da sociedade a que atende. Ao ser utilizado, deve resolver o caso concreto da forma mais justa possível. Para isso, não é raro que o operador se utilize de fontes diversas da lei positivada. Nesse cenário, os princípios surgem como importante norte, por estarem em posição supra legal.

Com este trabalho, procurou-se revisitar o Princípio da Insignificância e avaliar a sua atual aplicação ao crime de descaminho. Não se olvida a índole subsidiária, de intervenção mínima e *ultima ratio* do Direito Penal, dada a prioridade que se deve dar aos bens jurídicos realmente relevantes.

Embora se busque evitar o encarceramento de pessoas que iludiram o recolhimento de imposto, em até R\$ 20.000,00, sob o fundamento de que o Estado não se ocupa de bagatelas e que a lesão foi ínfima ao bem jurídico tutelado, que é o erário, acabamos por nos esquecer que

há um bem jurídico ainda maior sendo veladamente massacrado, que é a dignidade humana, prejudicada com as altas cifras que se deixa de arrecadar.

O Brasil padece com tantas mazelas, como corrupção, violência, má qualidade dos serviços públicos prestados, e a renúncia desta receita é mais uma.

Existem outros meios de compelir o agente ao recolhimento do imposto, sem que o Fisco precise ajuizar a execução fiscal e suportar todo o prejuízo visto neste trabalho, notadamente, porque no crime de descaminho, o imposto sequer é apurado quando há perdimento da mercadoria. Nessa hipótese, o Juízo Criminal atuaria como importante recuperador dos valores, ao condicionar a liberdade do apenado ao seu pagamento integral, ainda que de forma parcelada.

Ao que parece, a jurisprudência começa a trilhar novo caminho neste sentido, com o Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 144193, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que provocou a reflexão e o debate entre os integrantes da Corte Suprema ao negar o trancamento da ação penal na qual o acusado frustrou o recolhimento de “apenas” R\$ 12.409,74. Sendo assim, vislumbra-se possibilidade de, em futuro não tão distante, a nação fechar uma das válvulas por onde escapam as perspectivas de dias melhores.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Ministro Luís Roberto. Entrevista com o Ministro Luís Roberto Barroso. Revista do TCU, v. 1, n. 148, p. 6-10, 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012. v.1.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz el at. A confusa exegese do Princípio da Insignificância e sua aplicação pelo STF: Análise estatística de julgados. Revista Brasileira de Ciências Criminais: São Paulo. n. 98, setembro/outubro de 2012.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. Código penal comentado. 3ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal, volume único: parte geral. 3ª ed. – Bahia: Juspodivm, 2015.

DANTAS, Ivo. Princípios constitucionais e interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

ESTUDO AUTOS DE INFRAÇÃO E SONEGAÇÃO FISCAL. Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT). Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1YqsYcbFHWBvZo0MZtdTvCAG98cZ3ooaA/view> Acesso em 13/04/2022.

GOMES, Luiz Flávio. Caso Angélica Teodoro: “roubo de um pote de manteiga” e princípio da irrelevância penal do fato. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1020, 17 abr. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8258>. Acesso em: 26 mai. 2022.

GRECO, Rogério. Código Penal comentado. 11ª. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro apud SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal.

2.ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Código Penal Interpretado. 10ª. ed. - Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado 16ª. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ROMANO, Rogério Tadeu. Crime de descaminho e Portaria MF 75. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4498, 25 out. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34027>. Acesso em: 13 abr. 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral — 9ª. ed. rev. e atual. — São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. v.1. SILVA, Ivan Luiz da. Princípio da insignificância no direito penal. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2011.



**Medidas protetivas de urgência
incluídas pela lei 13.984, de 2020, na
prevenção de delitos praticados sob a
égide da lei Maria da Penha**

**Urgency protective measures
included by law 13,984, of 2020, in
the prevention of crimes committed
under the Maria da Penha law**

Carolina Gottseling Hoffmann

Acadêmica de Direito da Faculdade ISEPE/RONDON

Marcelo Wordell Gubert

Professor Orientador da Faculdade ISEPE/RONDON. Doutor em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. Advogado, e Professor das cadeiras de Processo Penal, Direito Penal e Prática de Processo Penal.

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.188.3

RESUMO

Este estudo teve como objetivo analisar se de fato as Medidas Protetivas de Urgência Incluídas pela Lei 13.984, de 2020, na Prevenção de delitos praticados sob a Égide da Lei Maria da Penha, a fim de futuros melhoramentos por mais abrangência e efetividade à proteção da mulher. À vista disso, foi adotado como hipóteses da pesquisa, nas perspectivas da concretização dos fatos, neste caso, se apresenta: as Medidas Protetivas de Urgência incluídas na Lei Maria da Penha Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha (LMP), são efetivas e as Medidas Protetivas de Urgência não são eficazes na prevenção à violência contra a mulher. Para atingir os objetivos propostos, se optou pela metodologia de pesquisa em referenciais bibliográficos, com uso do método de abordagem qualitativa, tendo como base estudos e pesquisas publicadas, constituídas principalmente de livros e artigos e periódicos científicos. Conclui-se que as Medidas Protetivas de Urgência Incluídas pela Lei 13.984, de 2020, incluídas para prevenção de delitos praticados contra a mulher, elas não estão sendo por si só eficazes, para proteger a vítima do autor do delito e manter o mesmo afastado da vítima e muitos casos volta a reincidir a mesma situação de violência ou até com maior grau de violência. Assim, é preciso procurar meios para reprimir essas ações, sem a necessidade de levar ao cárcere o agressor, bem como é preciso à adoção de medidas que efetivamente gerem efeitos mais duradouros e que permaneçam por mais tempo.

Palavras-chave: violência contra mulher. efetivas. agressor. medidas protetivas de urgência. proteção.

ABSTRACT

This study aimed to analyze whether in fact the Urgent Protective Measures included by Law 13.984, of 2020, in the prevention of crimes committed under the aegis of the Maria da Penha Law, in order to future improvements for more comprehensiveness and effectiveness in the protection of women. In view of this, it was adopted as hypotheses of the research, in the perspective of the concreteness of the facts, in this case, it is presented: the Urgent Protective Measures included in the Maria da Penha Law 11.340, of August 07, 2006, known as Maria da Penha Law (LMP), are effective and the Urgent Protective Measures are not effective in the prevention of violence against women. In order to reach the proposed objectives, the research methodology was based on bibliographical references, using a qualitative approach, with published studies and researches, consisting mainly of books, articles and scientific periodicals. We conclude that the Urgent Protective Measures included by Law 13.984, of 2020, included for the prevention of crimes against women, are not being effective in themselves to protect the victim from the author of the crime and to keep him away from the victim. Thus, it is necessary to look for ways to repress these actions, without the need to take the aggressor to jail, as well as the adoption of measures that effectively generate more lasting effects and that remain for a longer period of time.

Keywords: violence against women. effective. aggressor. urgent protective measures. protection.

INTRODUÇÃO

A violência é definida como sendo um fenômeno histórico e social de análise multifacetada, aglomerando expressões de caráter diverso ligadas às estruturas econômicas, políticas, sociais, culturais e comportamentais, que dão base e aceitabilidade, em muitas situações, aos atos de violência legitimada, frente a uma concepção enraizada de uma sociedade patriarcal, no qual foi forjada a ideia de convivência homem mulher até os dias de hoje (GERALDI, SILVEIRA; NETO, 2020).

O que colabora para que essa violência doméstica contra mulher persista para Rocha (2010, p. 15) é o fato de ser “silenciosa, não porque o chicote não tenha feito barulho, mas porque o choro delas foi embargado. Porque elas, ou por medo ou por vergonha, continuam a não revelar tudo que se passa, e isso não é só numa classe social”.

A violência tem afetado as mulheres de diferentes classes sociais, etnias e se encontra enraizada em todo território brasileiro. E, a violência contra a mulher nos dias de hoje não é mais vista apenas como um problema de ordem individual ou privada, mas sim como um fenômeno estrutural, sendo responsabilidade de toda sociedade, pois se sabe que em muitos casos a mulher agredida não denuncia o agressor, seja por medo ou dependência tornando difícil, qualquer medida contra tal fenômeno.

Foi na década de 1980, que surgiu um dos primeiros estudos sobre a violência contra as mulheres, dando início a um processo de desnaturalização da violência, de rompimento com os ciclos de violência, e proteção permanente do Estado, ocorreu por meio da Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, essa lei é vista pela Organização das Nações Unidas (ONU) como sendo uma das três leis, vistas em todo mundo como uma das mais avançadas de enfrentamento à violência contra as mulheres.

A Lei Maria da Penha desde sua promulgação criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, já previsto nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, mas que passaram a ter mais visibilidade a partir da efetivação da lei.

Outros mecanismos já buscavam coibir a violência contra a mulher, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres de 1979, alteração do Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal e de outras providências e Criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que são órgãos da Justiça Ordinária que possui competência cível e criminal, e podem ser criados tanto pela União, nos Estados, para que ocorra o processo, o julgamento e a execução das causas oriundas de atos de violência doméstica e familiar praticados contra as mulheres.

A Lei Maria da Penha, no decorrer desses anos sofreu muitas alterações, entre as mais recentes alterações legislativas está a Lei 13.984, de 2020 que estabelece como Medidas Protetivas de Urgência, diante dos delitos praticados sob a égide da Lei Maria da Penha, surge para estabelecer como medidas protetivas de urgência a frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial.

Outra alteração que ocorreu com a Lei n.º 14.188/21 que mantém no Código Penal, o crime de agressão é estabelecido reclusão, de 01 (um) a 04 (quatro anos) e incluiu crime de violência psicológica contra a mulher, onde a pena varia de 06 (meses) a 02 (anos) de reclusão mais

multa. Também garantiu o direito da vítima de pedir o afastamento do agressor do lar em casos de violência doméstica e não apenas em casos de violência física, como era anteriormente.

Frente a estas constatações esse estudo tem a finalidade de responder ao seguinte questionamento: qual a relevância das medidas protetivas de urgência Incluídas Pela Lei 13.984, de 2020, em relação a delitos praticados sob a Égide da Lei Maria da Penha, a fim de futuros melhoramentos por mais proteção da mulher?

Para tanto, o objetivo geral foi analisar se de fato as Medidas Protetivas de Urgência Incluídas pela Lei 13.984, de 2020, na Prevenção de delitos praticados sob a Égide da Lei Maria da Penha, servem de mecanismos para prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. E os objetivos específicos foram avaliar as Medidas Protetivas de Urgência para as mulheres incluídas pela Lei 13.984 de 2020, compreender por meio de pesquisa bibliográfica e na análise da legislação, doutrina e jurisprudência, como essas medidas contribuem para diminuir a violência contra mulheres no Brasil e compreender se a aplicabilidade das Medidas Protetivas de Urgência Incluídas pela Lei 13.984, de 2020 estão sendo eficazes para prevenir e diminuir a violência doméstica e familiar.

À vista disso, adotou-se como hipóteses do trabalho, nas perspectivas da concretização dos fatos, neste caso, se apresenta: as Medidas Protetivas de Urgência incluídas na Lei Maria da Penha Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha (LMP), são efetivas e as medidas Protetivas de Urgência não são eficazes na prevenção à violência contra a mulher.

Para atingir os objetivos propostos, se optou pela metodologia de pesquisa em referenciais bibliográficas, com uso do método de abordagem qualitativa, tendo como base estudos e pesquisas publicadas, constituídas principalmente de livros e artigos e periódicos científicos (GIL, 2008). E a escolha leva em consideração que esse método de pesquisa, faz uso essencialmente das contribuições de inúmeros autores sobre determinado tema (GIL, 2008), dando assim, teor científico à temática.

A natureza da pesquisa pode ser delineada como aplicada, já que busca a resposta de determinadas hipóteses na tentativa de solucionar um problema resolvendo os de forma prática e pesquisando inúmeros fatores favoráveis ao tema elencado.

Em relação aos objetivos, essa pesquisa será exploratória com viés descritivo tendo como intencionalidade desenvolver, esclarecer e até mesmo modificar ideias e conceitos, ou seja, estreitar relação dos estudos analisados, na tentativa de responder os questionamentos iniciais (GIL, 2008).

Quanto ao procedimento de pesquisa, será um levantamento de estudos relacionados ao tema central do estudo. Em relação à abordagem do problema, optou-se pela metodologia qualitativa e a literatura consultada foi em fonte de dados como: livros, artigos, teses, dissertações, documentos em sites oficiais, direcionados para os principais assuntos que deram teor científico a pesquisa.

Portanto esse estudo se justifica, pois busca compreender a relevância das Medidas Protetivas de Urgência Incluídas pela Lei nº. 13.984 de 2020, pois em um cenário em que, muitas situações, em si mesmo as Medidas Protetivas não exercem a efetividade crucial, é imprescindível.

dível buscar formas para inibir a violência contra a mulher, sem haver necessidade de reclusar o agressor, bem como adotar medidas que factualmente gerem resultados mais duradouros, que permaneçam no decorrer do tempo.

DESENVOLVIMENTO

Lutas e trajetórias das mulheres brasileiras

A violência vem ocorrendo desde o surgimento e evolução da espécie humana, e a contextualização histórica nos possibilita apresentar os mais variados fenômenos de violência, praticados desde o surgimento dos primeiros grupos primitivos até a sociedade contemporânea, tal como é conhecida. Mas, nas últimas décadas o tema violência, vem sendo um amplo campo de pesquisas e debates das mais variadas áreas de estudos, sendo abordado por diferentes vertentes analíticas (TONELI, BEIRAS; RIED, 2017).

O machismo é um preconceito enraizado na sociedade em nível mundial, não se pode falar sobre violência doméstica, sem abordar esse fenômeno social, que tem por função predefinir uma relação de subordinação das mulheres e dominação masculina, colocando a mulher em uma posição de inferioridade, objetificando-a, explorando seu corpo e sua mão de obra em prol de lucratividade, surge das relações sociais e estruturais de exploração, opressão e de dominação que são responsáveis pela organização das sociedades (SILVA, 2010).

O machismo é corresponsável pelas situações de violência doméstica, não somente dessa forma de opressão, mas todas as mulheres são atingidas por esse oriundo de uma sociedade alicerçada pelo regime patriarcal em todas as classes sociais e por diversos outros fenômenos.

A história da Luta das Mulheres e do Feminismo existe há mais de 300 anos, séculos esses, marcados por resistência, lutas e reivindicações na busca constante por direitos e igualdade. Os primeiros documentos feministas aparecem na Europa no século XVIII, percorrendo um caminho longo até se estruturar no Brasil. (FREISLEBEN, CARVALHO, 2019).

As primeiras reivindicações e elementos que futuramente guariam o que hoje é conhecido como os direitos das mulheres no Ocidente, iniciaram após o período histórico conhecido como a Idade Moderna (1453 – 1789), mais propriamente depois da Revolução Francesa em 1789, que exigia o direito à liberdade, igualdade e fraternidade (TRAVASSI, 2021).

No século XIX passou a se disseminar pelo resto do mundo, inclusive timidamente no Brasil, quando as mulheres conquistaram o direito de frequentar a escola, o que possibilitou a organização de movimentos sociais consideráveis no século XX (BRASIL, 2018).

A relação de poder exercido sobre as mulheres, sem uma legislação de proteção, permitia que os homens agissem de forma violenta e opressora nas relações, atentando contra a integridade física, psicológica e moral sem serem responsabilizados. Com os movimentos fortificados, o ideário de igualdade foi saindo do campo do imaginário e se concretizando através de vitórias, como em 1932 o voto feminino, seguido da primeira deputada eleita em 1934 no Brasil (FREISLEBEN, 2019).

Foi no ano de 1961 com a renúncia de Jânio Quadros, a posse de João Goulart não

agradava algumas classes da sociedade, frente as suas propostas de governo, desagradando inclusive os Militares, iniciando assim uma campanha denominada “Campanha da Legalidade” para que o legítimo presidente assumisse seu posto, impedido até então, campanha que obteve sucesso e contou com a participação anônima de muitas mulheres (BRASIL, 2018).

Segundo Freisleben e Carvalho (2019), quando no dia 31 de março de 1964 as forças armadas tomaram o poder em um golpe de Estado e iniciou-se um longo período de retrocessos e perdas sociais, como a cassação dos direitos civis e políticos de cidadãos que discordassem do novo regime, as mulheres sofreram represálias imensuráveis. E ainda para Melino e Ojeda (2010, p. 31) “todas, em sua provável maioria, foram despedidas à força em algum momento. São brasileiras que fazem parte da galeria de mulheres combatentes e destemidas, muitas delas ainda insepultas por estarem desaparecidas”.

Ao mesmo tempo em que esses fatos ocorriam, outras mulheres da sociedade civil e de organizações sociais se organizavam em movimentos de protesto e de indignação. Nas ruas e nas praças; dentro das universidades e das escolas; em igrejas, nos sindicatos, nas fábricas, na cidade e no campo. Algumas se levantaram em ações determinantes para que outros setores da sociedade se reunissem em movimento de crítica e de campanha pelo fim da ditadura.

Essa arbitrariedade germinou uma força feminina, até então oprimida, em 1970 emergiu o Movimento Feminista Militante que elaborou um levante e foi contrário ao regime ditatorial e desigualdade de gênero, reivindicando por seus direitos, tanto na esfera social, quanto no âmbito familiar e comunitário.

O movimento também buscava por espaços políticos, os quais ainda eram predominantemente ocupados por homens, muitas mulheres foram torturadas e mortas (SARTI, 2019). E ainda, segundo Freisleben (2019, n.p);

Os movimentos feministas dos anos 70 e 80 somaram à luta pela democracia e à luta pela desigualdade de gênero. No entanto, eram desqualificados pelos meios de comunicação em geral, que as acusavam de alienadas, com preocupações burguesas, de copiarem um modismo de americanas ou europeias.

Conforme os espaços foram sendo conquistados, as necessidades por melhores condições de sobrevivência também, Freisleben e Carvalho (2019), nos trazem que ocorreu na década de 1980 uma maior adesão das mulheres na militância com a intenção de garantir seus direitos, em prol da “redemocratização do regime político no país. Inúmeros grupos e coletivos juntaram-se à causa das mulheres e trouxeram novas pautas como violência, igualdade no casamento, direito à terra e orientação sexual”.

Com o fim da Ditadura Militar e com a promulgação da Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, as mulheres passaram a serem reconhecidas como cidadãs de direito, ampliou de maneira significativa os direitos individuais, sociais, civis e políticos. Com isso, dentre as conquistas dos direitos das mulheres Tavassi (2019, n.p) destaca:

- Determinação da igualdade formal entre homens e mulheres;
- O aumento dos direitos civis, sociais e econômicos das mulheres;
- A igualdade de direitos e deveres na sociedade conjugal (união coma intenção de constituir família sem vínculo jurídico);

- A definição do princípio da não discriminação por sexo;
- A proibição da discriminação das mulheres no mercado de trabalho;
- Estabelecimento de direitos no campo da contracepção, relacionados aos direitos sexuais e reprodutivos.

A Constituição Federal foi um salto político na efetivação dos Direitos das Mulheres, diversos movimentos se levantaram a partir daí, foram sancionadas leis de proteção à mulher como as Leis nº 8.072/1990 e 8.930/1994, que passaram a caracterizar o estupro e o atentado ao pudor como crimes hediondos (TAVASSI, 2019).

Foi a Lei 11.340 de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que possibilitou e viabilizou a discussão acerca deste tipo de violência em sociedade, oferecendo instrumentos de intervenção para a amenização da problemática e punição adequada aos responsáveis. Hoje a violência contra a mulher é vista como um problema de ordem social e estruturante da sociedade brasileira

Lei Maria da Penha

Sancionada em 07 de agosto de 2006 e mais conhecida como Lei Maria da Penha, sua aprovação foi resultado do processo de luta e de resistência dos movimentos de mulheres e feministas desde a década de 1970. A Lei Maria da Penha para Carneiro e Fraga (2012, p. 370) “emerge como uma possibilidade jurídica para resguardar os direitos da mulher, a qual apregoa que a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”. Essa lei (BRASIL, 2006, n.p)

[...] cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Isto posto, na interpretação da Lei Maria da Penha trata no artigo 4º que é preciso ser considerado os fins sociais à qual a mesma é destinada, em especial, as condições específicas as mulheres que se encontram em situação de violência doméstica e ou familiar e, ainda configura em seu artigo 5º as formas de violência doméstica que deixa de ser caracterizado somente como violência física, mas se “configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.” (BRASIL, 2006, n.p) e ainda em seu artigo 6º “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos” (BRASIL, 2006, n.p).

Com a Lei Maria da Penha foi instituída a criação de juizados especiais para os crimes que são nela previstos estabelecendo medidas de assistência e proteção às vítimas, e também de garantir a criação de políticas públicas para a defesa dos direitos da mulher (TAWIL, 2018), ajudando assim a coibir os agressores.

Na sociedade brasileira, além de se tornar um marco legal, essa lei passa a ser um instrumento ético-político no enfrentamento à violência contra a mulher e na luta em prol de seus direitos, pois ainda vive-se em tempos de diferentes maneiras de se oprimir e explorar de opressão

e de exploração se agrava na vida cotidiana (VIDAL, 2019). A sociabilidade brasileira marcada pela desigualdade social, por uma cultura política autoritária e pela reprodução do machismo caracteriza-se ainda pela violação dos direitos das mulheres.

A criação de uma lei específica para tratar a violência doméstica como algo de primordial importância tem alcançado grandes conquistas, esses avanços tem sido fruto das políticas públicas cada vez mais atuantes no enfrentamento da violência contra a mulher.

No Brasil desde a promulgação da Lei Maria da Penha a violência doméstica física ou psicológica contra a mulher tem se mostrado como algo de extrema “gravidade” passando a ser considerado crime deixando de ser de menor potencial ofensivo, com punições bem mais rigorosas.

Hoje em decorrência da Lei Maria da Penha, a violência doméstica e familiar contra a mulher, o agressor pode ser preso em flagrante, e medidas protetivas podem ser postas para garantir a segurança e integridade física, moral e psicológica da mulher. Ao contrário das leis anteriores que banalizam a violência de gênero contra a mulher, sendo imposta na maioria das vezes como forma de punição ao agressor apenas o pagamento de cestas básicas, e serviços comunitários.

Sendo um dever do Estado, em proporcionar políticas voltadas ao enfrentamento e prevenção de todo tipo de violência contra mulher conforme previsto no artigo 35 da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006, n.p), que cabe a

A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:

I-Centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar;

II - Casas-abrigos para mulheres e respectivos dependentes menores em situação de violência doméstica e familiar;

III - delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados no atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar;

IV - Programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar.

Sabe-se que a referida Lei Maria da Penha, é atualmente, a mais importante regra categórica que dispõe a mulher vítima da violência doméstica; todavia, muito embora os indiscutíveis avanços trazidos pela lei, os números aumentam a cada ano no Brasil, tornando perceptível a fragilidade de seu alcance e de suas diretrizes.

Efetividade das medidas protetivas de urgência

A Lei Maria da Penha (LMP), no decorrer dos últimos anos sofreu muitas alterações, uma das mudanças legislativa mais significativa, veio para estabelecer como Medidas Protetivas de Urgência Incluídas pela Lei 13.984, de 2020, na prevenção de delitos praticados contra mulher e que segundo a Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019 autoriza que

[...] nas hipóteses que especifica a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou os seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de

dados mantido pelo conselho nacional de justiça.

As medidas protetivas de urgência constam previstas no artigo. 22 da Lei nº 11.340/2006. Vale salientar que dos objetos de aplicação da Lei Maria da Penha de 2006 estão previstos em seu artigo 5º, acrescido ao Código Penal Brasileiro: Lei de Execução Penal Art. 152 (BRASIL, 2006, n.p), que traz a seguinte redação:

Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas. Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

Já no parágrafo 1º do artigo 22 estabelece que sempre que houver a necessidade de garantir a segurança da vítima, é possível que sejam determinadas outras medidas na lei em vigor e “encontram-se espraiadas em toda a Lei diversas medidas também voltadas à proteção da vítima que cabem ser chamadas de protetivas” (DIAS, 2013, p. 145). E ainda essas medidas podem ser “adiantadas nos casos em que há qualquer tipo de violência doméstica e familiar contra a mulher, isto é, qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico, dano moral ou patrimonial” (RIBEIRO, 2022, p. 23).

Ainda, não será concedida liberdade provisória ao preso, nos casos de risco à efetividade da medida protetiva de urgência. Isso é devido a alteração que ocorreu pela Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019, e segundo Ribeiro (2022, p. 26);

[...] para assentir, nas hipóteses específicas, a aplicação de medida protetiva de urgência pela autoridade judicial ou policial e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

O que ocorre com a Lei 13.827/19, comenta Ribeiro (2022, p. 27), que está dá autorização no caso do município não for sede de Comarca, isto é,

[...] quando não houver magistrado, as medidas protetivas poderão ser aplicadas desde logo pelo delegado de polícia, ou na ausência deste, o próprio policial (civil ou militar) no instante em que recebam a ‘denúncia’. Conquanto, nessas situações deverão ainda comunicar ao magistrado no prazo de vinte e quatro horas, que decidirá em igual prazo para manter ou revogar a medida, cientificando o Ministério Público. Concisamente, a Lei 13.827/19 (...) não extrai do magistrado a ‘palavra final’, apenas antecipa a medida provisória de urgência.

Sendo possível ainda por meio de um advogado requerer a concessão destas através do Ministério Público, por meio de um requerimento formal por escrito, ou pessoalmente em um fórum mais próximo ao município, no Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

A Lei Maria da Penha desde que foi criada tem passado por inúmeras mudanças e alterações em seus artigos, buscando sempre o aperfeiçoamento da mesma no tocante ao combate a violência doméstica e familiar. Em abril de 2020, o artigo 22 da Lei 11.340/06, sofreu alterações que foi através da Lei 13.984/2020 (BRASIL, 2020).

Art. 1º Esta Lei altera o art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para obrigar o agressor a frequentar centro de educação e de reabilitação e a ter acompanhamento psicossocial.

Art. 2º O art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), passa a vigorar com as seguintes alterações: Artigo 22 VI - Comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e VII - acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, Lei nº 13.984, de 3 de abril de 2020).

Hoje os casos que os agressores não se apresentarem aos centros de educativos e/ou de reabilitação, abandonado o tratamento psicossocial por determinação judicial, os mesmos correm o risco de serem presos em flagrante caso, comprovado que a motivação de não comparecerem nos locais acima mencionados for considerada injustificável (NUCCI, 2019).

Ainda vale a pena salientar que em relação as diretrizes e critérios para que funcione os programas com os grupos reflexivos os objetivos são “a premissa das transformações das práticas culturais como importante forma de enfrentamento à violência doméstica e de gênero, destacando a responsabilização dos Homens Autores da Violência (HAV)” (BEIRAS; NASCIMENTO; INCROCCI, 2019, p. 266).

E ainda segundo, Montero e Bonino (2010), se faz necessário que ocorra o diálogo entre os programas realizados com os Homens Autores da Violência (HAV) e outros tipos de políticas e serviços para as mulheres. E que “esses programas devem se configurar como uma das medidas de enfrentamento à violência contra as mulheres e, portanto, devem integrar o conjunto de políticas e ações que são conduzidas nessa direção” (BEIRAS; NASCIMENTO; INCROCCI, 2019, p. 266).

Segundo disposto no artigo 19 da lei 11.340/06 (BRASIL, 2006), a mulher vítima de violência doméstica familiar será concedida sempre que houver a necessidade as Medidas Protetivas de Urgência, as quais podem ser concedidas pelo judiciário a pedido do Ministério Público ou requerido pela vítima/ofendida.

No artigo 22 da lei 11.340/06 (BRASIL, 2015), apresenta que se caso seja comprovado a ocorrência da violência doméstica e familiar, de imediato poderá ser pedido que o agressor seja afastado do convívio familiar, além de proibir de se aproximar da vítima, sendo que o juiz se achar necessário solicitar auxílio da polícia (SANTO; SOUZA, 2020).

Ainda a vítima/ofendida e seus dependentes poderão ser encaminhados para programas de proteção ou atendimento oficial ou comunitário, conforme previsão do artigo 23 da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006, n.p), apresenta a seguinte redação;

Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

- I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;
- II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;
- III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;
- IV - determinar a separação de corpos.
- V - determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga. (Incluído pela Lei nº 13.882, de 2019).

O juiz pode ainda vir a determinar por parte do agressor que esse restitua bens subtraídos indevidamente, suspensão das procurações concedida pela vítima ao agressor, no que se

refere a proteção patrimonial, da sociedade conjugal ou de propriedade particular da mulher, conforme consta no artigo 24 da lei 11.340/06 (BRASIL, 2006).

O Ministério Público, ainda se achar necessário poderá vir a realizar uma fiscalização em locais particulares ou públicos que oferecem atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar e empregar medidas administrativas ou judiciais caso venha a constatar qualquer tipo de irregularidade, conforme previsto no artigo 26 da lei 11.340/06.

A ineficácia das medidas protetivas de urgência

Isto posto, é necessário a efetividade da constituição de grupos de reeducação/reabilitação para agressores, fator pelo qual Ministérios Públicos de diversas comarcas do país já observam essa possibilidade como forma de impedir a reincidência e combater de forma mais ampla a prática de crimes contra as mulheres, especialmente aqueles levados a termo no âmbito doméstico e familiar.

Para o Ministro do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) Joel Ilan Paciornik, não é viável abarcar

As medidas protetivas de urgência da Maria da Penha como espécies de tutela inibitória, já que são concedidas em caráter provisório, a título precário, tendo em vista que se baseiam em um juízo não de certeza, mas de probabilidade, fundado em elementos indiciários colhidos de forma preliminar. “Dessa forma, as medidas devem ser, por sua natureza, revogáveis e reversíveis, quando constatada a superveniente ausência dos motivos autorizadores de sua aplicação” (PACIORNIK, 2022, n.p).

O que se percebe é que as Medidas Protetivas não são em si eficientes para manter o autor do delito afastado da vítima e como resultado volta acometer o ato com maior violência, em muitas situações desrespeitando a ordem judicial que lhe foi imposta.

Além de que, na maioria das situações, o autor da violência faz com que a própria vítima venha retirar a queixa para que assim ocorra anulação da Medida Protetiva. A ausência de apoio apropriado aos órgãos competentes para realizar a fiscalização das medidas, ocasionam que se tornem insuficientes e inúteis tais medidas (SANTO; SOUZA, 2020)

Já existem em várias cidades brasileiras as Delegacias Especializadas de Atendimento a Mulher (DEAM), com escala e plantões. Mas, existe um agravante na Polícia Civil os plantões ocorrem de maneira regionalizada e assim, nos feriados finais de semana ou a noite, não será possível se por ventura a vítima ou familiar necessitar de realizar o registro de uma ocorrência de violência. Sem contar que os efetivos das policias estão reduzidos por comprimento da carga horária devido a demanda ser grande de casos, não suprimindo as necessidades reais. O que ocorrerá é o atendimento de unicamente das ocorrências geradas por guardas civis municipais e policiais militares (SINDPOL, 2020).

Também hoje existe um desprovimento de fiscalização para que Medidas Protetivas de Urgência Incluídas pela Lei 13.984, de 2020, incluídas na Lei Maria da Penha possam ser efetivadas e eficazes. Bem como uma falta de estruturas adequadas aos órgãos competentes para fiscalizar e inspecionar as medidas protetivas, gerando a sua ineficácia.

Outro agravante, há uma demora de resposta das solicitações, por parte do Ministério Público e o Poder Judiciário, em relação ao recebimento de denúncias, Inquéritos Policiais, de-

vido a ausência de estrutura e suporte necessários que possam apresentar as cabidas tratativas aos seus representados, fazendo com que o delito prescreva ocasionando assim, a lei Maria da Penha e suas Medidas Protetivas se tornem ineficientes em coibir a violência contra a mulher.

Portanto em um cenário em que, muitas vezes, por si só as medidas protetivas não desempenham a efetividade necessária, é imprescindível buscar meios para reprimir a violência doméstica e familiar, sem necessariamente encarcerar o acusado, bem como adotar medidas que efetivamente produzam efeitos mais longos, que perdurem no tempo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Maria da Penha é um importante dispositivo em relação à repressão a violência doméstica, ou seja, qualquer ato ou omissão que ocasione a morte lesão física, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial contra mulher. Mas, em se tratando das Medidas Protetivas, elas não são por si só eficazes, para proteger a vítima do autor do delito e manter o mesmo afastado da agredida e muitas situações reincide a mesma ação com violência maior ainda.

Como foi possível apurar que entre as situações mais comuns o agressor desrespeitando a ordem judicial que lhe foi imputada, procuram a vítima agredida intimidando ou impondo que a vítima retire a queixa feita contra ele, ocasionando assim, que a referida Medida Protetiva seja revogada, e essa vítima passa a ser um alvo mais potencial a residência do ato.

Os estudos mostram que outro agravante que acarreta na ineficiência e em muitos casos da não efetivação das Medidas Protetivas de Urgência inclusas pela Lei 13.984, de 2020, incluídas na Lei Maria da Penha é a carência de fiscalização. Sem contar da ausência de estruturas adequadas aos órgãos competentes para que ocorra a fiscalização e inspeção para gerar a eficácia das Medidas Protetivas.

Ainda, apurou-se que um dos fatores que não contribui para eficácia das Medidas Protetivas de Urgência, é fruto da problemática em relação ao recebimento de denúncias, Inquéritos Policiais, por parte do Ministério Público e o Poder Judiciário, devido à morosidade nas respostas das solicitações, pela falta de estrutura e suporte adequados para ser possível expor as oportunas tratativas aos seus representados.

O que se vê nessas situações é que acaba ocasionando que prescreva o delito, tornando assim que a Lei Maria da Penha e suas Medidas Protetivas de Urgência inclusas pela Lei 13.984, de 2020, se tornem ineficazes e insuficientes para reprimir a violência contra a mulher.

Dessa forma diante das análises realizadas percebe-se que nas perspectivas da concretização dos fatos, neste caso, se apresenta que as Medidas Protetivas de Urgência incluídas na Lei Maria da Penha Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha (LMP), não apresenta efetividade na prevenção à violência contra a mulher, necessitando de novos olhares em relação seja dos diferentes órgãos executivo, legislativo e judiciário.

Enfim, com isso gera-se um cenário em que, na maioria das vezes, por si só as Medidas Protetivas de Urgência não atuam na efetivação essencial, para dar suporte jurídico às vítimas de violência doméstica e/ou domiciliar. Isto posto é fundamental procurar mecanismos e meios para reprimir essas ações, sem a necessidade de levar ao cárcere o agressor, bem como é pre-

ciso à adoção de medidas que efetivamente gerem efeitos mais duradouros e que permaneçam em longo prazo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Maria de Fátima. Violência e abuso sexual na família, *Psicologia em Estudo*, Maringá, v, 7, n. 2, jul/dez, p. 3-11, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pe/v7n2/v7n2a02.pdf>/ Acesso em: 22 nov.2022.

BEIRAS, Adriano; NASCIMENTO, Marcos; INCROCCI, Caio. Programas de atenção a homens autores de violência contra as mulheres: um panorama das intervenções no Brasil. *Saúde e Sociedade*, v. 28, p. 262-274, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Violência contra a mulher: um olhar do Ministério Público brasileiro / Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2018. 244 p. il.

BRASIL. Lei nº 13.827 de 13 de maio de 2019. Altera a lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo conselho nacional de justiça. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*: seção 1, Brasília, DF, 14 maio 2019.

BRASIL, LEI Nº 13.984, DE 3 DE ABRIL DE 2020. Altera o art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para estabelecer como medidas protetivas de urgência frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13984.htm#art2 Acesso em: 07set. 2022.

BRASIL, Lei de Execução Penal, Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados Centro de Documentação e Informação Coordenação de Biblioteca, 2008. <http://bd.camara.gov.br>Acesso em 07set. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. *Diário Oficial da União*. Brasília, 10 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htmAcesso em: 16 set. 2022.

BRASIL, Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm/Acesso em: 07 nov. 2022.

CARNEIRO, Alessandra Acosta; FRAGA, Cristina Kologeski. A Lei Maria da Penha e a proteção legal à mulher vítima em São Borja no Rio Grande do Sul: da violência denunciada à violência silenciada. *Serviço Social & Sociedade*, p. 369-397, 2012.

CUSTODIO, Túlio, “Falar sobre masculinidade tóxica é um caminho a ser seguido por quem busca igualdade”, entrevista, 20/março/2019. Instituto Claro. Disponível em:<https://www.institutoclaro.org.br/cidadania/nossas-novidades/videos/falar-sobre-masculinidade-toxica-e-um-caminho-a-ser-seguido-por-quem-busca-igualdade-afirma-tulio-custodio/> em: 07 dez. 2022.

DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FREISLEBEN, Fairuce Angélica da Costa.;CARVALHO, Adriana de SouzaO Movimento Feminista no Brasil: trajetória e conquistas.Pesquisa em História. Universidade Estácio de Sá. Publicado em Não me Kahlo. Anápolis, 2019. Disponível em: <https://naomekahlo.com/o-movimento-feminista-no-brasil-trajetoria-e-conquistas>

GEDRAT, Dóris Cristina; SILVEIRA, Eliane Fraga da; ALMEIDA NETO, Honor de. Perfil dos parceiros íntimos de violência doméstica: uma expressão da questão social brasileira. Serviço Social & Sociedade, p. 342-358, 2020.

GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2009.

LAVELBERG, R. Para Gostar de Aprender Arte: sala de aula e formação de professores. Porto Alegre: Artmed, 2009.

LIMA, D. C. et al.Homens, Gênero e Violência contra a Mulher. In Saúde e Sociedade /Universidade de São Paulo. Faculdade de Saúde Pública e Associação Paulista de Saúde Pública, vol.17, n.2, abril/jun, 2008. <https://papodehomem.com.br/repensando-a-agressividade-masculina> Acesso em: em 07 set 2022.

MERLINO, Tatiana, OJEDA, Igor (orgs). Direito à Memória e Verdade: Luta, Substantivo Feminino. São Paulo – SP. Editora Caros Amigos, 2010.

MONTERO, A.; BONINO, L. Criterios de calidad para intervenciones con hombres que ejercen violencia en la pareja (HEVPA). [S.I.]: Grupo 25, 2010.

NOGUEIRA, J. B. A violência doméstica contra a mulher e a ineficácia de medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha). 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Alterações na Lei Maria da Penha trazem resultado positivo. Consultório Jurídico. São Paulo, 18 maio 2019. Opinião, p.3.

OMS, ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Relatório Mundial sobre Violência e Saúde. Genebra, 2002. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/>. Acesso em: 18 out.2022.

PACIORNIK, Joel Ilan. Medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha dispensam citação do ofensor, define STJ, 2022. Disponível em: <https://jurinews.com.br/superiores/stj-dispensa-citacao-em-medidas-protetivas-de-urgencia-da-lei-maria-da-penha/>Acesso em: 25 out.2022.

RIBEIRO, I. S.P. A (in) efetividade das medidas protetivas de urgência em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. 2022.

RITT, Eduardo.; NEMECEK, Camila Alves.; MEDTLER, Joseane Medtler. O projeto de extensão universitária “enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher: direitos e garantias legais da mulher agredida” e a sua transformação como “Tele Maria da Penha/Unisc” Durante a Pandemia do Covid-19 como instrumentos para efetivação dos direitos e garantias da mulher in: Violência doméstica contra as mulheres: uma necessária reflexão sobre suas causas e efeitos, bem como as formas de seu enfrentamento / Caroline FockinkRitt, Eduardo Ritt (organizadores). – Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2020.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O direito a uma vida sem violência. Lima F, Fausto R, Santos C, organizadores. Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma anos 1970: revisitando uma trajetória. 2019.

SILVA, Sergio Gomes da. Preconceito e discriminação: as bases da violência contra a mulher. *Psicologia: ciência e profissão*, v. 30, p. 556-571, 2010.

SANTOS, Cecília MacDowell; IZUMINO, WâniaPasinato. Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil. *EIAL: estudos interdisciplinares de America Latina y el Caribe*, v. 16, n. 1, p. 147-164, 2005.

SANTO, Alléxis Félix Rodrigues do Espírito.; SOUZA, Josiene Aparecida de. A Ineficácia Das Medidas Protetivas De Urgência Concedidas Às Mulheres Vítimas De Violência Doméstica E Familiar. *PIXELS - Ano II – Vol. III – 2020 – (jul-dez)* 61.

SILVA, A.; REICHENBACH, C.; KARPINSKI, C. A.: Auditoria no setor de estoque: um estudo de caso em uma empresa comercial. *Revista de Administração e Ciências Contábeis do IDEAU, Rio Grande do Sul*, vol5. n.11, 2010.

TRAVASSI, Ana Paula Chudzinski, RÊ, Eduardo de BARROSO, Mariana Contreras, MARQUES, Marina Dutra, 2021. Os direitos das mulheres no Brasil. Disponível em: <https://www.politize.com.br/equidade/blogpost/direitos-das-mulheres-no-brasil/> Acesso em: 07 dez. 2022.

TONELI, Maria Juracy F.; BEIRAS, Adriano; RIED, Juliana. Homens autores de violência contra mulheres: políticas públicas, desafios e intervenções possíveis na América Latina e Portugal. *Revista de Ciências Humanas*, v. 51, n. 1, p. 174-193, 2017.

TAWIL, Susan Subihie. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NA PROTEÇÃO Á MULHER E A APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA. 2018.

VIDAL, Josep Pont. Fórum: Perspectivas Práticas Identificando políticas públicas: Defensoria Pública e homens infratores da Lei Maria da Penha. Universidade Federal do Pará / Núcleo Altos Estudos Amazônicos (Naea), Belém / PA. Brasil 2019.



**Infiltração virtual de agentes policiais
no âmbito de crimes contra a
dignidade sexual**

**Virtual infiltration of police agents in
the scope of crimes against sexual
dignity**

Dian Paulo Domingues dos Santos
Marcelo Wordell Gubert

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.188.4

RESUMO

O acelerado avanço tecnológico fez com que os acessos à internet aumentassem de forma significativa nos últimos anos. Com isso, muitos usuários se aproveitam da facilidade de acesso e compartilhamento de informações para utilizar a ferramenta de forma ilícita, dando início a uma série de crimes realizados no contexto virtual. Dentre esses crimes, conhecidos como crimes cibernéticos, os crimes cometidos contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes têm chamado atenção especial das autoridades policiais, considerando a sua gravidade e a dificuldade no seu rastreamento. Nesse contexto, o poder judiciário autorizou, por meio de atualização no Estatuto da Criança e do Adolescente, que as investigações policiais para crimes dessa natureza possam ser realizadas por meio de ações de infiltração policial no meio virtual, desde que tal ação seja executada de acordo com as regras previstas na legislação. Sendo assim, por meio de pesquisa bibliográfica de materiais publicados sobre o tema, o presente artigo visa a identificar o disposto na legislação sobre os crimes virtuais contra a dignidade sexual, bem como analisar se as ações de infiltração policial estão sendo executadas seguindo o processo previsto por ela, considerando as características e autorizações necessárias para tal ação.

Palavras-chave: infiltração policial. crimes virtuais. crimes contra a dignidade sexual.

ABSTRACT

The accelerated technological advancement has made access to the internet to increase significantly in recent years. As a result, many users take advantage of the ease of access and sharing of information to use the tool illegally, starting a series of crimes carried out in the virtual context. Among these crimes, known as cyber crimes, crimes committed against the sexual dignity of children and adolescents have drawn special attention from police authorities, considering their severity and the difficulty in tracking them. In this context, the judiciary authorized, through an update to the Statute of the Child and Adolescent, that police investigations for crimes of this nature can be carried out through police infiltration actions in the virtual environment, provided that such action is carried out in accordance with the rules laid down in the legislation. Therefore, through bibliographical research of published materials on the subject, this article aims to identify the provisions of the legislation on virtual crimes against sexual dignity, as well as to analyze whether police infiltration actions are being carried out following the foreseen process. by it, considering the characteristics and authorizations necessary for such action.

Keywords: police infiltration. virtual crimes. crimes against sexual dignity.

INTRODUÇÃO

A atual sociedade globalizada passou a ter acesso às ferramentas tecnológicas de comunicação de forma muito facilitada. Com isso, as ações criminosas utilizando essas ferramentas passaram a ser mais frequentes, dentre elas, destacam-se os crimes cometidos contra a dignidade sexual.

Por ser considerado um campo ainda muito recente das investigações policiais, os estudos envolvendo crimes cibernéticos ainda são escassos.

Apesar de a ação de infiltração policial ser bastante conhecida para crimes físicos, ela só passou a ser utilizada formalmente para crimes virtuais a partir do estabelecimento da Lei nº 13.441/2017, e é utilizada exclusivamente como meio de obtenção de provas (MELO, 2021).

Essa Lei, acrescida ao Código Penal, estabelece as situações nas quais a infiltração virtual pode ser adotada, dentre elas, os crimes de caráter sexual, bem como as suas características para atuar dentro da legalidade.

Nesse contexto, a presente pesquisa é justificada pelo aumento dos casos de crimes virtuais registrados no Brasil, considerando a particularidade do modelo de investigação adotada para esses casos, buscando analisar a sua utilização, por meio de pesquisa bibliográfica em materiais publicados sobre o tema, atrelado ao que consta no Código Penal brasileiro.

No decorrer do estudo, problema principal a ser respondido é: as ações de infiltração policial para a resolução de casos de crimes virtuais contra a dignidade sexual estão sendo executadas em cumprimento dos requisitos legais estabelecidos para essa medida?

Uma das hipóteses levantadas com base nas pesquisas realizadas sobre o tema é a de que as ações de infiltração têm se mostrado de extrema importância para o setor policial, uma vez que conseguem identificar os passos do criminoso, coletando provas importantes para a solução dos casos.

No entanto, apesar de a grande maioria dos autores afirmar a eficácia das ações de infiltração policial virtual, a legislação específica apresenta uma série de regras a serem seguidas para essas ações e, muitas vezes, podem ser identificadas falhas no seu cumprimento (SANTOS, 2022).

Considerando as particularidades da legalidade das ações de infiltração policial, outra hipótese é a de que, por se tratar de uma forma de investigação bastante invasiva, e que demanda muito cuidado, as equipes policiais têm preferência da utilização de outras estratégias, mantendo a infiltração como último recurso de atuação.

A fim de proporcionar um melhor entendimento sobre o tema, o presente artigo foi dividido em três capítulos. No primeiro, será apresentado o conceito de crime cibernético e suas diferentes formas de ação, dando maior foco aos crimes contra dignidade sexual.

Na sequência, apresentará os apontamentos presentes na legislação brasileira para o combate dos crimes virtuais dessa natureza, e quais as regras e procedimentos envolvidos na ação de infiltração policial, bem como as análises das atuações policiais encontradas no referencial utilizado.

CRIMES CIBERNÉTICOS: UM BREVE HISTÓRICO

A atividade criminosa, de um modo geral, é registrada desde os primórdios da humanidade. No entanto, as últimas décadas vêm sendo marcadas por uma modalidade de crime diferente daqueles já existentes: os crimes virtuais.

O advento da internet e a rapidez com que passou a ser utilizada abriu palco para uma série de ataques envolvendo a nova tecnologia.

Nesse contexto, vários autores apresentam definições para o termo. Dentre eles, Brito (2020, p. 04) define os crimes virtuais, também conhecidos como Crimes Cibernéticos ou Ciber-crimes, de acordo com a INTERPOL, como sendo

a atividade criminosa ligada diretamente a qualquer ação ou prática ilícita na internet. Ainda, pode se dizer que são crimes com utilização de computadores e internet, com fins de fraudar sistemas de comunicação, segurança de computadores e redes corporativas.

Outra definição comumente utilizada para esses termos é a apresentada por Almeida Júnior (2022, p. 12) que afirma que “são práticas ilícitas que acontecem no ambiente virtual e podem envolver desde invasões de sistema, roubo de dados pessoais, falsidade ideológica, até práticas de injúria cometidas na internet”.

O autor explica ainda que os crimes cibernéticos podem ser classificados em três principais categorias: puros, mistos e comuns. Os ciber-crimes puros são aqueles nos quais o alvo principal é o próprio equipamento, ou seja, os ataques diretos a sistemas. Os ciber-crimes mistos são os que o equipamento é usado como arma, e os ciber-crimes comuns acontecem quando o equipamento é utilizado como acessório para armazenamento de informações roubadas (ALMEIDA JÚNIOR, 2022).

Além das tipificações de crimes que acontecem no ambiente virtual de acesso comum, existem ainda aqueles que são executados em um domínio diferente, que não faz parte dos buscadores comuns: a *darkweb*.

De acordo com Sato (2019, p. 169) essa parcela da internet, denominada *darkweb*,

Se traduz na parcela não indexada da internet utilizada para a prática de ciber-crimes, extremismo, terrorismo, divulgação de conteúdo ofensivo, popularização de imagens de homicídios, estupro e, igualmente, reduto de organizações criminosas dedicadas à proliferação de materiais pedopornográficos.

A autora afirma ainda que, por ser um universo da internet de difícil rastreamento, a publicação de conteúdos ilícitos na *darweb* é uma tarefa árdua para as equipes policiais, dificultando a identificação dos autores e o combate a tais crimes (SATO, 2019).

Dentre os crimes cometidos pelos usuários da *darkweb*, os mais recorrentes são os crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, por meio do compartilhamento de vídeo e fotos de cunho pornográfico. Esses crimes, foco do presente estudo, serão abordados no subcapítulo a seguir.

Crimes virtuais contra a dignidade sexual

Como já citado anteriormente, a criminalidade ultrapassou o plano físico e passou a ser operada de forma cada vez mais frequente na internet, que a ser, além de um canal de consumo de conteúdo criminoso, uma ferramenta para a prática de diversos crimes, em especial crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes (PIRES, 2018).

Sato (2019, p. 166) fala sobre os crimes contra a dignidade sexual de um modo geral, quando aponta que

Pode assumir diversos contornos possíveis, seja com sua submissão a práticas sexuais precoces, subjugação à prostituição sexual, casamentos forçados, gravação de imagens ou filmes de condão erótico, entre tantas outras condutas imprevisíveis na mente humana

definir-se a violência sexual contra crianças e adolescentes como um gênero, o qual estaria composto das seguintes espécies: abuso sexual, exploração sexual e pedofilia.

Nesse contexto, Pires (2018) afirma que esses crimes, já conhecidos e praticados de forma física, passam agora a ser praticados na forma virtual, e passam a fazer parte da atividade criminosa conhecida por “ciberpedofilia”, aumentando de forma significativa à recorrência dos casos, devido à facilidade de compartilhamento de informações proporcionada pela internet.

A ação criminosa envolvendo pedofilia pode se dar de diversas formas. Morais (2018, p. 17) explica que os criminosos, denominados “ciberpedófilos” criam estratégias para atrair crianças e adolescentes, utilizando uma linguagem específica e familiar, por meio de perfis falsos. De acordo com o autor, essas ações acontecem em dois níveis, sendo que

Um deles consiste em conquistar a criança e pré-adolescente para a prática sexual ou buscar nessa criança o objeto para a exposição de fotografias em situações eróticas. O outro, os ciberpedófilos ganham à confiança das vítimas, criando um vínculo e posteriormente começam as chantagens emocionais, até o criminoso jogar para as crianças imagens pornográficas e, a partir delas, estabelecer um vínculo promíscuo.

Em termos do ordenamento jurídico brasileiro, o Código Penal prevê, desde o ano de 2009, com a Lei nº 12.015, os crimes cometidos contra a dignidade sexual, e suas respectivas penas, registrando agravos para cada uma das situações, conforma disposto nos Art. 213 e Art. 215,

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. ” (NR)

Art. 215. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

Parágrafo único. Se o crime for cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. ” (NR) (BRASIL, 2009, online).

Nota-se, no entanto, que a lei apresentada não traz especificações no que diz respeito aos crimes cometidos por meio virtual. Trindade e Santos (2022, p. 9) explicam que o termo disposto na redação da lei “pratique outro ato libidinoso” abre a possibilidade de interpretação para os casos de crimes contra a dignidade sexual cometidos por meio virtual. De acordo com as autoras, “é amplamente aceito por juristas tal possibilidade, uma vez que haja o constrangimento da vítima e o ato libidinoso pelo qual o autor do crime satisfaça sua lascívia”.

Jacques (2021) explica ainda que, no ano de 2018, promovendo novamente uma alteração no Código Penal, a Lei nº 13.772 instituiu como crime o registro não autorizado de intimidade sexual, conforme previsto no Art. 216-B. Além disso, a nova lei também tipificou a conduta do indivíduo que publica cenas de cunho sexual ou pornográfico, sem consentimento dos envolvidos,

previsto no Art. 218. Ainda de acordo com o mesmo artigo,

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. § 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (ALMEIDA, 2020)

De acordo com os registros encontrados na página da Safernet (2023), o número de registros dos casos de pornografia infantil aumentou de forma alarmante desde o início da pandemia, considerando o aumento dos usuários da internet nesse período, e continuou a crescer mesmo com o fim do isolamento social, conforme descrito na Figura 1.

Figura 1 - Número de denúncias de crimes de pornografia infantil registradas no portal Safernet.

2019	2020	Crescimento em 2020	2021	Crescimento em 2021	2022	Crescimento em 2022
48576	98244	102,24%	101833	3,65%	111929	9,91%
Último ano antes da pandemia	Primeiro ano da pandemia de Covid-19	Maior crescimento do período pandêmico	Primeiro ano em que o número de denúncias da central superou 100 mil desde 2011		Crescimento de denúncias se manteve, mesmo com o fim do isolamento social	

Fonte: Safernet, (2023).

Considerando o formato da atuação dos criminosos, e o crescimento do número de casos, autores como Melo (2021) atentam para a importância do monitoramento dos pais sobre os conteúdos acessados por crianças e adolescentes na internet, bem como a conversas que eles possam ter em redes sociais. O autor afirma ainda que os agressores tentam, de maneira estratégica, convencer a criança a enviar fotos e vídeos de cunho pornográfico e, em alguns casos, até marcar encontros para praticar o crime de forma física.

Apesar do aumento no número de casos registrados nos últimos três anos, a preocupação com os crimes relacionados à dignidade sexual de crianças e adolescentes vem sendo pauta do Poder Legislativo já algum tempo. Pires (2018, p. 36) afirma que, já no ano de 2008, os crimes de comercialização ou exposição de conteúdos relacionados à pornografia infantil receberam aumento na penalidade, estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, “agora sendo punível com mínima de 4 (quatro) anos e máxima de 8 (oito) anos de Reclusão, enquanto o Artigo 241-B tratou de tipificar a conduta de ‘simplesmente’ deter estas imagens para si, ou seja, o simples ato de guardar consigo material desta origem”.

Frente aos dados apresentados e considerando que ainda existem muitos casos de crimes contra a dignidade sexual praticados nos mecanismos escondidos da internet e, portanto, ainda não rastreados, não é difícil enfatizar a importância do desenvolvimento de procedimentos e mecanismos que sejam eficazes no combate a esse tipo de delito.

Dentre as possibilidades existentes para a atuação policial nesse tipo de investigação, a infiltração de agentes no ambiente virtual tem sido utilizada de forma recorrente desde a sua autorização, e será apresentada de forma detalhada no capítulo a seguir.

COMBATE AOS CRIMES VIRTUAIS: ATUAÇÃO POLICIAL

Conforme já exposto, a evolução tecnológica trouxe mudanças significativas em diversos contextos, incluindo também a atuação das forças policiais. Nos dias atuais, com o aumento no número de crimes cometidos por meio da internet, os policiais precisam buscar alternativas de atuação que sejam eficazes também para esse meio, em complemento com as atuações de contato físico (MELO, 2019).

Dessa forma, Melo (2019, p. 7) afirma que “a função de investigação dos policiais no âmbito cibernético, é a de obter informações importantes do investigado, quais os locais, pessoas do convívio e o caráter e personalidade a ele atribuídas”.

Essa forma de atuação policial no mundo virtual é denominada infiltração e, assim como acontece no mundo físico, é caracterizada pela participação de um agente disfarçado que busca coletar informações relevantes para a investigação.

A modalidade de infiltração policial teve a sua primeira aparição no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1989, pelo Projeto de Lei nº 3.516, que se transformou na Lei Ordinária nº 9.034 de 1995, conhecida por dispor sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (PIRES, 2018).

No entanto, as ações de infiltração foram vetadas pelo então presidente da república, e voltaram a ser consideradas no ano de 2001, com a criação do Plano de Segurança Nacional.

Depois disso, no ano de 2002, a Lei nº 10.409 “que tratava de normas materiais e processuais relativas aos tóxicos, previu a possibilidade de infiltração de agentes policiais e quadrilhas, bandos e organizações voltadas ao tráfico de drogas, para colheita de informações sobre operações ilícitas” (PAIXÃO, 2019, p. 7).

Na sequência, após uma série de discussões sobre o tema, a infiltração de agentes policiais instaurada na legislação pátria no ano de 2006, pelo Art. 53, inciso I, da Lei nº 11.343, que revogou a Lei nº 10.049/02, e instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, e descreve

Art. 53. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes. (BRASIL, 2006).

Sato (2019, p. 17) explica que, a infiltração de agentes policiais pode ser considerada um tipo especial de investigação, regulamentada pela lei, “na qual um agente de polícia, dissimulando sua identidade e função, mediante prévia autorização judicial, adentra no núcleo de um grupo criminoso, com o objetivo de obter elementos acerca da estrutura e funcionamento da organização criminosa”, tendo como principal objetivo o de coletar informações relevantes para a abordagem dos criminosos de forma eficaz.

Alguns anos depois, a Lei nº 12.850 de 2013, estabeleceu a infiltração policial como um meio para a obtenção de provas, detalhando, pela primeira vez, seus aspectos procedimentais, “indicando requisitos, alcance, limites, legitimidade, prazo, responsabilidades e direitos do agen-

te infiltrado, dentre outros importantes aspectos” (PAIXÃO, 2019, p. 8).

Na sua primeira versão, a legislação brasileira previa a atuação policial em forma de infiltração apenas na forma presencial, uma vez que os crimes virtuais ainda eram pouco mencionados na época.

No entanto, com o advento da internet, o cometimento de crimes evoluiu para um espaço além do físico, passando a ocorrer também no ambiente virtual, fazendo com que a infiltração física deixasse de ter efetividades no combate à essa nova modalidade de delito (SANTOS, 2021).

Sendo assim, o crescimento no número de usuários da internet aumentou também o número de casos registrados de crimes virtuais, sendo os crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes os que mais chamaram atenção das autoridades nos últimos anos.

Com isso, o Poder Judiciário autorizou, por meio na Lei nº 13.441/ 2017, inclusa ao Estatuto da Criança e do Adolescente, “a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente” (BRASIL, 2017).

Essa modalidade de investigação, agora no meio virtual, veio acompanhada de uma série de critérios estabelecidos para garantir a legalidade da ação, que admite a utilização da estratégia em três categorias de delitos: pedofilia, crimes contra a dignidade sexual de vulneráveis e invasão de dispositivo informático, conforme descrito no Art. 190-A,

I – Será precedida de autorização judicial devidamente circunstanciada e fundamentada, que estabelecerá os limites da infiltração para obtenção de prova, ouvido o Ministério Público;

II – Dar-se-á mediante requerimento do Ministério Público ou representação de delegado de polícia e conterà a demonstração de sua necessidade, o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas;

III – Não poderá exceder o prazo de 90 (noventa) dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja demonstrada sua efetiva necessidade, a critério da autoridade judicial (BRASIL, 2017).

Ainda no âmbito da legislação pátria, no ano de 2019, o Código Penal foi acrescido de orientações legais sobre o processo de infiltração de agentes policiais no meio virtual, por meio da Lei nº 13.964/2019, que ficou conhecida como Pacote Anticrime (SATO, 2019). Essa nova lei, dispõe que

“Art. 10-A. Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos os requisitos do caput do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas.

[...] § 3º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º desta Lei e se as provas não puderem ser produzidas por outros meios disponíveis.

“Art. 10-B. As informações da operação de infiltração serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida, que zelará por seu sigilo (BRASIL, 2019).

Observando a descrição das ações de infiltração, Sato (2019) chama atenção ao fato de que, um dos principais apontamentos a ser levado em consideração é o de que a ação policial nessa modalidade só poderá ser executada no ambiente virtual mediante autorização judicial,

requerimento elaborado pelo Ministério Público ou representação do Delegado de Polícia.

A autora enfatiza ainda que, frente às particularidades da ação de infiltração, se demonstra indispensável “a manifestação do delegado de polícia a fim de que este informe a viabilidade técnica e operacional de realização da infiltração, sob pena da medida revelar-se inócua ou mesmo ante o risco que a medida representa ao agente policial a ser infiltrado” (SATO, 2019, p. 175).

Mesmo que não seja uma obrigatoriedade prevista na Lei, podendo a ação ser executada também mediante a requisição do Ministério Público, sem a manifestação do delegado de polícia, Pires (2018, p. 39) também defende a importância da aprovação do chefe da polícia judiciária, considerando que ele possui maiores condições de confirmar a viabilidade da medida, considerando que “de nada adiantaria as boas intenções ministeriais no sentido da autorização judicial se o delegado demonstra, por exemplo, que a possibilidade de o agente vir a ser descoberto é muito grande”.

Santos (2021) apresenta requisitos para a realização da infiltração policial virtual por meio de termos mais técnicos, quando afirma que o caso investigado precisa cumprir dois deles: *o fumus comissi delicti* e *o periculum in mora*.

De acordo com a autora, “*o fumus comissi delicti* significa que deve haver pelo menos indícios da existência do crime para justificar a realização da investigação”. Ou seja, de acordo com o previsto, uma investigação policial a cerca de um crime cibernético não pode ser iniciada por meio da ação de infiltração. “Já o *periculum in mora* trata-se dos riscos e prejuízos que a demora na realização da medida pode causar na busca de elementos informativos”. Esse requisito garante que o tempo de aplicação da medida não será prejudicial para a investigação e/ou para o agente infiltrado (SANTOS 2021, p. 19).

Paixão (2019, p. 9) explica que a escolha do agente que agirá como infiltrado deve ser feita de forma cautelosa, e deve seguir uma série de cuidados fundamentais, tais como

o uso de identidade falsa pelo agente encoberto, a investigação de determinada classe de delitos classificados como graves, o uso do engano e da dissimulação para aproximação do grupo criminoso, a conveniência do estado para com a prática excepcional de crimes de escassa gravidade pelo infiltrado, desde que observado o princípio da proporcionalidade e, por fim, autorização judicial e sigilosa.

Além disso, é importante salientar que a ação de infiltração só pode ser realizada por policiais civis ou federais, que são parte da polícia judiciária, autorizadas a apurar infrações penais. As demais forças policiais, como a militar, rodoviária e os agentes da inteligência, bem como membros do Ministério Público, não são autorizados a executar a tarefa de infiltrado (SANTOS, 2021).

Outro importante ponto a ser destacado nesse contexto é a diferença entre a atuação do agente infiltrado e do agente provocador. Paixão (2019, p. 10) explica que

o agente infiltrado é um policial, selecionado e treinado, que, com respaldo legal e autorização judicial será dissimuladamente integrado à organização criminosa com a finalidade de angariar provas dos crimes cometidos (ou dos que ocorrerão no curso da diligência) e da respectiva autoria, bem como para buscar, se possível, seu desmantelamento. [...] já o agente provocador é o agente público ou particular que, sem respaldo na lei e sem autorização judicial, induz ou instiga conduta criminosa de alguém que não tinha esse propósito, com o fito de prendê-lo em flagrante delito e obter provas.

Sendo assim, a principal diferença registrada entre as duas ações é a de que o agente

infiltrado não tem como tarefa a indução da prática do crime, mas sim a de ganhar a confiança dos criminosos para conhecer as suas formas de ação, diferente do agente provocador. Para o segundo caso, a legislação prevê ainda que o flagrante obtido pelo agente provocador, conhecido como “flagrante preparado”, não tem validade para a justiça, uma vez que foi provocado (PAIXÃO, 2019).

Frente à complexidade observada acerca do processo de infiltração policial em ambientes virtuais, Guerra (2019) explica ainda que, para garantir a execução do processo, deve-se respeitar de forma cuidadosa cada uma das fases da operação, desde o seu planejamento até a finalização da ação, seguindo as fases dentro de uma estrutura operacional básica: o recrutamento, a formação, a imersão, a infiltração propriamente dita, o seguimento reforço, a pós-infiltração e a reinserção.

o recrutamento começa com a busca de um agente que supre as características estabelecidas para a missão [...] na fase de formação, a Polícia difunde as suas necessidades especializadas de recursos humanos de forma restrita, sendo um programa de capacitação básica do infiltrado correspondente à função por ele exercida na empreitada, se tornando uma fase de adaptação à nova identidade. [...] Na fase de infiltração o agente coloca em prática todo seu treinamento construindo uma nova imagem diante da organização criminosa, a fim de estabelecer a confiança dos seus membros. A fase do seguimento começara a partir do momento em que o agente se infiltra em uma organização criminosa, tendo assim técnica para proteger sua integridade física e mental. [...] após o recolhimento satisfatório das provas, a fase da pós-infiltração consiste na busca de novos procedimentos táticos para a retirada do agente infiltrado da organização criminosa de forma cautelosa protegendo sua identidade e o deixando fora de perigo (GUERRA, 2019, p. 28).

Conforme já disposto na lei, a ação de infiltração, mesmo que apareça como uma alternativa bastante atrativa para o apoio na investigação de crimes virtuais contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, deve ser utilizada apenas em última instância, ou seja, quando todas as alternativas para identificação e combate aos criminosos já tiverem se esgotado.

Vários autores destacam que a decisão de iniciar a operação de infiltração deve ser tomada com muita cautela, considerando o risco de exposição do agente infiltrado. Sato (2019, p. 175) afirma que

para além dos possíveis prejuízos físicos enfrentados por um agente infiltrado, certo é que a psique de um indivíduo que se vê obrigado a partilhar dos meandros de práticas ilícitas é também afetada, ainda mais quando da apuração de crimes de pedopornografia, haja vista que, durante a investigação, o agente infiltrado estará sujeito a receber imagens, vídeos e mensagens contendo crianças vitimadas pelos increpados, o que causa severo risco de contaminação psíquica, de criação de desequilíbrio emocional e moral, até mesmo com o surgimento de uma crise de identidade pessoal do policial infiltrado.

Outro importante ponto a ser observado durante a execução de um processo de infiltração policial está relacionado aos direitos do indivíduo investigado, que podem ser feridos caso a ação não se dê de forma correta. Pires (2018) apresenta um dos principais direitos que deve ser observado, citando o Direito à intimidade, previsto no artigo 5º, inciso X26, da Constituição Federal.

Autores como Guerra (2019, p. 9) explicam que a ação de infiltração só pode ter garantia de se dar por meio de um processo judicial adequado se forem respeitados os direitos fundamentais do criminoso investigado oferecidos pela Constituição Federal. No entanto, considerando todo o contexto da ação de infiltração para a obtenção de provas, “é quase certo que algumas garantias constitucionais serão violadas”, o que deve ser levado em consideração antes de deci-

dir por essa estratégia investigativa.

Ao ingressar em uma investigação como infiltrado, o agente policial está agindo de forma a enganar o investigado, induzindo-o a fornecer informações que serão gravadas, por exemplo. Essa é uma ação que fere o direito à intimidade do investigado, e deve ser executada com o respaldo legal necessário para não vir a causar transtornos para a instituição policial (PIRES, 2018).

Guerra (2019, p. 33) afirma ainda que a lei que prevê a infiltração de agentes policiais no meio virtual autoriza o agente infiltrado a cometer alguns delitos e praticar conduta criminosa em prol da investigação em andamento, desde que em situações de inexigibilidade. No entanto, “o agente deve agir com conduta e proporcionalidade para que não seja responsabilizado por alguns atos durante a infiltração. Caso o agente exceda os limites da moralidade, será punido disciplinarmente e criminalmente”.

Nesse contexto, a maioria dos autores citados defende a ideia de que as vantagens e desvantagens atreladas à ação de infiltração policial no meio virtual seguem uma linha bastante tênue, considerando que “é nessa modalidade de infiltração que paira a maior eficácia na obtenção de provas, mas em contrapartida, exige-se do agente do estado intensa atuação criminosa” (GUERRA, 2019, p. 35).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os avanços tecnológicos trouxeram mudanças significativas para o comportamento da sociedade. Assim como as facilidades, o advento da internet também ocasionou uma série de ações de caráter negativo.

Os crimes virtuais, cibernéticos ou, ainda, cibercrimes, como ficaram conhecidos no âmbito jurídicos, caracterizam crimes cometidos por meios digitais, como celulares ou computadores, na maioria das vezes quando possuem acesso às redes de internet.

Nesse contexto, os crimes virtuais podem ser tipificados de diversas formas, sendo que cada uma delas possui penalidades distintas previstas na legislação pátria.

Objeto do presente estudo, os crimes cometidos contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes no meio virtual têm sido cada vez mais notificados às autoridades, fazendo com que os doutrinadores voltassem um pouco mais de atenção aos crimes dessa natureza, promovendo atualizações na legislação, a fim de garantir maior eficácia no seu combate.

O Código Penal nacional vem sendo constantemente atualizado no que diz respeito aos crimes cometidos contra a dignidade sexual, aumentando ainda mais a pena para os casos envolvendo crianças e adolescentes. Desde 2009, a Lei nº 12.015 prevê os crimes de estupro, violação sexual, assédio sexual, dentre outros que podem ser relacionados como sendo praticados contra a dignidade sexual.

No entanto, nos artigos destinados aos crimes dessa natureza não constam citações diretas referentes aos crimes cometidos no meio virtual, de forma que as penas para esses casos ficam passíveis de interpretação do poder judiciário, frente ao disposto de “outros delitos”, presente na redação da lei.

Os crimes cometidos contra a dignidade sexual por meio virtual são, em sua maioria, cometidos em domínios clandestinos da rede, conhecidos como darkweb, que dificultam as ações de rastreamento de endereços de IP, comumente utilizados para localizar usuários na internet.

Dessa forma, para combater crimes do meio virtual, a ação dos investigadores de obter informações sobre os locais de atuação, as possíveis pessoas envolvidas, dentre outros meios de obtenção de provas, se tornam mais complexa do que nos casos de crimes físicos, uma vez que os criminosos têm muito mais facilidade de encobrir vestígios desse tipo de crime cometido virtualmente.

Pensada como uma estratégia de obtenção de provas por meio da aproximação com os criminosos, o poder judiciário brasileiro autorizou a utilização de investigações por meio de infiltração policial no meio virtual, através da inclusão da Lei nº 13.441/ 2017 no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Essa modalidade de investigação, já regulamentada anteriormente no meio físico, agora passa a valer também no meio virtual, e veio acompanhada de uma série de critérios estabelecidos para garantir a legalidade da ação, que admite a utilização da estratégia em três categorias de delitos: pedofilia, crimes contra a dignidade sexual de vulneráveis e invasão de dispositivo informático.

Os critérios dispostos para a execução da ação de infiltração policial no meio virtual são bastante rigorosos, desde a autorização para a sua execução, até os cuidados com a escolha e o preparo do agente que participará da ação.

Em relação a autorização, a legislação prevê que, sendo uma estratégia pensada como última instância da investigação, ela só poderá ser executada no ambiente virtual mediante autorização judicial, requerimento elaborado pelo Ministério Público ou representação do Delegado de Polícia. Além disso, ela só poderá ser executada por policiais civis ou federais.

Considerando a relevância e o aumento dos registros de casos, no ano de 2019, a estratégia de infiltração de agentes policiais no meio virtual foi acrescida também ao Código Penal, por meio da Lei nº 13.964/2019, que ficou conhecida como Pacote Anticrime.

Apesar de os estudos acerca das ações de infiltração mostrarem registros significativos de sucesso na solução dos casos, muitos autores se preocupam com os riscos atribuídos ao agente infiltrado, bem como com a grande possibilidade de cometimento de algum crime constitucional de violação de intimidade do investigado.

Ao ser exposto a situações de agente infiltrado, o policial assume riscos de ser descoberto pelos criminosos, e acabar sofrendo algum tipo de dano físico e/ou material causado por eles. Além disso, em se tratando de infiltrações para combate a crimes de pornografia infantil, é certo que o agente infiltrado terá contato com imagens, vídeos e todo tipo de conteúdo das vítimas, considerando ser esse o meio de obtenção de provas. Essa exposição ao conteúdo delicado pode causar ainda uma série de transtornos psíquicos prejudiciais ao agente.

Ou seja, mesmo que com todas as autorizações judiciais prévias para a execução da ação, considerando a natureza da investigação, é quase certo que algumas garantias constitucionais do investigado serão violadas, o que deve ser levado em consideração antes de decidir por essa estratégia investigativa.

Por fim, considerando a complexidade apresentada acerca do processo de infiltração de agentes policiais no meio virtual, é possível concluir que, por mais que seja uma ação que tem demonstrado sucesso em suas execuções para obtenção de provas, de um modo geral, deve ser repensada de forma a garantir maior segurança do agente policial, tanto física quanto psíquica, além de garantir que a ação seja executada dentro da legalidade prevista pela Constituição Federal, de forma a evitar o cometimento de um crime que possa ser atrelado à própria instituição policial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Antonio Justino. Crimes cibernéticos no Brasil: suas causas e consequências em decorrência do crescimento da Pandemia do COVID-19. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharelado em Direito. Faculdade Fasipe. Cuiabá – MT. 2022. Disponível em: <http://104.207.146.252:8080/xmlui/handle/123456789/224>. Acesso em 01 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 01 abri. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm. Acesso em: 23 mai. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.441, de 8 de maio de 2017. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13441.htm. Acesso em: 20 mar 2023.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRITO, Marcelo Matos *et al.* Crimes cibernéticos e a recepção da lei no 12.737/2012 no Brasil. 2020. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/4608>. Acesso em: 30 mar. 2023.

Central da Safernet recebeu mais de 100 mil denúncias de “pornografia infantil” em 2021 e 2022, patamar que não era atingido desde 2011. SAFERNET, 2023. Disponível em: <https://new.safernet.org.br/content/denuncia-da-safernet-resulta-em-prisao-no-ms#mobile>. Acesso em: 10 abr. 2023.

GUERRA, Gustavo Gabriel Alves. Infiltração virtual dos agentes policiais: Como meio de investigação de prova na persecução penal. 2019. 45 f. Trabalho de Curso. Bacharelado em Direito. Universidade Evangélica. Anápolis – GO. 2019. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/handle/aee/8621>. Acesso em: 19 mai. 2023.

JACQUES, Larissa Opuszka. Crimes virtuais contra dignidade sexual: meios de repressão. 2021. 74 f. Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharelado em Direito. Universidade do Sul de Santa Catarina. Florianópolis – SC. 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/14218>. Acesso em: 15 abri. 2023.

MELO, Maria Paula Pacheco Torres de. Infiltração policial virtual no âmbito dos crimes contra dignidade sexual de crianças e adolescentes: reflexões sobre a constitucionalidade da Lei 13.441/2017. 2021. 39 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br//handle/123456789/3462>. Acesso em: 17 mar. 2023.

MORAIS, Lucas Andrade de. Ciberpedofilia: os crimes de pedofilia praticados através da internet. BOLETIM CONTEÚDO, 2018. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj590612.pdf/consult/cj590612.pdf#page=12>. Acesso em: 05 abr. 2023.

PAIXÃO, Bruno da Silva. A infiltração virtual de agentes policiais. 2019. 24 f. Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharelado em Direito. Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo – SP. 2019. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/handle/10899/29763>. Acesso em: 15 abr. 2023.

PIRES, Luiza Matias. A infiltração policial virtual nos crimes contra a dignidade sexual da criança e do adolescente: análise da infiltração sob a ótica da Lei 13.441/17. Intertem@s ISSN 1677-1281, v. 36, n. 36, 2018. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/7449>. Acesso em: 29 mar. 2023.

SANTOS, Ana Paula Torres Rezende. A infiltração policial virtual como meio de investigação de crimes cibernéticos: os limites para a obtenção de provas válidas. 2022. 47 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS, 2022. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/15471>. Acesso em: 17 mar. 2023.

SATO, Gustavo Worcki. A INFILTRAÇÃO VIRTUAL DE AGENTES E O COMBATE À PEDOPORNOGRAFIA DIGITAL. ESTUDO DA LEI 13.441/2017 E LEI 13.964/2019. J²-Jornal Jurídico, v. 4, n. 1, p. 163-181, 2021. Disponível em: <https://www.revistas.ponteditora.org/index.php/j2/article/view/335/248>. Acesso em: 29 mar. 2023.

TRINDADE, Amélia Maria Carneiro; SANTOS, Raphaela Paula Garro dos. Estupro virtual: a tipificação do crime no Direito Penal. 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/27608>. Acesso em: 23 mai. 2023.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de expressar minha gratidão a todas as pessoas que me apoiaram e incentivaram no decorrer da Graduação em Direito. Em especial, sou eternamente grato à minha avó Ana Miranda de Oliveira Domingues, minha mãe Valdirene Domingues dos Santos e meu pai Darci dos Santos, que sempre me apoiaram em todas as escolhas que fiz na vida. Também desejo agradecer aos colegas de turma Thiago Gottselig Marholt, Silvonei de Lima, Mateus Niedermeyer, Matheus Henrique de Souza, Marronie Albuquerque e Emersom Kochem, cujo apoio foi fundamental ao longo do curso. Além disso, quero expressar minha gratidão aos amigos e colegas Igor Martins, Renato Nascimento e Vinicius Sonogo, que fizeram parte da minha vida e me incentivaram. Por último, mas não menos importante, meu professor Dr. Marcelo Wordell Gubert, que me auxiliou durante a realização deste trabalho. A todos vocês, minha profunda gratidão. Sem o apoio de cada um, minha jornada teria sido mais difícil. Estou verdadeiramente grato por tê-los em minha vida.

Muito obrigado!



Falsas memórias e a prova penal
False memories and criminal evidence

Maronie Albuquerque
Marcelo Wordell Gubert

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.188.5

RESUMO

O presente trabalho propõe uma revisão bibliográfica, com a finalidade de discutir e articular reflexões acerca do tema falsas memórias e sua relação com a esfera jurídica. O fenômeno, evidenciado pelos estudos feitos pela psicóloga Elizabeth Loftus, ganhou atenção devido às importantes implicações que exerce sobre as provas, no âmbito do processo penal e dos sistemas legais. O foco principal se dará, portanto, na reflexão crítica acerca da influência do fenômeno das falsas memórias sobre as decisões de processos penais.

Palavras-chave: memória. falsas memórias. processo penal. testemunho. prova penal prova testemunhal.

ABSTRACT

The present work proposes a literature review with the purpose of discussing and articulating reflections on the topic of false memories and its relationship with the legal sphere. The phenomenon, highlighted by studies conducted by psychologist Elizabeth Loftus, has gained attention due to its significant implications on evidence within the scope of criminal proceedings and legal systems. Therefore, the main focus will be on a critical reflection regarding the influence of the false memory phenomenon on decisions in criminal cases.

Keywords: memory. false memories. criminal process. testimony. criminal evidence. witness testimony.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que a memória humana é complexa e pode falhar, se equivocar, ou mesmo, ser falseada. Estudos apontam que as nossas recordações nem sempre são verdadeiras, podendo assim, haver estímulos de origem interna, ou externa, que são denominadas falsas memórias, caracterizadas como espontâneas ou sugeridas. Estas memórias falsas são mais comuns do que se pensa e podem afetar profundamente um processo ou julgamento, havendo, por conseguinte, consequências graves no âmbito do processo penal.

No ordenamento jurídico brasileiro, ainda existe uma grande dificuldade em apurar a veracidade de um depoimento testemunhal. Diante desta conjuntura, faz-se necessário discernir sobre um possível agravamento na possibilidade de averiguar a autenticidade dos testemunhos utilizados como prova. A remota presença de falsas memórias pode conduzir o processo ou julgamento a um curso equivocado, não condizente com a realidade. É sabido, assim, que é crucial para um processo, evidências confiáveis e precisas, para que não ocorram erros judiciais que acarretam em danos emocionais aos envolvidos.

O fenômeno das falsas memórias ganhou notoriedade, em 1970, quando Elizabeth Loftus usou para análise das falsas memórias o procedimento de sugestão da falsa informação. A pesquisadora Loftus é, atualmente, uma das maiores especialistas sobre o assunto. Como psicóloga cognitiva, na década de 1990, realizou pesquisas sobre a influência das falsas memó-

rias em contextos jurídicos, analisando testemunhos oculares e casos de abuso sexual infantil. Como pioneira na área, suas pesquisas foram fundamentais para aumentar a conscientização sobre as limitações da memória humana e a possibilidade de erro e distorção. Suas pesquisas têm implicações importantes no âmbito do processo penal e dos sistemas legais, destacando a importância de se considerar as influências externas e a confiabilidade das memórias em investigações e julgamentos.

A revisão bibliográfica optada constitui-se, assim, a partir do recorte delineado acima e é seguido por reflexões e discussões sobre o tema concernente às falsas memórias, que é recente, complexo e têm uma grande importância em casos criminais.

MEMORIAS

A memória é a capacidade de reter informações que serão utilizadas em um tempo futuro. As interações na vida e as vivências sociais que experimentamos no dia a dia, ficam, muitas vezes, guardadas como recordação e podem ser evocadas ao longo da vida. Ela faz parte da história, constituindo a cultura de povos e constituindo o um sujeito como ser social. Compreender um pouco a concepção de memória, sua importância social e o seu papel no âmbito jurídico é fundamental para posterior reflexão.

Visando analisar a influência das falhas no mecanismo da memória no Direito Processual Penal, é propício apresentar aqui, de forma concisa, algumas das classificações da memória, trazidas à luz por Izquierdo (2010; 2013), pretendendo assim, promover uma melhor compreensão do fenômeno da falsificação da memória. Buscar-se-á, portanto, apresentar a classificação da memória de trabalho, memória de curta duração e memória de longa duração.

Nas palavras de Izquierdo “A memória de curta duração só serve para manter a informação disponível ao sujeito durante o tempo que requer a memória de longa duração para ser construída”. (IZQUIERDO, 2010, p. 45). Já a memória de trabalho é definida como aquela que utilizamos para compreender a realidade ao nosso redor, desempenhando um papel crucial na capacidade de formar efetivamente e evocar outras formas de memória, denominada de curta duração.

Por fim, a memória de longo prazo, também conhecida como memória consolidada, como o próprio nome sugere, é responsável por armazenar informações por períodos prolongados de tempo, permitindo o acúmulo de conhecimentos ao longo da vida.

O fato é que em nossa mente existe um maior predomínio do esquecimento em relação à memória. Sobre os tipos de esquecimento Izquierdo (2010.p 22) sustenta:

Basicamente há quatro formas de esquecimento. Duas delas consistem em tornar as memórias menos acessíveis, mas em geral sem perdê-las por completo: a extinção e a repressão. As outras duas consistem em perdas reais de informação. Uma delas por bloqueio de sua aquisição, e a outra por deterioração e perda de informação, o esquecimento propriamente dito.

Uma alusão a concepção de memória como construção processual é feita por Gondar (2005, p. 18)., que expõe que é apenas a partir do século XIX, que a memória passa a ser concebida como construção social, sendo assim, algo que os homens produzem a partir de suas vivências e valores. É apenas neste período, “que os homens admitiram que a memória é algo

que eles mesmos constroem a partir de suas relações sociais - e não a verdade do que se passou ou do que é.” (GONDAR, 2005, p. 18).

A memória humana integra, como já mencionado, a capacidade de reter impressões, ideias e sentimentos adquiridos anteriormente, entretanto,

Cada evocação de uma lembrança tende a ocasionar um novo armazenamento, que, por sua vez, pode ser arquivado juntamente com o contexto de cada situação rememorada; a memória, então, não é reprodutiva, ela é um mecanismo de reconstrução, que engloba aspectos perceptivos, ativos e objetivos, e também sentimentais, imaginários e pessoais, como a própria trajetória de nossos pensamentos ao longo da nossa vida. (EISENKRAEMER, 2008, p. 12)

Para Iván Izquierdo (1989) a memória é parte de nossa identidade. Segundo o autor, os indivíduos reconhecem a si, porque possuem a capacidade de lembrar de si. As memórias são, portanto, “a conservação do passado através de imagens ou representações que podem ser evocadas. Representações, mas não realidades.” (IZQUIERDO, 1989, p. 89)

As memórias são reconstruídas a partir de fragmentos e não são armazenadas de forma precisa, como se se tratasse de uma gravação digital. Durante o processo de reconstrução, poderá haver uma lembrança seletiva, com podas de memórias, devido a diversos fatores. Para Izquierdo (1989) o esquecimento desempenha um papel predominante na dinâmica da memória.

Nesse conjunto de circunstâncias que se refere à memória, no qual sua formação e reconstrução pode ser modificada e reconstruída de acordo com o contexto e a compreensão individual do sujeito, estão atrelados às falsas memórias, que em certas pessoas podem se desenvolver levando a criar eventos que nunca ocorreram.

FALSAS MEMORIAS

O fenômeno das falsas memórias tem fomentado crescentes discussões e investigações no meio jurídico e no meio científico. De acordo com Stein e Pergher (2001, p. 353), as falsas memórias dizem respeito a uma série de fenômenos que têm sido observados em pesquisas experimentais, no campo da psicoterapia, bem como na área jurídica. Ainda de acordo com os autores, o termo, falsas memórias referem-se, na generalidade, “ao fato de lembrarmos de eventos que na realidade não ocorreram”. (STEIN E PERGHER, 2001, p. 353)

As falsas memórias são, desse modo, aquelas memórias que uma pessoa acredita serem verdadeiras, mas que na realidade nunca ocorreram ou, em algum momento, foram distorcidas de alguma forma. Isso pode acontecer por várias razões, incluindo sugestão por outras pessoas, imaginação ou interpretação errônea de informações.

Falsas memórias *espontâneas* são distorções endógenas, ou seja, de origem interna. Trata-se de um evento que realmente aconteceu em algum momento da vida, porém está sendo atrelado a outro fato distinto. Conforme Stem (2010, p. 34) “as falsas memórias espontâneas referem-se a um erro de lembrar algo que é consistente com a essência do que foi vivido, mas que na verdade não ocorreu.”

Ainda sobre as memórias espontâneas, Stem (2010, p. 44) entende que estas:

[...] ocorrem de maneira interna à pessoa, por meio de autossugestão, e as sugeridas são produzidas quando uma informação falsa é acrescentada ao procedimento, levando o participante a acreditar que a falsa informação estava presente no material-alvo.

É importante destacar que as falsas memórias espontâneas não são intencionais. As pessoas que passam por esta experiência geralmente acreditam sinceramente em suas lembranças, mesmo que sejam falsas.

As falsas memórias *sugeridas* advém da influência da sugestão externa, que podem vir de informações ou perguntas que sugerem determinada resposta. Sobre o tema, Loftus (2006, p. 335) aponta que:

As investigações sobre distorções na memória têm demonstrado que o efeito da sugestão pode alterar a memória. Além disso, a sugestão pode conduzir a falsas memórias, que afetam a mente e o comportamento humano. Estas conclusões têm implicações em vários campos como a investigação policial, prática clínica e outros domínios onde os processos mnésicos assumem um papel de destaque.

É válido salientar que as falsas memórias sugeridas não são intencionais e podem ser resultado de processos psicológicos complexos. Esse fenômeno é especialmente relevante em contextos como interrogatórios policiais, terapia de recuperação de memória e casos judiciais.

Segundo Stem (2010), as falsas memórias são amplamente reconhecidas como um fenômeno presente no cotidiano das pessoas. Ao contrário do que se pensava anteriormente, elas não são necessariamente indicativas de patologia ou distúrbio, mas têm suas raízes no funcionamento saudável da memória. “Pensando nisso, os estudos têm avançado no sentido de explicar as bases cognitivas e neurofuncionais desse fenômeno” (STEM, 2010, p. 37)

Dentro da psicologia, há uma área que se dedica ao estudo do reconhecimento de pessoas e de prova testemunhal, a fim de avaliar a credibilidade desses atos. Considerando os processos cognitivos a ele relacionados é possível, com a ajuda da psicologia forense, em especial da psicologia do depoimento, uma avaliação dos erros dos testemunhos, sendo estes erros voluntários ou involuntários. Desse modo, é possível promover uma avaliação da credibilidade do testemunho, possibilitando assim, uma avaliação da fiabilidade do testemunho que está relacionado com o fenômeno das falsas memórias.

A área da psicologia do testemunho tem se dedicado, ao longo dos anos, ao estudo das técnicas de redução de danos. No entanto, esse assunto ainda é relativamente novo para os profissionais que atuam no campo do direito processual penal. Portanto, é necessário trazer para o ambiente acadêmico jurídico as discussões acerca desses métodos, a fim de promover uma maior compreensão e aplicação adequada dessas técnicas. Ademais, com base em estudos sobre falsas memórias, sabe-se que “o avanço desses estudos resulta no desenvolvimento de técnicas de entrevista apropriadas para que profissionais do campo forense e clínico possam minimizar os efeitos da sugestão de falsa informação” (STEM *et al.*, 2010, p. 39)

Breve revisão teórica sobre a definição e formação de falsas memórias

A formação de falsas memórias é um fenômeno intrigante e complexo que tem sido amplamente estudado na psicologia e na neurociência cognitiva. Conforme referido anteriormente, essas memórias falsas referem-se a lembranças que são consideradas como reais e vívidas, mas que não correspondem a eventos reais que ocorreram.

A compreensão dos mecanismos e processos envolvidos na formação de falsas memórias tem implicações importantes na justiça criminal. A identificação e prevenção de falsas memórias são essenciais para garantir a precisão e a confiabilidade das informações armazenadas na memória humana.

Elizabeth Loftus é especialista no estudo das falsas memórias e seus experimentos e pesquisas têm contribuído imensamente para a compreensão de como as memórias podem ser facilmente influenciadas e distorcidas por fatores externos, como sugestão e desinformação. Loftus realizou estudos e publicou artigos sobre o assunto ao longo de décadas e continuou a investigar o impacto das falsas memórias em testemunhos oculares e casos legais nos anos seguintes. Seu trabalho sobre o tema ajudou a chamar a atenção para a confiabilidade da memória humana e as implicações disso em casos judiciais.

A PROVA NO PROCESSO PENAL

Faz-se necessária a discussão sobre os impactos da falibilidade da memória no ato de reconhecimento de suspeitos por parte das vítimas, e sobre a influência dos elementos de informações orais obtidas durante investigações policiais, bem como no testemunho dado em procedimentos judiciais, devendo se considerar a aplicação do contraditório e da ampla defesa. Além disso, serão sugeridas medidas que visam reduzir danos, fortalecer a robustez e aumentar o nível de confiabilidade do testemunho.

A problemática acerca da prova na visão de Avila (2013, p. 45):

Os problemas da avaliação da prova penal, especialmente daquelas onde existem margens maiores a “contaminações”, não são somente de ordem jurídica e interpretativa. Esta questão irá desaguar nas revoltas correntezas do senso comum punitivo, por conseguinte parece muito mais estar em um âmbito cultural do que em outro espaço de atuação. Somam-se a isso os problemas que advêm de tratarmos e/ou resolvermos a questão da gestão da prova apenas pela avaliação dos sistemas processuais penais.

Neste diapasão Gesu (2014, p. 169) explica:

Com efeito, o transcurso do tempo é fundamental para o esquecimento, pois além de os detalhes dos acontecimentos desvanecer-se no tempo, a forma de retenção da memória é bastante complexa, não permitindo que se busque em uma “gaveta” do cérebro a recordação tal e qual foi apreendida. E cada evocação da lembrança, esta acaba sendo modificada.

O conceito da prova no processo penal é todo elemento de convicção levado ao processo e que se revela juridicamente relevante para o julgamento da causa, trilhando na busca pela verdade real. Quando se fala de prova no processo penal, o juiz sabe do direito mas não conhece os fatos, “iuria novit cueia”. Invariavelmente, as provas vão servir para elucidar os fatos. Segundo Badaró, “Num primeiro sentido, a prova se identifica com a atividade probatória, isto é, com a produção dos meios e atos praticados no processo visando a convencer o juiz sobre a veracidade ou a falsidade de uma alegação sobre um fato”. (BADARÓ, 2003, p. 158)

O conjunto de fatos que é levado ao juízo, sobre o qual o juiz fará recair aplicação da jurisdição que são mecanismos que o direito nos permite usar para preencher o processo, são os fatos esses que serão objeto de julgamento.

No raciocínio do princípio do contraditório, sempre que umas das partes produzir a pro-

va, a outra deve ser intimada para contraditoriamente se posicionar. A autora Cristina Di Gesu (2014, p. 86) explica que para que não ocorram erros, o contraditório é fundamental na valoração da prova, podendo as partes refutar uma prova ou tese sem fundamento.

Ainda conforme a autora, para que um processo penal seja democrático e constitucional, é necessário verificar se o sistema em vigor “obedece as condições necessárias para as regras do jogo, consubstanciadas na observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade do julgador, ou seja, se tem democraticidade”. (DI GESU, 2014, p. 24)

Princípios da apresentação de provas no processo penal

O princípio da apresentação de provas no processo penal é um dos pilares fundamentais do sistema jurídico. Ele estabelece que todas as partes envolvidas no processo têm o direito e o dever de apresentar as provas necessárias para sustentar suas alegações.

Esse princípio garante que cada parte tenha a oportunidade de expor suas evidências e argumentos perante o tribunal, permitindo que a verdade seja buscada de forma imparcial e equitativa. Além disso, ele assegura o exercício do contraditório, ou seja, o direito de cada parte confrontar e refutar as provas apresentadas pela outra parte.

Vale ressaltar que o princípio da apresentação de provas está intimamente ligado ao princípio do devido processo legal, que exige um procedimento justo e equitativo. As partes devem ter a oportunidade de participar ativamente do processo, oferecendo suas provas e tendo a possibilidade de se defenderem das acusações que lhes são imputadas.

Em resumo, o princípio da apresentação de provas no processo penal assegura a igualdade entre as partes e a busca pela verdade, permitindo que cada parte apresente suas evidências e argumentos para sustentar suas posições. É um elemento essencial para a realização de um julgamento justo e para o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos envolvidos no processo.

A prova testemunhal

Até hoje, a prova testemunhal, depoimento de um ser humano que presenciou um determinado fato, é uma das mais importantes de um processo, senão, muitas vezes, a mais importante, quando, em algum momento, um ser humano é chamado para que sua memória traga ao juízo ou às autoridades policiais um auxílio para esclarecimento dos fatos. Como destaca Stein, em diversas situações, “[..] a única prova de que a justiça dispõe é o depoimento de uma testemunha. Sob outro ponto de vista, a única prova de que a justiça dispõe são as lembranças armazenadas pela testemunha acerca dos fatos” (STEIN, 2010, p. 39)

Ainda de acordo com a autora,

Em um julgamento civil ou penal, a maioria das evidências apresentadas são testemunhos juramentados, de modo que as evidências somente são verdadeiras até o momento em que as recordações da testemunha estiverem corretas. Todavia, quando as recordações da testemunha são incorretas, é difícil refutar os erros da memória com base em evidências forenses inquestionáveis (STEIM *et al.*, 2010, p. 15)

De semelhante modo ÁVILA, “Disposições normativas sobre o testemunho pressupõem que o aparato sensorial do indivíduo capte objetivamente os acontecimentos e que a memória

logo os fixe, como imagens em um filme ou sons gravados” (ÁVILA, 2013, p.50)

No contexto do processo penal, a prova testemunhal assume uma importância crucial. Ela tem o poder de influenciar decisivamente os rumos de um julgamento, podendo levar à condenação ou à absolvição do acusado. Portanto, é essencial que essa prova seja tratada com extrema cautela e rigor, de modo a garantir a justiça e a proteção dos direitos fundamentais.

A análise cuidadosa da prova testemunhal, levando em conta suas limitações e possíveis influências, é fundamental para garantir a justiça e a imparcialidade no sistema de justiça. Isso envolve uma avaliação crítica dos depoimentos, sua consistência interna e compatibilidade com outras provas apresentadas no processo. Além disso, a contradita, o confronto entre versões e a ampla defesa são aspectos essenciais no contexto da prova testemunhal, permitindo a avaliação e o contraditório em relação aos depoimentos apresentados.

Comprova-se, assim, que as implicações de sugestões prejudiciais, tanto durante a fase investigativa de interrogatório policial quanto em âmbito judicial, sujeitas à análise contraditória e à ampla defesa, podem ter efeitos devastadores, comprometendo, em última instância, a veracidade na reconstrução dos fatos delituosos.

Em suma, a prova testemunhal desempenha um papel central no processo penal, mas requer uma abordagem cuidadosa e crítica para lidar com suas nuances e possíveis limitações. Ao considerar suas particularidades, é possível utilizar essa prova de maneira eficaz na busca pela verdade e na garantia de um julgamento justo. Nas palavras de Gesu (2014 p. 153):

Em que pese a necessidade de a prova no processo penal criminal ser muito mais robusta do que a do cível, a prova testemunhal, muitas vezes, é a única embasar não só a acusação, como também a condenação, diante da ausência de outros elementos.

Tanto Avila (2013, p. 50) quanto Carnelutti (2004, p. 293) já desfrutavam da mesma ideia, o autor em seu livro descreve “Carnelutti já alertava para os perigos da prova testemunhal. ”

As sensações da testemunha, a fim de que o testemunho seja exato, não apenas têm de ser exatas, mas, precisamente porque em geral a narração se faz à distância do fato narrado, devem ser fielmente recordadas. O segundo requisito do testemunho refere-se à memória. Este é outro capítulo da psicologia experimental, que deveria ser estudado, a fim de aprender o valor dos testemunhos. Assim como há homens de vista excelente, medíocre ou má, também há os que tenham uma memória fiel e outros que se acham privados desse benefício. Quais sejam as alterações que a impressão de um fato pode sofrer com o transcurso do tempo na mente da pessoa é algo, ademais, e não só depende da potência da memória como, ainda, da duração do intervalo entre o fato ocorrido e a narração, e da qualidade tanto da quantidade dos acontecimentos intermédios (CARNELUTTI, 2004 v. 1, p. 293, *apud* AVILA 2013, p. 50).

Falsas memórias e o processo penal

Nas últimas décadas, as discussões no âmbito jurídico e da psicologia, sobre a delicada relação entre a criação de falsas memórias, têm-se expandido, devido à grande importância dada ao depoimento de vítimas ou testemunhas de crime, isto é, da prova testemunhal, peça chave para a decisão dos juízes na hora de aplicar uma pena. É a partir desta conjuntura que faz-se necessário avaliar as implicações da falibilidade de memórias e suas consequências em um processo penal.

Segundo Gesu (2014, p. 155):

No processo penal, a problemática envolvendo as falsas memórias é centrada tanto na produção de provas testemunhal, quanto antes dela, pois, muitas vezes, nesses dois momentos acaba sendo despida de qualquer tipo de critério ou técnica, em busca da “verdade” sobre um determinado acontecimento. O problema não está na adjetivação. Ou seja, se é “real” ou “processual”, mas sim no próprio substantivo “verdade”, na medida em que a abandonamos como escopo do processo acusatório.

Neste mesmo contexto, o esquecimento da memória tem grande relevância quando advém de uma testemunha ou de uma vítima, ademais, essas memórias ou recordações estão sujeitas a contaminações externas ou não, podendo o lapso temporal fomentar a falsificação dessas lembranças.

Muitas vezes passa-se um longo tempo, anos até que a testemunha seja chamada em juízo para prestar seu testemunho, e daí assim perante contraditório e ampla defesa para poder ser valorado as informações trazidas ao juízo. Por este motivo que a noção de verdade buscada com a prova testemunhal muitas vezes poderá ser equivocada.

Implicações da falibilidade de memórias no processo penal

Ao refletir sobre o desenrolar dos processos penais, a temática da memória deve ser levada especialmente em consideração, especialmente quando trata-se da participação de testemunhas no processo. Por mais que, estando no século XXI, busque-se o aprimoramento nas leis, de forma constante, é possível que haja falhas no andamento de um processo. Em muitos casos, acusações criminais foram baseadas em testemunhos ou depoimentos de pessoas que tinham falsas memórias dos eventos em questão, fato que afetou de forma direta e grave na condução da penalização do acusado.

Algumas decisões versam sobre absolvição de agentes que fizeram uso de meios que envolvem falsas memórias, a jurisprudência:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – ANÁLISE – CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO DA PROVA – ADMISSIBILIDADE. A análise, a partir das balizas estabelecidas nos pronunciamentos das instâncias inferiores, da legitimidade do enquadramento jurídico e da idoneidade dos critérios de valoração das provas que implicaram a condenação não pressupõe o revolvimento do conjunto fático-probatório, revelando-se admissível com o habeas corpus ou recurso ordinário constitucional. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA – DESCRIÇÃO – DENÚNCIA – SENTENÇA – VINCULAÇÃO. O princípio da congruência exige a vinculação da conclusão assentada na sentença com os fatos narrados na denúncia, não constituindo nulidade processual o pronunciamento judicial que, ao condenar o acusado, não extrapola o contexto descrito na peça acusatória. PROVA TÉCNICA – SUPERVENIÊNCIA – MATERIAL GENÉTICO – CONDENAÇÃO – INSUBSISTÊNCIA – EXISTÊNCIA DE DÚVIDA RAZOÁVEL. A superveniência de prova técnica, consistente na comparação dos perfis genéticos dos acusados, a demonstrar a compatibilidade, com o corréu, do material genético encontrado na colcha em que ocorrido o crime de estupro imputado faz surgir situação de dúvida razoável concernente ao que narrado na denúncia, porquanto apontou ser o paciente o único a ingressar na residência das vítimas, e, considerado o princípio da não culpabilidade, desautoriza a manutenção da condenação.

(RHC 128096, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 18/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 25-06-2019 PUBLIC 26-06-2019)

Em uma decisão inédita no país, a justiça brasileira decidiu rever o caso. Quatro anos antes, exames de DNA atestaram que o material genético de Israel não correspondia à mancha de sangue encontrada na cena do crime. (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018) “Segundo a Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, Pacheco passou cerca 10 anos preso, entre regimes fechado e semiaberto, por um crime que não cometeu.”

Apesar de haver decisões que reconhecem a possibilidade de ocorrência de falsas memórias, não há critérios objetivos estabelecidos para identificar falsas memórias em provas testemunhais. Como resultado, é possível que julgamentos sejam proferidos com base em fatos falsos ou distorcidos, o que destaca a necessidade de propostas de intervenção e sugere possíveis áreas de estudo futuras. Uma dessas propostas é o desenvolvimento de treinamento especializado para magistrados, que integre a literatura científica e a prática forense, visando aprimorar a avaliação e o uso de provas testemunhais.

A pesquisa científica sobre memória possui o potencial de abordar e minimizar esses problemas. Os conhecimentos dos psicólogos podem ser uma contribuição valiosa não apenas para o cotidiano das pessoas, mas também para diversos profissionais, especialmente aqueles na área jurídica, que dependem da precisão da memória dos indivíduos em seus trabalhos. Ainda há muitos pontos teóricos e práticos que não foram completamente explorados pelos estudos existentes, e várias questões precisam ser mais investigadas por meio de pesquisas. É responsabilidade dos profissionais da área dedicarem-se mais ao estudo das Falsas Memórias, um tema importante que tem recebido pouca atenção dos pesquisadores no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante esta pesquisa, foi dada ênfase ao fenômeno da falsificação de memórias, que envolve a criação ou distorção de lembranças que podem afetar o testemunho de indivíduos. Foram examinados os principais fatores que contribuem para a ocorrência de falsas memórias, como sugestibilidade, influência externa e outros elementos que podem comprometer a acurácia dos relatos.

Considerando a complexidade envolvida na resolução do problema da falsificação de memórias, diversas pesquisas têm mostrado que é possível prevenir imprecisões nos depoimentos por meio da adoção de procedimentos específicos de identificação e questionamento. Esses procedimentos visam reduzir a formação de falsas memórias, minimizar os danos decorrentes delas e, conseqüentemente, conferir maior precisão à prova coletada.

O depoimento testemunhal representa o principal meio de prova no processo penal e tem como objetivo reconstruir, de maneira aproximada, um fato ocorrido no passado, é fundamental reconhecer a possibilidade de contaminação desse depoimento por falsas memórias. A presença de falsas memórias pode comprometer todo o processo penal. Diante dessa preocupação, é importante introduzir uma reflexão sobre a possibilidade de falsificação da memória.

É válido ressaltar que essa reflexão não tem a intenção de desacreditar o depoimento testemunhal, mas sim demonstrar que, dependendo do contexto, ele não é suficiente, por si só, para afastar a presunção de inocência. Reconhecer a existência de falsas memórias e os possíveis impactos que elas podem ter é essencial para garantir uma busca pela verdade mais justa e precisa, considerando outras evidências e elementos que possam corroborar ou refutar o depoimento em questão.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- BRASIL, Ministério da Justiça. Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015.
- BRASIL. supremo tribunal federal. (Primeira turma). RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 128096 / RS - RIO GRANDE DO SUL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS, ANÁLISE, CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO DA PROVA, ADMISSIBILIDADE. A análise, a partir das balizas estabelecidas nos pronunciamentos das instâncias inferiores, da legitimidade do enquadramento jurídico e da idoneidade dos critérios de valoração das provas que implicaram a condenação não pressupõe o revolvimento do conjunto fático-probatório, revelando-se admissível com o habeas corpus ou recurso ordinário constitucional. [...]. Recorrente: Israel de Oliveira Pacheco. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Marco Aurélio, 18 dez de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur406647/false>
- CARNELUTTI, Francesco. Lições sobre o processo penal. Campinas: Bookseller, 2004, v. 1, p. 293.
- EISENKRAEMER, R. E. Armadilhas cognitivas: a construção de memórias verdadeiras e falsas durante a leitura. 2008 (Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação) - Letras, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz do Sul, SC, 2008.
- DI GESU, C. C. Prova penal e falsas memórias. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- IZQUIERDO, I. Memórias. Estudos avançados. São Paulo, v. 3, p. 89-112, 1989.
- IZQUIERDO, I. *et al.* Memória: tipos e mecanismos – achados recentes. Revista USP, São Paulo, v. 98, p. 9-16, jun./jul./ago. 2013.
- LOFTUS, E.; FERREIRA, A. I. (Trad.). Memórias Fictícias. Lusíada, Lisboa, Universidade Lusíada de Lisboa, v. 3-4, p. 336, 2006.
- STEIN, L. M.; PERGHER, G. K. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. Psicologia: Reflexão e Crítica, Porto Alegre, v. 14, n. 2, p. 353-366, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-79722001000200010&script=sci_abstract&tlng=pt> Acesso em: 21 maio. 2023.
- VALENTE, R. STF absolve condenado por estupro reconhecido pela vítima, mas eximido por DNA. Folha de São Paulo, São Paulo, 18/12/2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/12/stf-absolve-condenado-por-estupro-que-passou-10-anos-presos-e-foi-eximido-por-dna.shtml>> Acesso em: 29 maio. 2023

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho a todos os colegas e professores que estiveram ao meu lado durante esta jornada acadêmica, proporcionando apoio, incentivo e compreensão, agradeço a minha família e especialmente a minha esposa e aos meus filhos, que foi o motivo pelo qual retornei aos estudos, para incentivá-los, que sempre vale apenas e que nunca é tarde para ter uma formação acadêmica, este é um pequeno gesto para expressar o imenso amor e gratidão que sinto por cada um de vocês.



Trabalho por plataforma: a insegurança jurídica mediante a flexibilização do conceito de subordinação trabalhista.

Platform work: juridical insecurity beyond the flexibilization of the working subordination concept

Jessica Taynara Ribeiro Rios
Natiele Cristina Friedrich

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.188.6

RESUMO

Este trabalho busca tratar sobre o tema do trabalho por meio de plataformas digitais e a insegurança jurídica gerada pela flexibilização do conceito de subordinação trabalhista, para concluir como o Direito do Trabalho deve tratar essas relações, identificando os critérios de caracterização do vínculo empregatício e os novos desafios às relações trabalhistas, em especial quanto ao conceito da subordinação jurídica. Diante das transformações que vem ocorrendo nas relações típicas de trabalho, em razão do avanço dos meios tecnológicos passou-se a verificar o surgimento de novos modelos de trabalho, em especial, os trabalhos por plataforma. Essas novas formas de trabalho, por não se encaixarem completamente ao modelo das relações tradicionais têm apresentado à Justiça do Trabalho novos pleitos, causando inseguranças jurídicas quanto à aplicabilidade dos critérios tradicionais de reconhecimento de vínculo empregatício. Dessa forma, irrompe ao Direito do Trabalho a necessidade de abarcar essas novas relações sob o manto do Princípio da Livre Iniciativa, considerando a flexibilização do conceito de subordinação e o panorama de insegurança jurídica e financeira enfrentado pela discussão acerca da regularização dessas novas estruturas de trabalho. Assim, a partir da análise doutrinária e jurisprudencial, busca-se uma solução a necessidade da uniformização da jurisprudência quanto à aplicação da subordinação jurídica e a necessidade de desenvolvimento de atividade legislativa sobre a regulamentação do trabalho por plataforma no que diz respeito a disciplinar a sua atuação na sociedade.

Palavras-chave: disciplina. direito. direito do trabalho.

INTRODUÇÃO

A sociedade permanece em constante evolução e mutação desde seus primórdios e acompanhando o seu desenvolvimento. A partir das inovações tecnológicas e das condições socioeconômicas de cada país, as relações de trabalho passam a se apresentar de modos diferentes do tipicamente estabelecido exigindo assim uma postura jurídica quanto à sua interpretação e disciplina.

O trabalho prestado por meio de plataformas digitais surge nesse contexto de evolução tecnológica caracterizadora da quarta revolução industrial, na apresentação de um novo sistema denominado *sharing economy* (economia colaborativa ou compartilhada), que busca a disponibilização de bens ou serviços de forma temporária em uma relação entre pessoas e coisas.

A importância da presente pesquisa se apresenta diante do crescimento máximo das plataformas digitais e dos trabalhadores que, frente à crise econômica e social, aos índices crescentes de desemprego ou então que em busca de renda extra, buscam essa alternativa.

Partindo desse contexto, no primeiro capítulo será realizado um breve aparato histórico do avanço tecnológico dos modos de produção até a atualidade, contextualizando o desenvolvimento e apresentação do trabalho por plataforma.

O capítulo segundo, por sua vez, se destina a discussão do gênero relação de trabalho e sua espécie, a relação de emprego. Partindo desses esclarecimentos então, a pesquisa se debruçará efetivamente sobre o trabalho por plataforma e sobre as vertentes que se apresentam na interpretação da sua forma de realização, favorável ou contrária ao reconhecimento de vínculo

empregatício entre trabalhador e plataforma digital.

Ressalta-se desde já que na análise de sua dimensão e apresentação, ao longo do estudo, em alguns momentos, será utilizada a plataforma Uber para fins de exemplificação.

Em direção à finalização da pesquisa, o capítulo terceiro busca analisar a questão da flexibilização da subordinação jurídica, defendida especialmente pela vertente favorável ao reconhecimento da relação empregatícia nos trabalhos por plataforma, de forma a apontar os riscos de tal flexibilização às demais relações de trabalho e à disciplina jurídica dessas relações na sociedade.

Para alcançar esse intuito, serão utilizados os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, apontando suas divergências e concordâncias, concluindo com o entendimento da necessidade de regulamentação jurídica das questões relacionadas ao trabalho por plataforma.

O AVANÇO TECNOLÓGICO E O DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO POR PLATAFORMA

As transformações nos sentidos jurídicos e sociais do direito do trabalho para o que conhecemos hoje são o resultado de muitos anos de desenvolvimento e mudanças constantes na história da humanidade e, conseqüentemente, nas relações trabalhistas.

Amauri Mascaro Nascimento entende o surgimento e transformação do direito do trabalho como resultado das questões sociais e da busca por disciplinar as relações de trabalho.

Para o autor, o direito do trabalho teve seu surgimento como uma consequência da questão social que antecedeu a Revolução Industrial do século XVIII direito do trabalho surge como consequência da questão social precedida pela revolução industrial do século XVIII e da reação humanista que buscava garantir ou preservar a dignidade do ser humano empregado no trabalho das manufaturas que, juntamente com o desenvolvimento da ciência apresentaram nova forma ao processo de produção de mercadorias na Europa (NASCIMENTO, 2014, p. 25). A necessidade disciplinar e regradar o ordenamento jurídico e as relações de trabalho individuais e coletivas passou então a expandir-se e espalhar-se rapidamente pelo mundo industrializado.

Diante das transformações que vem ocorrendo nas relações típicas de trabalho, em razão, principalmente do avanços dos meios tecnológicos e de comunicação do final do século XX até os dias atuais em que nos deparamos com a transição da sociedade industrial para a de serviços, intensificada pela utilização em massa da internet e fácil acesso a serviços através de aplicativos apenas com o uso de um smartphone, passou-se a verificar o surgimento de novos modelos de trabalho, em especial, os trabalhos por plataforma digitais.

Lourival Brão Marques Filho, (2022) em sua obra “Litigantes em Fuga: o acaso da Justiça do Trabalho?” Busca desvendar como as novas tecnologias e a reforma trabalhista impactam a litigiosidade trabalhista e para isso realiza análise acerca das mutações no mundo do trabalho e as características e impactos da quarta revolução industrial.

Como dito anteriormente o avanço tecnológico e as transformações nas relações de trabalho possuem vínculo direto, se apresentando em novas modalidades de trabalho que não se enquadram nos modelos típicos.

O advento das plataformas digitais gerou um rompimento com o direito do trabalho clássico. Até o início da quarta revolução industrial as contratações dos trabalhadores tinham como regime jurídico preponderante a utilização do contrato de emprego, com subordinação direta e vinculação específica a um tomador, ao passo que as plataformas digitais oferecem um modelo diverso, na medida em que as contratações não mais se vinculam ao núcleo duro do direito do trabalho, mas sim às modalidades autônomas de contratação. (MARQUES FILHO, 2022, p. 93).

Obviamente, as transformações no direito do trabalho são oriundas de mais de uma variável, além do avanço tecnológico, as questões sociais, políticas e o desenvolvimento dos países são fatores determinantes. Com a globalização e a preponderância global do sistema capitalista, “produzir mais e em maior velocidade se tornou uma busca incessante” (ALVES, 2022, p. 61).

A primeira, segunda e terceira revoluções industriais foram responsáveis, sucessivamente, pela mecanização, pela produção em massa e pela automação, inovações de extrema importância para se entender a sociedade na forma como se apresenta hoje, contudo, para fins de delimitação histórica, este trabalho se limitará a análise do advento da quarta revolução industrial, que se apresenta atualmente:

Vive-se, agora, a quarta Revolução Industrial que não é apenas uma revolução digital. É digital, física, nanotecnologia, biológica. E as mudanças operam em todas as áreas, com o aparecimento de novos modelos de negócios e pela “reformulação da produção, do consumo, dos transportes e dos sistemas logísticos”, além de alcançar a forma como nos comunicamos, trabalhamos e nos divertimos, alcançando, dessarte, todas as esferas sociais. (MARQUES FILHO, 2022, p. 105).

Nesse sentido, se a sociedade e os modos de produção passam por modificações, pode-se deduzir que o mesmo acontecerá com as relações de trabalho, como exemplo do sistema denominado *sharing economy* (economia colaborativa ou compartilhada), novo modelo empresarial advindo com a quarta revolução industrial que disponibiliza bens ou serviços de forma temporária em uma nova relação que acontece entre pessoas e coisas (MEDEIROS, 2023, p. 72).

É nessa concepção que se apresentam as relações de trabalho por plataformas digitais, conforme bem ilustra Marques Filho (2022, p. 106) essa revolução acarretará diversos desdobramentos nas relações de trabalho e, nesse sentido, havendo mutações no modelo de produção, é improvável que as relações de trabalho permaneçam sujeitas à mesma estrutura e lógica que foram criadas durante as três primeiras revoluções industriais, ou seja, empregando pessoas diretamente e nesse contexto, surgem novas e distintas formas de contratação, sendo já possível distinguir e reconhecer uma forma bem definida e diferente das demais que é a prestação de serviços por meio das plataformas digitais.

O trabalho por meio de plataformas digitais é caracterizado como aquele em que os trabalhadores prestam serviços sob demanda por meio de aplicativos. Rodrigo Castilho descreve esse novo ambiente de trabalho como uma nuvem (CASTILHO, 2020, p. 41), nessa nova modalidade, a empresa disponibiliza a sua nuvem de produtos ou serviços diretamente no mercado de consumo, somente então e após alguém adquirir esse produto ou serviço é que a empresa realiza o seu lançamento de forma virtual, buscando um trabalhador em sua nuvem de interessados em produzir o bem vendido ou prestar aquele serviço já previamente determinado quanto ao modo, valor, prazo de entrega e tempo de execução.

Durante a pandemia do Covid-19, em meio às condições de isolamento social em que

a sociedade de viu obrigada a mudar radicalmente seus costumes por questões de saúde e segurança sanitária (MEDEIROS, 2023, p. 81), foi então que os trabalhos por demandas em aplicativos mereceram maior destaque e passaram a ter maior influência, sendo reconhecido o seu mérito pela própria jurisprudência:

No Brasil, quiçá mundialmente, o cenário de alto e crescente índice de desemprego e exclusão em decorrência do avanço da tecnologia, da automação e da incapacidade de geração de novas oportunidades no mesmo ritmo, atinge todos os níveis de instrução da força de trabalho e, portanto, de privação e precariedade econômica. Tal se potencializou com a recente pandemia do COVID 19, pelo que, além de outros fatores como alternativa flexível para gerar renda extra; necessidade de renda para ajudar na sobrevivência ou custear os estudos; espera pela realocação no mercado em emprego formal; não exigência de qualificação técnica ou formação acadêmica mínima, a migração de uma considerável camada da sociedade para essa nova modalidade de trabalho tornou-se uma realidade. (TST-RR-100353-02.2017.5.01.0066. 8º Turma. Relator: Alexandre Agra Belmonte. DJe 19/12/2022.).

As medidas de isolamento social implementadas pelos governos nesse período promoveram um aumento significativo nos trabalhos de forma remota e na aquisição de produtos e serviços por meio de plataformas digitais.

Nesse momento, os trabalhos exercidos por meio de plataformas digitais, com entrega de produtos e prestação de serviços diretamente na residência ou local de trabalho da população, assumiram caráter de “serviço essencial” (JESUS, COELHO E CARMO, 2020, p. 50-66), dado o seu aumento e ganho de importância.

A pandemia do Covid-19 agravou a crise social e o desemprego e contribuiu para a formação de uma nova dinâmica nas relações de trabalho brasileiras. A exemplo da plataforma digital “Uber”, uma pesquisa realizada pela consultoria Accenture demonstrou que 62% dos motoristas e 54% dos entregadores se cadastraram no aplicativo durante a pandemia, momento em que estando desempregados, não conseguiram encontrar outro trabalho (SENA, 2021).

É fato que as mudanças tecnológicas e os novos moldes de relação de trabalho ensejam, conseqüentemente, mudanças na legislação trabalhista. Não é possível enquadrar o trabalho prestado por meio de plataformas digitais no modelo tradicional de relação de emprego, por se tratar de relação de trabalho de natureza diversa, seguindo essa ideologia, o pensamento de Breno Medeiros (2023, p. 76):

Logo, precisa ficar claro que o modelo de ativação por aplicativo, se respeitado em sua essência pelas plataformas, conferindo autonomia plena ao trabalhador para se engajar por critérios de conveniência e oportunidade que só cabem a ele delimitar, não pode ser, enquanto tipologia, igualado ao modelo de emprego, por lhe faltar, em regra, a subordinação jurídica que caracteriza o vínculo celetista no ordenamento brasileiro.

Dessa forma, surge uma nova relação de trabalho, diferente dos modelos típicos e que não enquadra nos critérios de relação empregatícia, que serão tratados no próximo tópico.

CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO E SUA APLICABILIDADE AOS NOVOS MODELOS DE TRABALHO

Essa nova modalidade de trabalho, por meio de plataformas digitais, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, em especial, ao direito do trabalho, novos desafios à sua interpretação e a questão de sua caracterização ou não em vínculo empregatício.

Antes de se pontuar as suas especificidades, cumpre retomar a legislação trabalhista e a caracterização da relação de trabalho e da relação de emprego nela inserida.

A expressão relação de trabalho possui caráter genérico e se refere a todas as relações jurídicas que têm como cerne a prestação de labor fundamentada em uma obrigação de fazer (DELGADO, 2016, p. 334), dessa forma, engloba tanto as relações de emprego quanto o trabalho autônomo, o trabalho eventual, o trabalho avulso e demais modalidades que possuem como finalidade a prestação de labor.

Relação de trabalho são todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em trabalho humano.

[...]

Evidentemente que a palavra trabalho, embora ampla, tem uma inquestionável delimitação: refere-se a dispêndio de energia pelo ser humano, objetivando resultado útil (e não dispêndio de energia por seres irracionais ou pessoa jurídica)." (DELGADO, 2016, p. 334)

Tamanho extensão adquire, portanto, à expressão relação de trabalho ao se referir a toda e qualquer relação entre duas ou mais partes em que haja, repita-se, o empenho de energia de um ser humano, em uma atividade, buscando alcançar um resultado determinado.

Já no que se refere à terminologia relação de emprego, se traduz em uma modalidade de relação de trabalho, uma espécie, com características próprias e específicas e, na concepção de Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2016, p. 335), independentemente do tipo de trabalho a que se refere, uma característica da relação de emprego é de ser a forma de contrato de trabalho com maior importância econômica e social que se apresentou nos últimos anos desde a criação do atual sistema econômico, o capitalismo. Na concepção do autor, a importância socioeconômica e a singularidade de sua dinâmica jurídica deram origem a um dos mais importantes segmentos do universo jurídico que envolve a atual relação de trabalho - o direito do trabalho.

As relações de trabalho caracterizadas em relações de emprego expandiram-se ao longo dos anos e por sua tipificação e requisitos próprios ganharam importância e maior atenção do próprio direito do trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) prevê em seu art. 3º: "Considera-se empregada toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.". Da análise desse artigo nota-se que os critérios definidores da relação de emprego são a pessoalidade, a não eventualidade, a onerosidade e a subordinação.

Os três primeiros critérios são comuns e ocorrem em demais relações de trabalho, por vezes não ao mesmo tempo, mas ocorrem independentemente do direito, contudo, o que realmente diferencia a relação de emprego das demais tipologias, para a jurisprudência brasileira

(NASCIMENTO, 2014, p. 424) é a subordinação, a qual este trabalho se dedicará em analisar.

De fato, a subordinação é que marcou a diferença específica da relação de emprego perante as tradicionais modalidades de relação de produção que já foram hegemônicas na história dos sistemas socioeconômicos ocidentais (servidão e escravidão). Será também a subordinação o elemento principal de diferenciação entre a relação de emprego e o segundo grupo mais relevante de fórmulas de contratação de prestação de trabalho no mundo contemporâneo (as diversas modalidades de trabalho autônomo). (DELGADO, 2016, p. 349).

Pode-se dizer que o conceito de subordinação jurídica surgiu conjuntamente com as leis trabalhistas, no objetivo de disciplinar as relações de trabalho, garantir ao empregador poder de comando e direção e ao empregado proteção no ambiente laboral e orientação quanto ao desenvolvimento de suas atividades, em limitação a autonomia de sua vontade nesse desempenho. Nesse sentido, o pensamento de Delgado:

Como se percebe, no Direito do Trabalho a subordinação é encarada sob um prisma objetivo: ela atua sobre o modo de realização da prestação não sobre a pessoa do trabalhador. É, portanto, incorreta, do ponto de vista jurídico, a visão subjetiva do fenômeno, isto é, que se compreenda a subordinação como atuante sobre a pessoa do trabalhador, criando-lhe certo estado de sujeição (*status subjectiones*). (DELGADO, 2016 p. 350).

A subordinação, se refere, portanto, ao poder de comando do empregador com relação ao empregado e o modo como o trabalho é prestado é que permite a distinção entre trabalho subordinado e trabalho autônomo na observação da autonomia na realização de suas atividades.

Esse também é o pensamento manifestado por Nascimento, e em sua concepção, a relação de emprego é oriunda da livre transferência do poder de comando, comando e disciplina do trabalhador para a execução de seus serviços. (NASCIMENTO, 2014, p. 423).

O conceito de subordinação passou por uma longa trajetória. Surgiu, como vimos, com grande autoridade na doutrina italiana, mantendo-se até os nossos dias a macrodivisão do trabalho profissional em subordinado e autônomo. Esses são os dois grandes ramos em que se situam as relações de trabalho que interessam ao nosso problema. De um lado, o trabalho subordinado, de outro, o trabalho autônomo, colocando-se em polos separados, de modo que a disciplina jurídica aplicável aos dois setores é diversa. (NASCIMENTO, 2014, p. 423-424)

Dessa forma, o trabalho subordinado caracteriza-se por aquele em que o empregado transfere a sua autonomia a um terceiro, seu empregador, em contraprestação a uma remuneração salarial. Já no trabalho autônomo o trabalhador mantém autonomia sobre suas atividades, seguindo seus próprios critérios para disciplina e exercício do labor.

Em breve síntese o trabalho autônomo, por sua vez, se caracteriza como aquele em que há uma obrigação de fazer, uma atividade laboral a ser exercida (DELGADO, 2016, p. 336), mas não há rigidez quanto à personalidade, podendo ser exercido por outra pessoa, sem predefinição de horários de jornada e, mais importante, não há subordinação a terceiro, o trabalhador exerce sua autodisciplina.

A doutrina e jurisprudência trabalhistas brasileiras, apesar de elencarem diversas modalidades de trabalho, adotam a visão binária quanto ao enquadramento dessas relações no que se refere à autonomia ou subordinação.

O desafio e tipificação dos novos modelos de trabalho

As novas relações de trabalho que passam a se apresentar no contexto da quarta revolução industrial, em especial, o trabalho desenvolvido por meio de plataformas digitais, se mostra como um desafio à concepção jurídica.

Nos trabalhos exercidos por meio de plataformas digitais, o modelo de trabalho é caracterizado pela ausência de vínculo de emprego entre o trabalhador e as plataformas digitais. A doutrina e a jurisprudência brasileiras têm-se dividido em duas vertentes (MARQUES FILHO, 2022, p. 123), uma que entende pela existência do vínculo empregatício e outra que defende o caráter autônomo da relação.

Sendo muitas as argumentações utilizadas pelos defensores de uma ou outra tese, este estudo se dedicará a apresentar os principais contrapontos entre ambas as teorias, para prosseguir rumo à sua conclusão.

A vertente que entende pela caracterização de vínculo empregatício na relação entre o trabalhador e a plataforma defende que é possível realizar o enquadramento de suas características aos requisitos elencados no artigo 3º, CLT, a partir da flexibilização de seus conceitos, alegando a necessidade para acompanhamento das inovações sociais.

A fim de possibilitar a presença do mais importante critério de caracterização da relação empregatícia, a subordinação, muitos defendem que após a quarta revolução industrial, esta passa a se apresentar de novo modo.

Nesta concepção, a inteligência artificial possibilita o monitoramento dos trabalhadores (STEFANO, 2020, p.26), sendo possível verificar a sua localização e avaliar a sua produção e eficiência na realização das atividades. Esse também é o entendimento emanado por parte da jurisprudência, na criação do conceito de “subordinação jurídica algorítmica”:

[...]. Surge assim a chamada “subordinação jurídica algorítmica”, que, conforme a compreensão da Corte Regional, que aqui se reproduz, dá-se pela codificação do “comportamento dos motoristas, por meio da programação do seu algoritmo, no qual insere suas estratégias de gestão, sendo que referida programação fica armazenada em seu código-fonte. Em outros termos, realiza, portanto, controle, fiscalização e comando por programação neo-fordista” (p. 628). Nessa toada, os algoritmos atuariam como verdadeiros “supervisores”, de forma que os requisitos que caracterizam o vínculo empregatício não mais comportariam a análise da forma tradicional[...]. (TST-RR-100353-02.2017.5.01.0066. 8º TURMA. RELATOR: ALEXANDRE AGRA BELMONTE. DJE 19/12/2022.).

Para Todolí Signes (2017, p. 24), citado por Marques Filho, na relação trabalhador-plataforma há vínculo de emprego por não possuir o trabalhador poder de barganha sobre o conteúdo do contrato.

Ou seja, a plataforma estabelece as condições e o trabalhador simplesmente, ao se cadastrar à plataforma e prestar o serviço dá o seu aceite de forma tácita àquelas condições, formando um contrato de adesão.

Ainda, para essa vertente a liberdade de o trabalhador escolher e estabelecer por si quando irá prestar os serviços é falaciosa e que apesar de o poder de comando e direção não se apresentar de forma típica, permanece presente através do processamento e controle de dados da plataforma, e que o sistema de preços e premiações estabelecidos pela plataforma, orientam

aos trabalhadores sem que nem mesmo eles percebam (CARELLI, 2017, p. 131).

Na defesa da caracterização do vínculo empregatício nas relações de trabalho por plataforma, essa vertente adota a flexibilização dos critérios caracterizadores da relação de emprego citados acima, em especial a flexibilização da subordinação.

A vertente que entende que a relação jurídica entre trabalhador e plataforma não gera vínculo, defende a não existência de subordinação e a ampla liberdade de ação do trabalhador.

Para essa vertente, flexibilizar os critérios previstos na legislação trabalhista como necessários à caracterização do vínculo, se apresentaria como mitigação da relação de emprego, sendo qualquer contrato de trabalho apto a configurar relação empregatícia, a menos que se apresentasse em completa anarquia contratual (MARQUES FILHO, 2022, p. 128).

Nesse sentido, o entendimento vai de encontro ao trabalho autônomo, na autodisciplina do trabalhador:

A autogestão da força de trabalho na ativação pessoal de trabalhadores em aplicativos de *sharing economy* é uma realidade que cria um espaço novo de habitação do trabalho, diverso dos modelos regulares do módulo horário rígido de engajamento, com remuneração limitada pelo valor salário-hora, como ocorre na relação de emprego, ou no modelo de diárias, pago em face da contratação de trabalho intermitente ou eventual. (MEDEIROS, 2023, p. 73).

O trabalho exercido por meio de plataformas digitais se apresenta como um novo modelo sem jornada rígida ou remuneração limitada pelo valor do salário-hora. As empresas de plataformas organizam as suas atividades por meio de aplicativos digitais e oferecem seu serviço ao público por meio de trabalhadores que realizam o seu cadastramento junto a elas.

No desenvolvimento das atividades por esses trabalhadores que realizam cadastro para realizar atividades por meio dos serviços e produtos disponibilizados pelas plataformas digitais, o tempo e o número de tarefas a serem realizadas depende exclusivamente da perspectiva de renda que o trabalhador pretende auferir com aquele trabalho.

Nessa modalidade de trabalho, o trabalhador possui autonomia para escolher horário, a duração e o local da prestação dos serviços, percebendo, ao final, cerca de 75% a 80% do valor pago pelo usuário que solicitou o serviço ou produto através da plataforma (MEDEIROS, 2023, p. 74).

Além disso, o trabalhador é o proprietário das próprias ferramentas de trabalho, seguindo o exemplo da plataforma Uber, que disponibiliza serviços de transporte sob demanda, permitindo solicitar os serviços de um motorista particular por meio de um aplicativo, nesse caso, o trabalhador-motorista é o proprietário do veículo a ser utilizado na prestação dos serviços.

Dessa forma, o trabalhador assume para si e integralmente os riscos do empreendimento, sem qualquer participação da plataforma, responsabilizando-se por consertos, manutenções e até por possíveis danos, “o que sem dúvida retira qualquer resquício de alteridade na relação existente entre eles” (MARQUES FILHO, 2022, p. 127).

Além da não manifestação dos requisitos necessários à caracterização da relação empregatícia, apresentam esses trabalhadores, características próprias de empregador, que nesse caso se apresentam na autonomia do trabalho, especialmente quanto aos riscos da atividade

econômica (ART. 2º, CLT).

Nesse sentido, apesar de divergirem em sua conclusão quanto à existência ou não de vínculo empregatício entre trabalhadores e plataformas, inconteste é que para sua verificação é necessária a presença dos elementos da pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e a subordinação, nesse sentido:

[...] O que verdadeiramente importa é verificar se os elementos que definem a relação de emprego estão presentes ou não. Se não estiverem presentes, a consequência é o não reconhecimento do vínculo de emprego seja o prestador de serviço um cabeleireiro, médico ou motorista de aplicativo e esta análise não é definida pela formalização do trabalho ou pela plataforma utilizada (digital ou física), mas sim pelos seus elementos substanciais. (MARQUES FILHO, 2022, p. 129).

No trabalho exercido através de plataformas digitais, o trabalhador escolhe quando, como e para quem deseja trabalhar, permitindo ampla liberdade de ação, além da remuneração, como já exemplificada, ser distinta da remuneração de relações empregatícias.

De modo geral, pode-se afirmar que não se encontram presentes os requisitos típicos do vínculo empregatício na relação entre trabalhadores e plataformas digitais, encontrando melhor correspondência o exercício de sua atividade com o trabalho exercido de forma autônoma, pela ampla liberdade que possui.

A vertente defensora de seu enquadramento na relação empregatícia apresenta flexibilização aos critérios imprescindíveis ao reconhecimento desse vínculo. Essa flexibilização defendida apresenta muitos riscos à sociedade e ao próprio direito trabalhista, especialmente a flexibilização quanto ao conceito de subordinação jurídica.

Nesse cenário, nos demais países, essa discussão também vem sendo travada. Inclusive novos conceitos vêm ganhando força, como é o caso da tese defendida pela Suprema Corte do Reino Unido que, adotando o conceito de “parasubordinação” – um conceito intermediário entre a relação empregatícia e o trabalho autônomo – passou a condenar a plataforma digital Uber ao pagamento de férias e garantia de salário mínimo aos trabalhadores que exercem suas atividades nesse meio:

Entre os argumentos que configuram a parasubordinação, está o fato de a Uber proibir relacionamento profissional entre motorista e passageiro fora do aplicativo. Além disso, é a empresa quem define preços, destinos e trajetos. [...] No mês passado, 70 mil motoristas da Uber no Reino Unido passaram a ter direito a pagamento de férias equivalente a 12,07% dos rendimentos e registro automático em um sistema de aposentadoria ligado à empresa. (GIOVANAZ, 2021).

Alguns outros países, como exemplo da Holanda, permanecem, assim como o Brasil, na insegurança acerca da definição da relação de trabalho dos trabalhadores de plataformas digitais, mas tendendo pela liberdade de escolha dos trabalhadores. (GIOVANAZ, 2021). De fato, as novas modalidades de trabalho apresentam desafios aos ordenamentos jurídicos dos Estados.

A FLEXIBILIZAÇÃO DA SUBORDINAÇÃO E A REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO POR PLATAFORMA

Diante da observação dos fundamentos defendidos pela vertente favorável ao reconhecimento da relação empregatícia entre trabalhador e plataformas digitais, utilizando para isso, da

flexibilização do conceito de subordinação jurídica, se faz necessário analisar a possibilidade de sua aplicação e suas desvantagens ou riscos às relações de trabalho.

Como visto, a vertente favorável defende que subordinação está inerente aos trabalhos prestados através de plataformas digitais pela possibilidade de exercício de monitoramento da atividade realizada através da inteligência artificial.

Antes de adentrar-se a problematização de sua flexibilização e adequação da forma apresentada, importante ressaltar que a subordinação não pode ser configurada pela simples existência de uma forma de se monitorar a realização da atividade, pois essa é condição intrínseca a todas as relações de trabalho, nesse sentido:

Antes fixa-se a premissa que norteia esta obra: em todos os contratos de prestação de serviços as partes possuem direitos e deveres específicos ao contrato. Dentre eles existe a prerrogativa de o contratante monitorar e verificar se o trabalho está sendo realizado de modo eficiente e correto e isso dá a essência de qualquer modalidade contratual que exige múltiplas e reiteradas atividades. Não se trata, à toda evidência de um requisito típico, exclusivo e que caracteriza o contrato de trabalho, mas sim vincula-se às mais diversas formas de contratação. (MARQUES FILHO, 2022, p. 123).

Até mesmo nas atividades prestadas de forma autônoma pelo trabalhador, o contratante tem a prerrogativa de monitorar a efetiva realização do trabalho conforme contrato entre as partes.

Meras semelhanças e o simples exercício de fiscalização pelo contratante da prestação de serviços não enseja em relação de subordinação do trabalhador ao poder diretivo e de comando do empregador ou empresa, sendo este também o pensamento de Mallet:

Tampouco se materializa a subordinação trabalhista na mera sujeição do prestador de serviço a algumas diretrizes ou, em termos gerais, a determinadas obrigações. Em outras palavras, não se confunde a subordinação com a simples necessidade de seguir, na execução do trabalho, certas regras. Entendê-la de tal modo, com tamanha amplitude ou largueza, levaria a resultado claramente absurdo, na medida em que todo o contrato, de uma forma ou de outra, cria, pela sua mera natureza obrigatória, vínculo entre as partes contratantes. (MALLET, 2012, p. 222).

Para maior visualização da não aplicação do conceito de subordinação na mera sujeição do trabalhador a determinadas regras, deve-se utilizar de casos práticos de sua discussão.

Em recente decisão, o Tribunal Superior do Trabalho tratou a relação entre um trabalhador de plataforma e a plataforma de aplicativo como um modelo distinto do modelo geral de emprego previsto pela CLT (MEDEIROS, 2023, p. 72).

Veja-se a decisão transcrita abaixo:

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. VÍNCULO DE EMPREGO. MOTORISTA. UBER. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. Destaque-se, de início, que o reexame do caso não demanda o revolvimento de fatos e provas dos autos, isso porque a transcrição do depoimento pessoal do autor no acórdão recorrido contempla elemento fático hábil ao reconhecimento da confissão quanto à autonomia na prestação de serviços. Com efeito, o reclamante admite expressamente a possibilidade de ficar “off line”, sem delimitação de tempo, circunstância que indica a ausência completa e voluntária da prestação dos serviços em exame, que só ocorre em ambiente virtual. Tal fato traduz, na prática, a ampla flexibilidade do autor em determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que pretende atender por dia. Tal autodeterminação é incompatível com o reconhecimento da relação de emprego, que tem como pressuposto básico a subordinação, elemento no qual se funda a distinção com o trabalho autônomo.

Não bastasse a confissão do reclamante quanto à autonomia para o desempenho de suas atividades, é fato incontroverso nos autos que o reclamante aderiu aos serviços de intermediação digital prestados pela reclamada, utilizando-se de aplicativo que oferece interface entre motoristas previamente cadastrados e usuários dos serviços. Dentre os termos e condições relacionados aos referidos serviços, está a reserva ao motorista do equivalente a 75% a 80% do valor pago pelo usuário, conforme consignado pelo e. TRT. O referido percentual revela-se superior ao que esta Corte vem admitindo como bastante à caracterização da relação de parceria entre os envolvidos, uma vez que o rateio do valor do serviço em alto percentual a uma das partes evidencia vantagem remuneratória não condizente com o liame de emprego. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-1000123-89.2017.5.02.0038, 5ª TURMA, RELATOR MINISTRO BRENO MEDEIROS, DEJT 07/02/2020).

No precedente citado, a partir da observação do modo de realização das atividades do trabalhador junto à plataforma digital, restando clara a sua ampla flexibilidade quanto a rotina, os horários e locais de realização do trabalho e a quantidade de clientes a serem atendidos por dia, o *decisum* concluiu pela ausência de subordinação, que se repita, é o principal critério de reconhecimento de vínculo empregatício.

A flexibilização da subordinação encontra fundamento, por seus defensores, na garantia de dignidade através do reconhecimento de vínculo empregatício aos trabalhadores de plataformas digitais.

Contudo, são os riscos de se flexibilizar os critérios definidores do vínculo empregatício e, em especial, da subordinação, que denotam riscos à proteção e garantia de direitos dos prestadores de serviços por plataformas digitais e, dos demais trabalhadores, empregados ou não, como um todo.

A flexibilização, da forma prevista pela legislação e aplicada às relações de emprego, da subordinação jurídica, se apresentaria como mitigação da relação de emprego, tornando qualquer contrato de trabalho apto a configurar relação empregatícia. (MARQUES FILHO, 2022, p. 128).

Com a flexibilização da subordinação para abranger os trabalhadores por plataformas digitais no conceito de relação de emprego, com toda a autonomia que essa relação possui, conforme amplamente demonstrado no capítulo anterior, abre-se margem para que qualquer relação de trabalho passe a se constituir como relação de emprego, a menos que se apresentasse em completa anarquia contratual.

Assim, se desvirtuaria também o trabalho autônomo, pois o mero direcionamento das atividades laborais poderia dar ensejo à discussão de sua subordinação e caracterização em vínculo empregatício.

Além de não alcançar o objetivo de garantir dignidade ao trabalho exercido por meio de plataformas, que é maior argumento defendido pela vertente, também estaria subtraindo as demais espécies de trabalho.

A dignidade no trabalho por plataforma

Com o desemprego acentuado pelo advento da Covid-19, cada vez mais trabalhadores têm buscado as plataformas digitais como alternativas de garantia de seu sustento. Nesse contexto, as plataformas digitais não se mostram como vilãs da precarização do trabalho, mas como possibilidade de manutenção das condições necessárias à sua dignidade.

A doutrina e jurisprudência, uma vez tão resistentes à essas novas modalidades de trabalho, vêm acatando as suas contribuições sociais e reconhecendo a sua importância.

Para os que tem flexibilizado o seu pensamento quanto à essas novas modalidades de trabalho, se torna nítido que a falta de empregos formais está cada vez mais evidente, pelas condições econômicas desfavoráveis ao crescimento, ou pelas atividades monológicas e repetitivas do mercado de trabalho, frente ao desenvolvimento da tecnologia e da inteligência artificial. Como alternativa ao aproveitamento imediato do potencial dos colaboradores, como bem exposto por Medeiros (2023, p. 77), que não pertencem à dinâmica de trabalho 5.0, a experiência de engajamento espontâneo nas plataformas digitais não parece ser um problema em termos de valor do trabalho, mas uma escolha, mas uma solução, mesmo que só por um momento e que não abranja todas as necessidades.

Os trabalhadores que buscam as plataformas digitais, em sua maioria, ou se encontram em situação de desemprego ou na informalidade ou então sobrevivendo através da realização de “bicos”, com dificuldade em se adequar às expectativas e rigidez do mercado de trabalho na conquista de emprego. (MEDEIROS, 2023, p. 76).

Para a Organização Nacional do Trabalho (OIT), o trabalho digno, também denominado como trabalho decente, é assim definido:

O conceito de trabalho decente sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável (OIT, 2019)

Dessa forma, as plataformas digitais se apresentam como oportunidade de renda e sustento, possibilitando ampla autonomia ao trabalhador para o desenvolvimento das suas atividades laborais da forma que melhor lhe convir e se adequar ao seu cotidiano.

Há ainda, àqueles que defendam que a dignidade do trabalho promovida através da autonomia garantida ao trabalhador de adquirir seu sustento da forma como melhor lhe aprouver, seria mais efetiva que a dignidade que responde à subordinação do trabalho, sendo este, inclusive o pensamento do Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Breno Medeiros de que a dimensão da dignidade do trabalho abrange apenas direitos sociais mínimos, ao contrário da dignidade emancipatória que apresenta um maior leque de possibilidades:

Nesse horizonte mais amplo que tem como pressuposto civilizatório a garantia dos direitos sociais mínimos, o potencial ilimitado de ganho pode ser tangenciado por um risco compartilhado entre os parceiros do negócio (capital e trabalho). (MEDEIROS, 2023, p. 78).

Conforme já citado acima e também mencionado na decisão apresentada no capítulo anterior, o desenvolvimento de trabalho por meio de demandas de aplicativos em parceria com a plataforma digital garante ao trabalhador ganhos muito maiores, de cerca de 75% a 80%, do que seriam possíveis em um vínculo empregatício formal.

Neste íterim não seria discrepante falar no compartilhamento dos riscos do negócio. O trabalhador é quem possui os meios de produção de seu próprio labor e, em caso de algum dano, ainda não está regulamentado de forma definida pela legislação como seria a sua responsabilização.

A legislação parece não acompanhar essas inovações que já vem se manifestando há uns bons anos em meio à sociedade, se mostrando falha em disciplinar a sua atuação.

A necessidade de regulação no campo dessas novas relações de trabalho em aplicativos de serviços por demanda faz com que o debate sobre a legitimidade desses modelos laborais seja permeado por incógnitas que precisam ser solucionadas por modelos de compreensão da dignidade do trabalho adequados à nova realidade de liberdade do labor, e não por meio da simples redução das formas descentralizadas de engajamento à estrutura de emprego prevista na CLT. (MEDEIROS, 2023, p. 80).

A dignidade do trabalho classicamente se encontra norteadada pelo Princípio Protetor na garantia de direitos ao trabalhador com vínculo empregatício conforme o preceito celetista, contudo, as mudanças sociais as transformações sociais, econômicas e tecnológicas da sociedade não mais cabem nessa tipologia.

O trabalho por meio de plataformas digitais, a seu modo, garante dignidade de trabalho a indivíduos que se encontram à mercê de trabalhos informais e do desemprego e que veem, nessa modalidade a oportunidade de garantir o seu sustento, sem o prejuízo de sua autonomia e liberdade.

O alcance da lei 14.297 De 05 de janeiro de 2022

Recentemente, há pouco mais de um ano, foi publicada a Lei 14.297 de 05 de janeiro de 2022 que trata sobre “medidas de proteção asseguradas ao entregador que presta serviço por intermédio de empresa de aplicativo de entrega durante a vigência da emergência em saúde pública decorrente do coronavírus responsável pela COVID-19”.

A legislação em questão estabeleceu uma tutela mínima ao trabalhador em plataformas digitais, dispondo sobre a contratação de seguro contra acidentes pela empresa ao trabalhador (art. 3º) a fim de lhe assegurar indenização em caso de eventualidades a que estão expostos pelo trabalho desempenhado.

No contexto da pandemia do COVID-19, a lei buscou também assegurar assistência financeira pelo prazo de 15 (quinze) dias a ser realizada pela plataforma ao trabalhador que contrair a infecção, tendo que se afastar de suas atividades.

Portanto, apesar do estabelecimento de algumas garantias e tutelas, a lei não reconheceu a existência de vínculo empregatício nessa relação e nem mesmo deixou margens para sua interpretação.

A fim de evitar o caráter binário e excludente do tudo ou nada que caracteriza o reconhecimento do vínculo de emprego, é possível identificar a construção de argumentos intermediários que localizam o trabalhador por plataforma em um terceiro gênero e que merece uma tutela específica. Definitivamente ele não preenche os requisitos para se configurar empregado, mas isso não significa que não deva receber tutela estatal. Ainda que se mantenha o caráter predominante autônomo, nada obsta que o legislador estatal estabeleça critérios, vantagens, procedimentos, limites e responsabilidades entre os contratantes, afinal, está-se diante inegavelmente de uma relação de trabalho lato sensu. Havendo interesse o Estado pode legislar e definir condições específicas, sem que isso signifique o reconhecimento do vínculo de emprego. (MARQUES FILHO, 2022, p. 132-133).

Apesar de tratar-se de trabalho com características de autonomia no modo de realização de suas atividades, não significa que não possa ou não deva existir regulamentação sobre sua atividade.

A exemplo da legislação citada acima, apesar de parecer abarcar somente os trabalhadores de serviços de entrega por aplicativos, sem tratar expressamente dos trabalhadores de plataformas de prestação de serviços de transporte, como é o caso da Uber, muitas vezes utilizada como exemplo nesse trabalho, a legislação já serviu a exemplificar a regulamentação que pode e deve existir de forma a garantir a tutela desses trabalhadores nos danos ocasionados por eventuais acidentes ou doenças, de forma que não sucumbam a mercê de sua própria sorte.

Ainda não existe para esses trabalhadores, uma regulamentação legislativa que os garanta o alcance pleno à dignidade do trabalho e a jurisprudência ainda se encontra em conflito preocupada com a sua configuração ou não em vínculo empregatício, esquecendo-se da busca pelos instrumentos necessários à garantia do desenvolvimento dessa atividade que adquire cada vez maior importância e dos direitos sociais, a serem efetivamente aplicados, nesse mesmo pensamento:

Não há, evidentemente, no modelo Uber ou de aplicativos similares, o alcance pleno dessas dimensões dignitárias por parte daquele trabalhador que se ativa como motorista. Em que pese essa relação de trabalho não esteja ao alcance do modelo tradicional de emprego, conforme previsto na CLT, ainda está longe de ser um modelo de inspiração viável para a sociedade 5.0, dado que questões como o compartilhamento dos riscos e dos resultados entre a empresa e seus parceiros ainda é extremamente problemática, levando à conclusão de que isso gera uma demanda política por regulação estatal, inclusive no âmbito legislativo, a fim de garantir que essa atividade, que não é emprego, mas é trabalho, conte com instrumentos hábeis de implantação dos direitos sociais de conformação constitucional. (MEDEIROS, 2023, p. 74).

O trabalho por plataforma se traduz em um novo modelo de trabalho que não se encaixa nas relações de emprego e que, apesar de suas características estarem de encontro ao trabalho autônomo, as especificidades que apresenta demonstram a necessidade de uma tutela específica para garantir que essa atividade seja orientada pelos princípios sociais do trabalho e assegure, efetivamente, a dignidade do trabalhador.

O questionamento e as incertezas jurídicas quanto a essa nova forma de trabalho, ocorre em especial pela forma como as plataformas digitais se apresentam e se manifestam quanto a esse assunto, como: “empresas de tecnologia que fornecem um aplicativo para parceiros e usuários se conectarem, onde esses mesmos parceiros não possuem vínculo empregatício com essas empresas, mesmo que haja elementos que possam ser verificados para comprovar o vínculo entre empregado e empregador” (ARAÚJO, 2021).

A Uber inclusive em sua defesa processual sustenta que o seu objetivo não é a prestação de serviços de transporte, mas a disponibilização de serviços de tecnologia, o que, além da falta de preenchimento dos critérios dos artigos 2º e 3º da CLT, também desconfiguraria o nexo de causalidade entre os motoristas e a plataforma. (TRT-2 RO-1000123-89.2017.5.02.0038 RELATORA: BEATRIZ LIMA PEREIRA. DÉCIMA QUINTA TURMA. DJE: 16/08/2018.)

Ou seja, a sustentação das empresas de plataformas digitais se dá no sentido de que apenas alguns requisitos de similaridade com a relação empregatícia não se mostram aptos a verdadeiramente configurá-la.

Outra necessidade de regulação que se mostra presente nessa atividade é quanto ao contrato realizado entre as partes, ao “*acautelamento securitário da relação intermediada*” (MEDEIROS, 2023, p. 79), de maneira a tornar obrigatórios instrumentos contratuais que visem assegurar a segurança tanto do trabalhador quanto do consumidor dos serviços.

Essa classe de trabalhadores ainda tem sua posição incerta no contexto social e no próprio direito do trabalho e a ausência de normas a regulamentar e disciplinar a sua atividade gera maiores riscos à flexibilização ilógica da subordinação para seu encaixe e permanece faltante quanto à garantia mínima de saúde e segurança do trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio deste trabalho de pesquisa buscou-se analisar a questão dos trabalhos exercidos por meio de plataformas digitais frente aos modelos típicos de trabalho e seus critérios, presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O trabalho por plataformas digitais ou por demandas em aplicativos é fruto das transformações tecnológicas e socioeconômicas caracterizadoras da quarta revolução industrial e de um modelo de consumo em que se busca a flexibilidade e liquidez na prestação laboral, garantindo que se realize de forma rápida e sem burocracia.

Essa nova modalidade de trabalho apresenta desafios à sua interpretação jurídica, nota-se da análise doutrinária e jurisprudencial que ganha enfoque a sua tipificação ou não em relação de emprego, ou seja, os estudos jurídicos sobre a questão se apresentam, em sua maioria, sob a óptica do reconhecimento ou não de vínculo empregatício.

Nesse contexto de sua tipificação, o trabalho por plataforma se apresenta como trabalho autônomo, dotado de ampla liberdade do trabalhador em seu exercício. Contudo, existe a vertente que entende pela sua caracterização e reconhecimento em vínculo de emprego a partir da flexibilização dos requisitos inerentes à relação de emprego de forma a se amoldar a essa nova modalidade.

A pesquisa se direciona então à ruptura da ideologia dessa vertente, demonstrando como as especificidades do modo de prestação de serviços nessa relação, apesar de se tratar efetivamente de relação de trabalho, não pode ser enquadrada como relação de emprego.

O seu enquadramento em vínculo empregatício presumiria a flexibilização da subordinação jurídica, principal requisito caracterizador da relação de emprego. A flexibilização da subordinação jurídica para abranger os trabalhadores por plataforma tornaria possível a configuração de qualquer contrato de trabalho em relação de emprego, mitigando os princípios definidores dessa última.

Além disso, com a flexibilização e seu enquadramento em relação de emprego, toda a autonomia que a prestação de serviços por meio de plataformas digitais possui, seria retirada dessa classe, desvirtuando a sua finalidade. Além disso, inúmeras situações como o mero direcionamento das atividades laborais pelo contratante, poderia dar ensejo à discussão de sua subordinação e caracterização em vínculo empregatício.

Essa modalidade garante a dignidade do trabalho aos seus prestadores de serviços na medida em que possibilita a mudança do cenário de desemprego e informalidade para a realização de trabalho, no modo, horário e local que melhor atenda às particularidades do trabalhador, em contraprestação de renda correspondente a 75% a 80% do trabalho prestado.

Contudo, o tema se encontra longe de estar pacificado na doutrina, na jurisprudência e

também na legislação.

A necessidade de sua regulamentação e da disciplina de questões quanto a distribuição dos riscos da atividade desempenhada em caso de eventuais acidentes e doenças que possam vir a ocorrer no desenvolvimento das atividades é uma realidade que vem exigindo maior atenção dos juristas.

Concluiu-se da análise da lei 14.297/2022 e das posições doutrinárias que a regulamentação de suas atividades não significa a sua tipificação como relação de trabalho, mas demonstra a tutela estatal a demais modelos de trabalho, também legítimos. É necessário que se promova a disciplina e regulamentação de garantias mínimas aos trabalhadores que não se encaixam no modelo tradicional de trabalho, mas sem ceifar sua liberdade e autonomia.

As mudanças sociais exigem o seu acompanhamento pelo direito, o qual deve evoluir não para flexibilizar seus critérios clássicos para enquadrar as novas formas de trabalho, mas para ampliar a proteção do trabalhador e de sua dignidade em respeito às características do trabalho por ele realizado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Tiago. *Nem home nem office*. São Paulo: Editora Gente, 2022.

ARAUJO, Ana Catarina Galeno Costa. *Uberização: o novo retrato da informalidade e sua precarização*. 2021.

BESSA, Cesar. *Além da Subordinação Jurídica no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

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

BRASIL. Decreto-lei 5.452. 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 9 de agosto de 1943.

BRASIL. Lei n. 14.297 de 05 de janeiro de 2022. Diário Oficial da União. Brasília, 05 de janeiro de 2022.

BRASIL, Natália Marques Abramides. *Relações de Trabalho em Plataformas Digitais: desafios ao modelo tradicional de Direito do Trabalho*. Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações. 2018. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-30052019> HYPERLINK “<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-30052019%20093934/publico/NataliaMABrasilCorrigida.pdf>” HYPERLINK “<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-30052019%20093934/publico/NataliaMABrasilCorrigida.pdf>”093934/publico/NataliaMABrasilCorrigida.pdf Acesso em: 22/11/2022.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *O caso uber e o controle por programação: de carona para o século XIX*. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2016.

FILHO, Evaristo de Moraes; MORAES, Antônio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

GIOVANAZ, Daniel. Motorista de aplicativo: entenda decisões de 5 países que começam a garantir direitos. São Paulo: Revista Brasil de Fato, 2021.

IHERING, Rudolph Von. A luta pelo direito. Tradução: Dominique Makins. São Paulo: Hunter Books, 2012

JESUS, Ana Beatriz Bueno de; COELHO, Bruna da Penha de Mendonça; CARMO, Jéssica Lima Brasil. Relações de trabalho por plataforma digital de entrega na pandemia de Covid-19: uma análise crítica das implicações jurídicas e sociológicas. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 86, n. 4, p. 50-66, out./dez. 2020.

LAPA, Raphael Santos. O trabalho em plataformas digitais e a pandemia da Covid-19: análise dos dados da Pnad Covid-19/IBGE, in MINISTÉRIO DO TRABALHO, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Mercado de Trabalho: conjuntura e análise. v.71. Brasília: Ipea, 2021.

MARQUES FILHO, Lourival Barão. Litigantes em fuga: o acaso da Justiça do Trabalho?: como as novas tecnologias e a reforma trabalhista impactam a litigiosidade trabalhista. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 35.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEDEIROS, Breno. A sociedade 5.0 e o novo balizamento normativo das relações de trabalho no plano das empresas. 1 ed. Brasília: Editora Venturoli, 2023.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Trabalho decente. Site institucional, 2019. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalhodecente/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 17/04/2023.

SENA, Victor. Na pandemia, desempregados recorrem ao Uber como proteção financeira. Revista Exame. 2021. Disponível em: <https://exame.com/carreira/na-pandemia-desempregados-recorrem-ao-uber-como-protecao-financeira/> Acesso em: 18/04/2023.

STEFANO, Valerio de. Automação, inteligência artificial e proteção laboral: patros algoritmicos e o que fazer com eles. Brasília: ESMPU, 2020.

TODOLÍ SIGNES, Adrián. El trabajo en la era de la economia colaborativa. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017 apud MARQUES FILHO, Lourival Barão. Litigantes em Fuga: o acaso da Justiça do Trabalho? São Paulo: Editora Dialética. 2022.



**Análise dos fundamentos jurídicos
e inconstitucionalidade dos artigos
790-B e 791-A da CLT após a reforma
trabalhista**

Caio Rangel Finocchiaro
Giovanni Cesar Marquez Mileo

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.188.7

RESUMO

Este estudo tem por objetivo analisar os fatos e fundamentos jurídicos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 790-B (“caput” e §4º) e 791-A (§4º), ambos da CLT. A Reforma Trabalhista (Lei Nº 13.467/17) foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em 11/11/2017 e impôs profundas mudanças na legislação trabalhista, as quais provocaram discussões jurídicas acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de alguns temas. Um desses temas diz respeito à responsabilidade da parte reclamante em arcar com o pagamento dos honorários periciais quando restar sucumbente na perícia, bem como à responsabilidade da parte reclamante em arcar com o pagamento dos honorários advocatícios da parte contrária quando sucumbente em alguma pretensão. O presente estudo levanta argumentos desfavoráveis a tais alterações determinadas pela Reforma Trabalhista, os quais culminaram na declaração de inconstitucionalidade desses dois temas pela Suprema Corte.

Palavras-chave: direito trabalhista. consolidação das leis do trabalho. reforma trabalhista. honorários periciais.

ABSTRACT

This study aims to analyze the facts and grounds used by the Federal Supreme Court to declare the unconstitutionality of articles 790-B, “caput” and §4 of the CLT and article 791-A, §4 of the CLT. The Labor Reform (Law nº 13.467/17) was introduced in the Brazilian legal system on 11/11/2017 and profound changes in labor legislation. These changes have brought up legal questions about the constitutionality or unconstitutionality of some issues at various points. One issue concerns the part of the plaintiff who bears the payment of the fees bears the payment of the fees, when it reestablishes the responsibility of the plaintiffs with the payment of attorneys’ fees when the losing party bears the responsibility of the losing party also pre-tension. This study will discuss arguments against this amendment of the labor reform that culminated in the declaration of unconstitutionality of these two issues by the Supreme Court.

Keywords: labor law. consolidation of labor laws. labor reform. expert fees.

INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista (LEI Nº 13.467/17) entrou em vigor no ordenamento jurídico brasileiro em 11/11/2017. Tal diploma normativo trouxe, alterou, revogou e incluiu diversas novas disposições na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Dentre essas inovações dispostas pela Reforma Trabalhista estava, no “caput” e §4º do artigo 790-B da CLT, a possibilidade de responsabilizar pelo pagamento dos honorários periciais a parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que esta fosse beneficiária da justiça gratuita. Nesse caso, na hipótese de o beneficiário da justiça gratuita não ter obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa dos honorários, ainda que em outro processo, caberia à União a responsabilidade por esse encargo.

A nova norma jurídica trabalhista também introduziu na CLT o artigo 791-A para tratar

dos honorários advocatícios sucumbenciais, deixando certo no §4º do referido artigo 791-A que, na hipótese de ter sido

Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (FERREIRA, 2019)

Os dispositivos acima mencionados sobreviveram por quase cinco anos, até que, em 20 de outubro de 2021, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de tais inovações trazidas pela Reforma Trabalhista (LEI Nº 13.467/2017), como consequência do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5766, ajuizada ainda em 2017 pela Procuradoria-Geral da República (PGR). Nessa ADI, então Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros demonstrou o entendimento de que determinadas alterações propostas pela reforma representavam violações de garantias constitucionais tanto no que diz respeito ao amplo acesso à jurisdição quanto no tocante à oferta de assistência judiciária integral aos necessitados.

O acórdão com os fundamentos jurídicos que ensejaram a declaração da inconstitucionalidade desses artigos foi publicado em 3 de maio de 2022 pelo Supremo Tribunal Federal, cabendo ao Ministro Alexandre de Moraes a redação dessa decisão.

Nesse sentido, o presente estudo tentará entender, através da metodologia e da hermenêutica, por quais fundamentos se balizou a maioria do Supremo Tribunal Federal para tomar essa decisão.

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS SOBRE A JUSTIÇA GRATUITA

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi muito importante para o desenvolvimento da República Federativa do Brasil. A referida Carta Magna foi a responsável pela instituição do Estado Democrático de Direito em nosso país, balizado no tripé constitucional: (i) a pessoa humana com sua dignidade; (ii) a sociedade política concebida de forma democrática e inclusiva; e (iii) a sociedade civil concebida de forma democrática e inclusiva.

A CF/88 também estabeleceu direitos e garantias individuais e sociais fundamentais, além de abrigar diversos princípios gerais que não se compreendem sem a referência ao Direito do Trabalho. Dentre eles, frisam-se a dignidade da pessoa humana, a privacidade, a intimidade, a não discriminação e a valorização do trabalho e do emprego, entre outros.

Na CF/88 foi ressaltada a pessoa humana e o trabalho em seus títulos normativos, bem como foi dado novo status a regras internacionais ratificadas sobre direitos humanos. Desse modo, seu artigo 5º trata sobre os direitos e deveres individuais e coletivos dos cidadãos brasileiros.

Dentre os diversos incisos existentes no artigo 5º da Carta Magna, destacamos o inciso LXXIV, que prevê por parte do Estado a prestação de assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovarem insuficiência de recursos. Ou seja, pela leitura do inciso suprarreferido,

pode-se afirmar que a gratuidade de justiça é um direito constitucional.

É importante ressaltar que a gratuidade de justiça fornecida pelo Estado se exerce pela Defensoria Pública, órgão responsável por auxiliar a parte que não possui condições de arcar com o pagamento das custas processuais.

Nessa linha, cabe destacar ainda outro inciso do artigo 5º da CF/88, que garante a todos, ainda que de forma indireta, o direito de acesso à justiça, inclusive àqueles que não possuem condições de arcar com os custos de um advogado particular. Trata-se do inciso XXXV, que traduz o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição (ou o Princípio do Acesso à Justiça), que garante a todos os cidadãos a prerrogativa de pleitear os seus direitos perante a Justiça.

Podemos afirmar, assim, que a Constituição Federal de 1988 é extremamente democrática, a ponto de assegurar aos que possuem e também aos que não possuem condições financeiras o direito de provocar o Poder Judiciário, bem como o direito de ser auxiliado pelo Estado a quem não possui condições financeiras de arcar com as custas de um processo judicial.

NOÇÕES BÁSICAS SOBRE O DIREITO DO TRABALHO

O direito do trabalho é considerado um ramo relativamente novo na ciência jurídica, pois nasceu na primeira metade do século XIX, enquanto um fenômeno do sistema capitalista de produção, antes do qual não existiu a determinação ou a nomenclatura do direito do trabalho.

O sistema capitalista foi, portanto, quem forneceu historicamente os fatores e os elementos materiais que propiciaram o nascimento do direito do trabalho. Como se sabe, o capitalismo surgiu na segunda metade do século XVIII com o advento da Revolução Industrial, originada a partir da criação da máquina a vapor como fonte de energia e da fábrica como unidade coletiva de produção em massa. Em meio a essas novidades, deu-se também a assunção da iniciativa privada como ente protagonista no papel de indução do desenvolvimento econômico, anteriormente exercido maciçamente pelo Estado.

A ascensão do capitalismo como modo de produção coincidiu com a ascensão da burguesia como classe dominante, ou seja, como classe proprietária privada dos meios de produção. Consequentemente, surgiu uma nova classe de trabalhadores livres e assalariados, que passou a necessitar da venda de sua energia em troca de salário: a denominada classe operária.

Dessa forma, com o sistema capitalista, emergiu uma relação jurídico-privada de trabalho entre o proprietário capitalista e o trabalhador livre e assalariado sem a qual não haveria direito do trabalho.

Juntamente com o capitalismo, surgiu na sociedade um novo conjunto de valores, ideias, postulados éticos, morais, políticos e jurídicos que passaram a dar sustentação a esse novo sistema econômico. A ideologia do capitalismo ficou conhecida como *liberalismo*, cujo ideário se estabeleceu simbolicamente a partir da Revolução Francesa de 1789.

O primeiro grande postulado do liberalismo foi o individualismo. Para o liberalismo, o *indivíduo* é o centro da sociedade. Assim, a sociedade passa a se organizar em torno da noção de indivíduo, de maneira a recusar progressivamente as formas de coletivização e de associação. Já o segundo grande postulado liberal trata da igualdade jurídica, ou seja, da ideia de que

perante a lei todos os indivíduos são livres e iguais.

Outro importante postulado jurídico do liberalismo foi o contratualismo, segundo o qual as relações jurídicas privadas são reguladas por meio de um contrato individual. Decorre daí a ideia de um Estado liberal que não se intromete nas relações jurídicas privadas. A relação jurídica privada de trabalho é, dessa forma, regulada por meio de um contrato individual de trabalho ajustado pelo acordo entre o proprietário capitalista e o trabalhador livre e assalariado.

Ocorre que logo surgiram problemas concretos no âmbito dessas relações que passaram a desafiar os pressupostos teóricos das ideias mencionadas acima. Primeiramente, a igualdade formal ou jurídica não correspondia à igualdade real. Havia igualdade jurídica ou formal, mas desigualdade real na relação jurídica de trabalho. Em segundo lugar, o contrato individual de trabalho, ainda que formalmente fosse um contrato bilateral, na realidade expressava a vontade de apenas uma das partes, mormente a do empregador, à qual o empregado se submetia devido à necessidade de garantir a própria subsistência.

A fase inicial de desenvolvimento do capitalismo ficaria conhecida na história como um momento de intensa exploração do trabalho, inclusive de crianças e adolescentes. Os efeitos dessa exploração e da percepção das contradições entre os postulados do liberalismo e a realidade desencadearam uma reação que daria origem ao direito do trabalho.

O nascimento do direito do trabalho se desenvolveu em duas vertentes, por meio das quais os trabalhadores começaram a se defender, se organizar, se unir, se associar. A primeira delas corresponde ao chamado *associativismo*, surgido no século XIX, com as primeiras associações profissionais. Essa corrente acabaria fortemente reprimida – por exemplo, com base na Lei de Le Chapelier, promulgada na França em 1791 e posteriormente adotada em países como Inglaterra, Alemanha e Holanda – sob a alegação de crime de conspiração, por bate de frente com a ideia do individualismo defendida pelo liberalismo.

Todavia, os trabalhadores continuaram criando associações que, apesar de consideradas ilegais, foram crescendo e ganhando legitimidade ao longo do tempo. Dessa forma, as leis que criminalizavam o associativismo acabaram sendo revogadas, a começar pela Inglaterra, em 1842. Na esteira desse processo, alguns Estados passaram a reconhecer, a partir da metade do século XIX, a existência dos sindicatos como formas legítimas de organização da classe operária. Na qualidade de pessoas jurídicas de direito privado, as organizações sindicais começaram então a exercer na sociedade um papel novo, uma função nova, a de representar e defender interesses coletivos de grupos, categorias e classes de trabalhadores.

Desenvolveu-se, assim, o primeiro segmento do direito do trabalho sustentado pela agregação dos trabalhadores: o direito coletivo do trabalho.

A segunda vertente do direito do trabalho se estabeleceu também na primeira metade do século XIX, no momento em que alguns Estados começaram a intervir juridicamente nas relações de trabalho, a partir da produção e da edição de normas estatais trabalhistas marcadas sobretudo por duas características: (i) o caráter claramente protetivo em relação aos trabalhadores; e (ii) o caráter imperativo em relação à vontade das partes constituintes das relações de trabalho, sobretudo a partir da verificação da existência de desigualdade entre elas.

Tais normas passaram a ser imperativas, ou seja, se impuseram à vontade das partes,

até mesmo dos próprios trabalhadores, com o objetivo de garantir a eles direitos indisponíveis e irrenunciáveis.

No tocante às garantias trabalhistas em âmbito constitucional, as Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919 foram as primeiras a trazerem aspectos trabalhistas.

No Brasil, apenas em 1934 é que surgiram os primeiros direitos trabalhistas. Ainda assim, foi somente com promulgação da Constituição Federal de 1988 que se firmaram em nossa história republicana os princípios basilares e estruturais do Estado Democrático de Direito. Portanto, o direito constitucional é uma das diretrizes essenciais do direito do trabalho.

A CF/88 trouxe princípios próprios para o direito do trabalho, como, por exemplo, os princípios da primazia da realidade, da irredutibilidade salarial, da liberdade associativa sindical e da autonomia sindical, além de incorporar três dezenas de direitos individuais e sociais trabalhistas.

Por essa razão, podemos afirmar que o direito trabalhista brasileiro possui um caráter essencialmente protetivo em relação aos trabalhadores.

Um dos principais direitos conferidos aos trabalhadores foi o princípio da proteção, que informa que o direito do trabalho – com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias – traz uma teia de proteção à parte hipossuficiente e vulnerável da relação empregatícia, o trabalhador, com a finalidade de atenuar o desequilíbrio das partes no contrato de trabalho.

Para Américo Plá Rodriguez (1996), o princípio em questão pode ser visto em três dimensões distintas: (i) a do princípio do *in dubio pro operário*; (ii) a do princípio da norma mais favorável; e (iii) a do princípio da condição mais benéfica.

Tradicionalmente, o princípio da proteção parte da premissa básica segundo a qual o trabalhador é a parte mais fraca da relação jurídica, por ser também a parte mais fraca no mundo dos fatos. Trata-se do trabalhador hipossuficiente.

O principal objetivo do direito do trabalho seria, portanto, o de assegurar superioridade jurídica ao trabalhador, de forma que, ao fazê-lo, possa compensar minimamente a desigualdade fática.

Com a devida garantia dos direitos trabalhistas fundamentais é que surgiram as expressões “patamar civilizatório mínimo”, “patamar mínimo de civilidade”, “piso vital mínimo” e “contrato mínimo legal”. Portanto, em razão desse princípio é que foi norteadada a questão da justiça gratuita no direito do trabalho.

A Justiça gratuita e a CLT antes da reforma trabalhista

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), conhecida também como Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de maio de 1943, é a principal fonte normativa trabalhista do ordenamento jurídico brasileiro. Em razão do princípio da proteção acima mencionado, esse conjunto de leis possui alguns dispositivos de maior proteção ao trabalhador.

Desde que foi promulgada, a CLT já passou por diversas modificações, sendo a mais recente delas a Reforma Trabalhista (Lei Nº 13.467/17), que alterou, criou e extinguiu diversas normas de direito do trabalho constantes na legislação trabalhista.

Antes da entrada em vigor da Reforma Trabalhista, um dos artigos de proteção ao trabalhador era o artigo 790, §3º, da CLT, que facultava ao Poder Judiciário trabalhista a concessão, a requerimento ou de ofício, do benefício da justiça gratuita, àqueles que percebiam salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou que declarassem, sob as penas da lei, não estar em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Dessa forma, pela redação antiga do §3º do artigo 790 da CLT, caberia à Justiça do Trabalho, num primeiro instante, a opção de conceder tal benefício face à declaração de hipossuficiência do empregado.

Prova disso é o contido na Súmula Nº 463 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), segundo a qual, a partir de 26 de junho de 2017, bastaria para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para isso.

A súmula acima mencionada, em seu item II, também trata da possibilidade da concessão da justiça gratuita à pessoa jurídica, não bastando, nesse caso, o mero ato declaratório, o qual deve ser acompanhado de demonstração cabal de impossibilidade da parte para arcar com as despesas do processo.

Em suma, em se tratando de pessoa física (isto é, do trabalhador), bastaria apenas a apresentação da declaração, enquanto que, para a pessoa jurídica (isto é, para o empregador), além da declaração, também seria necessária a demonstração de que a empresa não possui recursos financeiros para custear o processo. Entende-se, assim, que a Súmula Nº 463 do TST expressa exatamente o caráter protetivo da Justiça do Trabalho face ao trabalhador.

No que diz respeito ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, a CLT não tratava sobre o tema antes do advento da Reforma Trabalhista, uma vez que inexistia na norma celetista o artigo 791-A. Com efeito, era a Súmula Nº 219 do TST quem norteava a aplicação dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho.

Esse documento tornava possível a condenação da parte ao pagamento dos honorários advocatícios; todavia, estes não decorriam apenas da mera sucumbência, sendo necessária a presença de dois requisitos cumulativos, quais sejam:

- a) a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional;
- b) ficar comprovada a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se a parte em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

A súmula também deixava certo que era cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista. Os honorários também eram devidos nas causas em que o ente sindical figurasse como substituto processual e nas lides que não derivassem da relação de emprego. Já nas hipóteses de ação rescisória e nas lides que não derivassem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submetia-se à disciplina do Código de Processo Civil.

A súmula trazia, ainda, o percentual de aplicação dos honorários. Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que

a Fazenda Pública fosse parte, os honorários advocatícios devidos variavam entre o mínimo de 10% (dez) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, do valor atualizado da causa.

Por fim, nas causas em que a Fazenda Pública fosse parte, aplicar-se-iam os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.

A Justiça gratuita e a CLT após a reforma trabalhista

Com o advento da Reforma Trabalhista, foi alterada a noção do trabalhador hipossuficiente. A primeira alteração relevante ocorreu no artigo 790, §3º, da CLT.

A nova redação do dispositivo acima mencionado facultou aos juízes do trabalho a concessão da justiça gratuita, a requerimento da parte ou de ofício, com a ressalva de ser devida a concessão de tal benefício àqueles que percebem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. De todo modo, foi retirada a previsão anterior que mencionava o recebimento de salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal como condição para o alcance desse benefício.

Além disso, a Reforma Trabalhista ainda incluiu um §4º no artigo 790 da CLT, passando a prever que o benefício da justiça gratuita fosse concedido à parte que comprovasse insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. Ou seja, não seria mais suficiente a mera declaração de hipossuficiência, tornando-se imprescindível a partir de então que a parte cumprisse com o ônus de comprovar o seu estado de miserabilidade.

Outra grande alteração no tocante à situação do trabalhador beneficiário da justiça gratuita diz respeito à responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais. Com a introdução, pela Reforma Trabalhista, do artigo 790-B, a CLT passou a dispor que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que tal parte seja beneficiária da justiça gratuita. Ou seja, caso o beneficiário de justiça gratuita perca a perícia realizada no processo judicial, deverá arcar com o pagamento dos honorários periciais ao expert judicial.

Ocorre que existem situações em que a única matéria do processo é a matéria relacionada à perícia. Nesses casos, na maioria das vezes, o julgador costuma decidir o processo com base no laudo pericial elaborado pelo perito de sua confiança. Nessa situação, caso a perícia e o processo sejam julgados em desfavor do trabalhador beneficiário de justiça gratuita, como fica o pagamento dos honorários periciais? Pela legislação, mesmo com a derrota do beneficiário de justiça gratuita, caberá a este o pagamento de tais honorários. Na hipótese de o beneficiário da justiça gratuita não ter conseguido obter em juízo créditos capazes de suportar a despesa referente aos honorários periciais, ainda que em outro processo, cabe à União responder pelos encargos.

Por fim, outra mudança legislativa significativa inserida pela Reforma Trabalhista diz respeito aos honorários advocatícios sucumbenciais. Trata-se da inclusão, na CLT, do artigo 791-A, que versa sobre a aplicação dos honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça do Trabalho. Com a nova redação, foram fixados novos percentuais mínimo e máximo para o pagamento desses honorários. Assim, passam a ser devidos aos advogados, inclusive àqueles que atuem em causa própria, os honorários advocatícios entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de

15% (quinze por cento) sobre o valor resultante da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, do valor atualizado da causa.

A referida reforma também definiu os parâmetros para que o juiz fixe os honorários advocatícios, quais sejam: o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelo advogado, bem como o tempo exigido para a execução de seu serviço. Caso haja procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários. Ainda serão devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

Por fim, o §4º do artigo 791-A da CLT trata da hipótese do pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais pelo beneficiário da justiça gratuita. Segundo esse parágrafo,

Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (IBID)

Dessa forma, é possível que o beneficiário da justiça gratuita venha a pagar os honorários advocatícios sucumbenciais em favor do advogado parte contrária. Todavia, caso o beneficiário de justiça gratuita não possua créditos obtidos em juízo ou em outro processo capazes de quitar tais honorários, estes ficarão suspensos pelo prazo de até 02 (dois) anos. Durante a vigência desse prazo, caso o credor consiga demonstrar que o beneficiário da justiça gratuita possui recursos para quitar seus débitos, estes serão executados. Agora, caso seja ultrapassado o prazo estabelecido e o credor não consiga comprovar a mudança na situação financeira do empregado beneficiário da justiça gratuita, restará extinta tal obrigação de pagamento, sendo inexigível a cobrança dos honorários em face do beneficiário de gratuidade.

Muitos advogados, doutrinadores e juristas trouxeram questionamentos sobre a constitucionalidade ou não dos dispositivos legislativos introduzidos pela Reforma Trabalhista acima mencionados. Todos esses questionamentos se traduziram por meio do ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade propostas no Supremo Tribunal Federal com o intuito de declarar a incompatibilidade dos artigos 790-B, “caput” e §4º, e 791-A, §4º, da CLT com os princípios da Constituição Federal de 1988.

Entre as ações ajuizadas, figura com destaque a ADI 5766, cuja relatoria coube ao ministro Luís Roberto Barroso. Essa ação foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 20 de novembro de 2021 e, por maioria de votos do plenário, resultou na declaração de inconstitucionalidade dos artigos 790-B, “caput” e §4º, e 791-A, §4º, da CLT. O acórdão com os fundamentos jurídicos que ensejaram a declaração da inconstitucionalidade de tais artigos foi publicado pelo Supremo Tribunal Federal em 3 de maio de 2022.

Diante disso, nos perguntamos: que tipo de interpretação (hermenêutica) foi utilizada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal para embasar a declaração de inconstitucionalidade dos artigos acima mencionados?

O JULGAMENTO ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A HERMENÊUTICA ADOTADA

Interpretação Histórica

Um primeiro meio de interpretação para entendermos a decisão do Supremo Tribunal Federal pode estar pautado na interpretação histórica. Trata-se daquela forma interpretativa que busca analisar fatos sociais que ocorreram antes da criação de determinada norma.

Nesse contexto, conforme explanado em tópicos anteriores do presente estudo, sabemos que o direito do trabalho é um ramo que emerge no âmbito do sistema capitalista de produção. Por essa razão, ele se estabelece a partir da percepção da existência de um grande desequilíbrio na relação empregatícia, haja vista que o trabalhador, por força de suas necessidades, acabava acatando todas as determinações do empregador com receio de perder o seu emprego.

Desse modo, tornou-se evidente que a alegada igualdade formal ou jurídica, própria do ideário do liberalismo, não alcançava correspondência com a realidade, de maneira que o contrato individual de trabalho, ainda que formalmente fosse um contrato bilateral, concretamente expressava apenas a vontade de uma das partes: a do empregador.

Assim, não seria crível que, além desse grande desequilíbrio real existente entre as partes, o trabalhador também tivesse que arcar com as custas e os honorários de um processo em que viesse a pleitear direitos oriundos de seu contrato de trabalho.

Portanto, para que se pudesse atenuar tal desequilíbrio, seria justo que o trabalhador não tivesse que custear o pagamento de honorários advocatícios ou de honorários periciais.

Interpretação Gramatical ou Literal

A interpretação gramatical ou literal é aquela que se baseia nas formas linguísticas, ou seja, no uso e no significado de vocábulos, pontuações e partículas.

À luz do artigo 5º, inciso LXXIV, da CF/88, entende-se que a assistência jurídica integral e gratuita é um direito constitucional assegurado àqueles que não possuem condições de arcar com os custos de um litígio judicial. Assim, se interpretarmos o referido dispositivo ao pé da letra, podemos chegar à conclusão de que, por ser a parte hipossuficiente da relação empregatícia e por, na maioria das vezes, não possuir condições financeiras de arcar com as custas judiciais, o trabalhador teria a prerrogativa de não arcar com o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais e honorários periciais.

Podemos citar, ainda, o “caput” do artigo 98 do Código de Processo Civil (CPC/15), que garante o direito à gratuidade da justiça à pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira com insuficiência de recursos para pagar custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Na esfera trabalhista, por fim, temos o artigo 790, §§3º e 4º da CLT, bem como a Súmula Nº 463 do TST, que garantem o benefício da justiça gratuita à parte que comprovar a insuficiência de recursos, o qual é concedido ao trabalhador mediante simples declaração de hipossuficiência econômica e/ou comprovação de recebimento de salário igual ou inferior a 40% (quarenta por

cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Face ao exposto, é plausível a consideração de que o Supremo Tribunal Federal tenha se utilizado de um ou mais dos normativos acima para determinar a inconstitucionalidade dos artigos 791-A, §4º, e 790-B, “caput” e §4º, da CLT.

Interpretação Lógica ou Racional

A interpretação lógica ou racional corresponde àquela em que o legislador utiliza o raciocínio lógico com o fito de embasar suas próprias decisões.

Nesse contexto, utilizando-se da lógica ou da razão, pode-se inferir que, por ser a parte mais frágil da relação empregatícia, o trabalhador teria direito a algumas prerrogativas processuais capazes de atenuar a desigualdade em relação aos poderes do empregador.

Por essa razão, o empregado teria direito a ajuizar uma reclamação trabalhista e, no caso de ser vencido em tal ação, não teria que realizar o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, tampouco de honorários periciais prévios.

Se a saída encontrada pela doutrina e pela jurisprudência é correta, cabe outro debate mais denso sobre tal questão; todavia, é inegável que tais medidas possibilitam ao trabalhador maior acesso à justiça, para que este possa sem preocupações ou riscos pleitear os direitos que entender como devidos na Justiça do Trabalho.

Interpretação Sistemática ou Lógica Sistemática

Tal interpretação busca o sentido e o alcance da norma através do ordenamento jurídico em que esta está inserida. Passaremos, então, a analisar o ordenamento jurídico trabalhista.

Do ponto de vista do direito material, a Justiça do Trabalho é uma justiça protetiva da parte hipossuficiente, qual seja, o obreiro. É nesse sentido que confluem os princípios da proteção, do *in dubio pro operario*, da norma mais favorável, da condição mais benéfica, da primazia da realidade, da continuidade da relação de emprego, da indisponibilidade, da irrenunciabilidade, da inderrogabilidade, da imperatividade, da inalterabilidade contratual lesiva e da intangibilidade salarial.

Já analisando o direito processual do trabalho, embora não seja tão protetivo como o direito material, este possui disposições mais voltadas à proteção do obreiro. Assim, no processo do trabalho, ainda que de forma mitigada ou relativizada, observa-se a prevalência do princípio da proteção. Podemos citar como exemplos disso o depósito recursal, elemento processual que é exigido somente da parte do empregador, além daquilo que dispõe o artigo 844 da CLT, que traz consequências jurídicas quanto à ausência das partes em audiência, entre outros.

Assim, caso o Supremo Tribunal Federal tenha se utilizado da interpretação lógica sistemática, é provável que tenha concluído que o direito do trabalho, em sua totalidade, é um ramo com a finalidade de oferecer proteção ao trabalhador, chegando à conclusão de que, caso fosse responsabilizado pelo pagamento de honorários periciais ou de honorários advocatícios, estaria o obreiro sendo violado face a um dos princípios basilares do processo do trabalho.

Interpretação Teleológica ou Sociológica

A interpretação teleológica ou sociológica é aquela que busca adaptar o sentido e o alcance da norma às novas exigências sociais ou aos fins sociais a que ela se dirige mediante a exigência do bem comum.

A referida forma de interpretação é uma das mais adequadas e utilizadas para a interpretação das normas jurídicas. A teleologia leva em consideração a finalidade a que a norma se dirige. Por exemplo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência tem como finalidade defender a pessoa com deficiência.

Neste aspecto, analisando a finalidade do direito do trabalho, podemos constatar que esse ramo visa à proteção do trabalhador, de forma que não é compatível com o direito do trabalho que o beneficiário da justiça gratuita seja responsável pelo pagamento de honorários advocatícios e periciais.

UMA PERCEÇÃO CRÍTICO-JURÍDICA DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As possíveis interpretações utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal também nos trazem traços críticos no que diz respeito ao abuso do direito de ação por parte do trabalhador, bem como à violação da igualdade entre o advogado da parte reclamante e da parte reclamada.

É evidente que nos dias de hoje ainda existe um desequilíbrio entre as partes no âmbito da relação empregatícia. O empregador continua sendo a parte mais “forte” dessa relação, haja vista que possui poder econômico sobrepujante.

Todavia, sabendo que o direito à informação atualmente é amplo e acessível a todos, somos levados ao seguinte questionamento: será que todo trabalhador que ajuíza uma ação trabalhista possui a intenção de buscar na Justiça apenas o que realmente lhe é devido? Ou será que existem obreiros que propõem ações trabalhistas pleiteando direitos que sabidamente não possuem, constituindo assim abuso de direito?

Particularmente, entendemos que a decisão do Supremo Tribunal Federal referente à inconstitucionalidade dos dispositivos introduzidos pela nova Reforma Trabalhista – especificamente, os artigos 790-B, “caput” e §4º, e 791-A, §4º, da CLT – poderá resultar no aumento do número de ações trabalhistas, incluindo-se nesse montante alguns casos em que o trabalhador não possua direito.

Com a decisão do STF de assegurar a garantia ao trabalhador beneficiário da justiça gratuita de não arcar com os custos dos honorários advocatícios e periciais, podem surgir diversas lides temerárias, nas quais o obreiro, por saber que não possui risco de arcar com as custas de um litígio, ajuíza ações reivindicando direitos que não lhe pertencem.

Outra desigualdade que, em nosso entendimento, ocorre com essa decisão da Suprema Corte diz respeito aos advogados das partes, reclamante e reclamada.

Enquanto o advogado da parte reclamante, caso obtenha êxito no processo, recebe o valor correspondente aos honorários advocatícios sucumbenciais, o patrono da reclamada difi-

almente receberá o valor, haja vista que, na maioria das ações trabalhistas, são deferidos aos trabalhadores o benefício da justiça gratuita, o que resulta no não recebimento dos honorários advocatícios sucumbenciais em favor dos advogados da parte reclamada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas as interpretações acima apresentadas, podemos concluir que o Supremo Tribunal Federal se utilizou de todas elas, algumas em maior parte, outras em menor parte.

Do ponto de vista histórico, buscou-se ressaltar que o trabalhador sempre foi a parte mais fraca da relação empregatícia, havendo entre empregador e empregado um grande desequilíbrio jurídico e social.

Em relação ao viés literal, os ministros observaram estritamente os preceitos constantes no texto constitucional e nas normas infraconstitucionais, inclusive a CLT.

No que concerne ao ponto de vista lógico ou racional, assim como à interpretação histórica, a decisão da Suprema Corte demonstrou ter primado pela finalidade de tentar diminuir a desigualdade existente as partes no pacto laboral.

Sob a ótica da lógica sistemática, o Supremo, analisando a Consolidação das Leis do Trabalho e suas funções institucionais, entendeu por bem revogar os artigos trazidos pela Reforma Trabalhista especificados ao longo deste estudo.

Por fim, no que diz respeito à interpretação teleológica, tendo em vista o atual cenário econômico e financeiro do país, principalmente no que concerne à alta taxa de desemprego e à escassez de oferta no mercado de trabalho, o Supremo parece ter adaptado à realidade social existente a sua decisão sobre a legalidade dos novos artigos da CLT.

Portanto, concordando ou não com essa decisão do STF acerca das referidas matérias, não podemos negar que as diversas formas de interpretação utilizadas pela Corte têm sentido e, principalmente, hermenêutica jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis Nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm> Acesso em: 10 jun. 2022.

FERREIRA, Maria Adailma Dos Santos. REFORMA DA CLT: uma análise acerca da (in)

constitucionalidade do § 4º de seu art. 791-A e suas implicações no ajuizamento de reclamações trabalhistas. 2019.

RODRIGUES, Américo Plá. Princípios de direito do trabalho. São Paulo, 1996.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI N° 5766. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>> Acesso em: 10 jun. 2022.

TST – TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula N° 463. Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_451_600.html#SUM-463> Acesso em: 10 jun. 2022.

TST – TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmula N° 219. Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-219> Acesso em: 10 jun. 2022.



O preço do amor: um estudo de caso sobre a possibilidade de indenização por abandono afetivo paterno de uma criança autista

Tainara Cláudia Lima de Sales Lima

Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas

Fernando Davi Felix de Paiva

Graduando do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas

Adolfo Theodoro Naujorks Neto

Orientador deste estudo e professor. Ms. do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.188.8

RESUMO

Este estudo tem como tema o preço do amor: um estudo de caso sobre a possibilidade de indenização por abandono afetivo paterno de uma criança autista. O objetivo geral do trabalho. Este estudo busca verificar se a indenização por abandono afetivo paterno pode reduzir o impacto emocional do ponto de vista psicológico, proteger melhor o abandonado e, pelo menos, garantir que o dano psicológico causado seja ao menos reparado. A presente pesquisa é um estudo de caso com delineamento do tipo de estudo exploratório, que se caracteriza como pesquisa descritiva, com abordagem qualitativa, onde a coleta de dados se deu através de uma entrevista online via WhatsApp por conversa e chamada de vídeo. O objeto de pesquisa foi o caso de abandono afetivo de uma menor portadora do transtorno do espectro autista da cidade de Presidente Médici - RO, sendo a entrevistada realizada com a mãe da criança. Cabe destacar que na opinião da mãe quando questionada se podíamos quantificar o amor em um valor específico respondeu que: "Não, pois nenhum valor será capaz de quantificar um amor ou a falta de afeto por um filho." Isso justifica o fato de a mãe não ter entrado com ação de danos morais contra o pai, pois acredita que nenhuma indenização por danos morais será capaz de suprir o prejuízo psicológico sofrido pela sua filha todos esses anos. Assim, entende-se que não tem como valorar em um valor específico a ausência afetiva e compensá-la por meio de compensação monetária. O amor é resultado de um sentimento que envolve muitos fatores como carinho, proteção, preocupação, e não de um ato coercitivo.

Palavras-chave: abandono afetivo paterno. autismo. indenização.

ABSTRACT

This study has as its theme the price of love: a case study on the possibility of compensation for paternal emotional abandonment of an autistic child. The overall objective of the work. This study seeks to verify whether compensation for paternal emotional abandonment can reduce the emotional impact from the psychological point of view, better protect the abandoned and, at least, ensure that the psychological damage caused is at least repaired. The present research is a case study with design of the type of exploratory study, which is characterized as descriptive research, with qualitative approach, where data collection took place through an online interview via WhatsApp by conversation and video call. The object of research was the case of affective abandonment of a minor with autism spectrum disorder in the city of Presidente Medici - RO, and the interviewee was conducted with the child's mother. It should be noted that in the opinion of the mother when asked if we could quantify love in a specific value, she answered that: "No, because no value will be able to quantify a love or the lack of affection for a child." This justifies the fact that the mother has not filed a lawsuit for moral damages against the father, because she believes that no compensation for moral damages will be able to supply the psychological damage suffered by her daughter all these years. Thus, it is understood that there is no way to value the affective absence in a specific value and compensate it by means of monetary compensation. Love is the result of a feeling that involves many factors such as affection, protection, concern, and not a coercive act.

Keywords: paternal affective abandonment. autism. indemnity.

INTRODUÇÃO

As questões afetivas sempre foram tema de destaque em diversas áreas do conhecimento, como educação, psicologia e direito. Nesse sentido, a discussão desse tema tem adentrado gradativamente no ordenamento jurídico brasileiro, de forma direta ou indireta, de forma que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) trouxe-o subjetivamente nas entrelinhas, principalmente no que se refere a dignidade humana que traz liberdade, respeito e solidariedade no âmbito dos deveres familiares. É possível pensar as questões afetivas e emocionais de forma interdisciplinar, como propõe este estudo, interligando conhecimentos do direito e da psicologia para melhor compreender o abandono afetivo paterno (DIAS, 2007).

Neste caso, a emoção é a base da existência familiar, uma emoção que transcende os laços de sangue e une os indivíduos em várias formas de estruturas familiares. Tendo em vista que o artigo 227 da CF/88 compreendeu a descrição das responsabilidades familiares, que diz respeito, dentre vários fatores, ao direito de preservar a dignidade, o respeito, a liberdade e considerar os cuidados que devem ser dispensados no ambiente familiar para proteger crianças, adolescentes e jovens Liberdade de todo tipo de mal, inclusive o que pode ser entendido como violência física ou psicológica (GONÇALVES, 2009).

Vale ainda mencionar que, nesse ponto preliminar, o ECA confirma a necessidade de compreender as múltiplas necessidades dos indivíduos dessa idade, que incluem as necessidades emocionais para o desenvolvimento da personalidade e a consolidação das estruturas e cognições emocionais (CANEZIN, 2006).

Neste caso, o conhecimento na área do direito pode ajuda a compreender sobre os direitos referentes aos prejuízos emocionais e cognitivos da criança causados pelo abandono afetivo paterno, e a psicologia, por outro lado, pode ajudar na compreensão dos danos psicológicos causados por tais emoções (CANEZIN, 2006).

Hironaka (2006) relatou que o abandono afetivo, também entendido como comportamento negligente pelos pais, negligencia a educação e o desenvolvimento emocional e cognitivo da criança quando a criança, adolescente ou adulto jovem não recebe a atenção emocional necessária. Crianças, sem provisão imaterial e proteção necessária.

Frente a isso, a problemática, busca responder o seguinte questionamento: “A indenização por abandono afetivo paterno pode diminuir o impacto afetivo em uma perspectiva psicológica e melhor proteger o abandonado a fim de garantir no mínimo a reparação dos prejuízos psicológicos causados? É possível estabelecer um valor de natureza pecuniária para cobrir as ausências afetivas paternas? “

Este estudo busca verificar se a indenização por abandono afetivo paterno pode reduzir o impacto emocional do ponto de vista psicológico, proteger melhor o abandonado e, pelo menos, garantir que o dano psicológico causado seja ao menos reparado.

Os objetivos específicos são: 1. Verificar se é possível estabelecer um valor pecuniário para compensar a ausência afetiva paterna; 2. Analisar a eficácia da indenização por abandono para a vítima, assim como verificar os critérios utilizados para se julgar uma causa como essa; 3 Verificar os métodos utilizados para se alcançar o valor de punição aos pais que forem julgados por abandono afetivo, assim como as consequências de um processo para a relação de pai e

filha.

Foi elaborado com base nos objetivos de pesquisa um roteiro de entrevista com um questionário estruturado com perguntas abertas, na qual direcionou a entrevista que foi online. Foi encaminhada para a entrevistada o roteiro de entrevista antes da realização da entrevista por vídeo chamada, para que a participantes tivesse ciência dos objetivos de pesquisa e assim verificar se queria participar ou não da pesquisa. Após disponibilizar o roteiro de entrevista a mãe da criança em investigação concordou em participar da pesquisa, bem como se dispôs a colaborar com a investigação caso após a entrevista ficasse alguma dúvida sobre o caso.

A presente pesquisa é um estudo de caso com delineamento do tipo de estudo exploratório, que se caracteriza como pesquisa descritiva, com abordagem qualitativa, onde a coleta de dados se deu através de uma entrevista online via WhatsApp por conversa e chamada de vídeo. O objeto de pesquisa foi o caso de abandono afetivo de uma menor, portadora do transtorno do espectro autista da cidade de Presidente Médici - RO, sendo a entrevista realizada com a mãe da criança.

ABANDONO AFETIVO PATERNO: VIOLAÇÃO DO PODER FAMÍLIA

O abandono afetivo por parte do pai pode causar danos psicológicos profundos e irreversíveis aos filhos, podendo afetar negativamente a sua identidade. Com base em valores, é de extrema importância formar cidadãos que possam construir sociedades melhores, colocando sempre em primeiro lugar os princípios da dignidade humana e da solidariedade (CARVALHO, 2018).

Segundo o Código Civil de 2002, no livro IV, referente ao direito de família, relata que houve a substituição do termo Pátrio Poder para Poder Familiar, que remete que ambos os pais têm responsabilidade pelo poder familiar, de tal modo a assegurar que haja igualdade jurídica tanto para pais e mãe referente a direitos assim como obrigações.

De acordo com o art. 1.630 do Código Civil, os filhos enquanto menores de idade estão sobre a responsabilidade do poder familiar sendo eles pai, mãe ou responsáveis legais pelo menor. O dispositivo compreende filhos com idade menor de 18 anos não emancipados, sendo eles casados ou não, desde que assumidos, assim como os adotivos estão sobre o poder familiar. Completando-se a maioridade, que significa que o jovem pode arcar com suas responsabilidades civil, exclui-se, então, o poder familiar, ou antes, se ocorrer a emancipação do jovem nas hipóteses do parágrafo único do citado artigo.

O poder familiar compete tanto ao pai como a mãe, com condições de igualdade referente as responsabilidades do dependente. Nesse sentido, dispõe o art. 1.631 de 2002 que: Se casado ou exercerem uma união estável, o poder familiar será de responsabilidade de ambos (pai e mãe); na falta ou impossibilidade de um deles, o outro assumirá essa responsabilidade de forma exclusiva. Caso os pais sejam casados e apresente divergências, se é assegurado a qualquer dos dois o poder de recorrer ao juiz para solucionar o desacordo (BRASIL, 2002).

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2009), a redação do artigo tem sido alvo de críticas porque o poder familiar não está necessariamente vinculado ao casamento. Acresce que, nas uniões estáveis, esta presunção ainda não se aplica, ficando a atribuição legal dependente do

reconhecimento parental, uma vez que o poder familiar decorre do reconhecimento parental dos filhos, independentemente da origem do nascimento.

DIREITOS DA PERSONALIDADE

O referido código Civil de 2002 possui um capítulo específico aos direitos da personalidade, cujo objetivo fundamental é preservar o respeito à pessoa e aos direitos protegidos pela Constituição (BRASIL, 2002).

A personalidade é um conceito fundamental da ordem jurídica, que se aplica a todas as pessoas e é respeitada na legislação civil e nos direitos constitucionais à vivência, à liberdade e à igualdade. Todos são dotados de personalidade, ou seja, a capacidade geral de adquirir direitos e obrigações contratuais na esfera civil (CANEZIN, 2006)

Ao afirmar a proteção da personalidade, a Constituição Federal brasileira assegura que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma cláusula geral dos direitos da personalidade, e utiliza os mais diversos instrumentos legais para proteger a sua dignidade pessoal (MORAES, 2006).

Nessa ordem de pensamento, Bastos (2008) ensina que: a personalidade é aquilo que sustenta os direitos e deveres dela emanados, o objeto da lei, que é o primeiro bem do homem, que lhe pertence como primeira utilidade, para que possa torne-se realidade, sobreviva e adapte-se às condições do ambiente em que se insere, como padrão contra o qual outros bens são medidos, adquiridos e ordenados.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da dignidade da pessoa humana tem previsão legal no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Além disso, tem grande atuação no Direito de Família em relação ao demais ramos do Direito Privado. Posto que a família é valorizada e protegida como um grupo de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de efetivação da dignidade de seus componentes (BRASIL, 1988).

Segundo Carvalho (2018, p. 1758), “a pessoa humana é o centro do direito, dessa forma, os institutos jurídicos são orientados a atuar na promoção do pleno desenvolvimento e total proteção do ser humano”. Por enfatizar que a dignidade é um instrumento fundamentado pela República, a Constituição brasileira dá maior ênfase à proteção da pessoa, proíbe qualquer forma de discriminação e garante as condições para que a pessoa exerça e reconheça-se como titular de direitos fundamentais na sociedade em que vive.

Cabe salientar que a dignidade humana institui outros direitos inerentes ao ser humano, incluindo o direito a viver com um mínimo de dignidade, como o acesso à saúde, educação, segurança, lazer e outros direitos indispensáveis ao bem-estar e à convivência social (GONÇALVES, 2009).

Por esta razão, o princípio é formulado como um direito de proteção pessoal em relação ao Estado e aos outros indivíduos, constituindo um dever fundamental de tratar iguais as pesso-

as. Além disso, retrata a inserção do ser humano encontrando-se em um mundo relacional onde deve prevalecer o respeito e a consideração mútua entre os outros (BASTOS, 2008).

Os princípios acima sustentam a noção de que os valores humanos e sua liberdade de escolha nas circunstâncias em que vivem devem ser respeitados. Portanto, sem esse princípio fundamental, nenhuma transformação ocorrerá nas famílias brasileiras. Somente o respeito incondicional às pessoas pode assegurar valores básicos e direitos da personalidade (LÔBO, 2014).

PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O afeto, como corolário do Princípio da Dignidade Humana, é de suma importância no Direito de Família que diversas vezes prepondera sobre o vínculo biológico, razão da existência das mais variadas entidades familiares (GONÇALVES, 2009).

Dessa forma, ressalta o doutrinador Tartuce (2014, p. 26) que, “o afeto equivale à interação entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas.” Trata-se de que toda criança precisa ser cuidada adequadamente para que possa vencer os problemas e dificuldades da vida adulta.

E sendo a família o cerne da sociedade como um todo, o entendimento do parentesco, que passa a ser encarado como um novo elemento jurídico, é no sentido do cumprimento de todas as obrigações decorrentes do poder global protetor da família em condição de menores de idade, em termos de arte. Artigo 227 da Constituição Federal (DIAS, 2007).

Dessa forma, segundo Bicca (2016, p. 190) o afeto aqui é descrito no sentido de “missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais”. Vale ressaltar que as relações familiares em situações emocionais como afeto familiar, devoção, proteção, apego e cuidado são mais estáveis.

Como salienta Canezin (2006), o abandono afetivo é mais prejudicial para as crianças do que o abandono material, pois enquanto as carências econômicas podem ser colmatadas por terceiros interessados, como familiares, amigos, ou mesmo o Estado, através de ajuda segundo ao plano, o afeto do pai pelo filho não pode ser compensado pelo afeto de terceiro, e o Estado não pode suprir a ausência do pai.

É preciso ter a imagem do pai presente, cooperar com a educação e formação do filho, estar atento ao desenvolvimento da criança. Afinal, os traumas que o ser humano vivencia na vida decorrem de perdas emocionais no seio da família ou da sociedade (CANEZIN, 2006).

PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O princípio do melhor interesse é regulamentado pelo art. 227 da CF de 88. O ECA estatuto da criança e adolescente, institui que o Estado, a população e familiares devem garantir à criança e ao adolescente os direitos dados como essenciais, devido estarem em processo de desenvolvimento.

Neste sentido, leciona Flávio Tartuce (2014, p. 22) que:

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

Assim, percebe-se que os princípios acima, ainda que não garantam os direitos inerentes ao menor, asseguram seu pleno desenvolvimento e formação de cidadania, impedem o abuso de poder por parte dos genitores, uma vez que o menor é considerado uma parte insuficiente, portanto, deve ser concedida a máxima proteção legal. Tendo em vista os interesses da criança, pessoa em desenvolvimento, deve prevalecer (HIRONAKA, 2006).

O ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

Na concepção de Charles Bicca (2016, p. 480), o abandono é ilegal porque é contrário à dignidade humana e causa danos reais ao direito à personalidade da criança. “A ilicitude não está no desamor, mas na mais absoluta falta de atenção ao dever de cuidado, requisito mínimo a ser empregado na vida de uma criança para seu pleno desenvolvimento”.

Nesse sentido, compreendesse que quando nos referimos a abandono afetivo, não estamos se referindo a falta de amor, e sim ao dever cuidar e zelar da criança em seu período de desenvolvimento.

AS CONSEQUÊNCIAS DO ABANDONO AFETIVO PATERNO: DANOS CAUSADOS AO FILHO

Diversos estudos têm procurado demonstrar que o abandono afetivo pode causar prejuízos psíquicos e clínicos a crianças e adolescentes. Atesta Bicca (2016, p. 948) que “a criança abandonada pode apresentar deficiências no seu comportamento social e mental para o resto da vida”. Porque a falta de amor e atenção pode afetar negativamente o comportamento da criança, as relações sociais, resultando em problemas relacionadas a notas baixas, depressão, ansiedade, tristeza, baixa autoestima e problemas de saúde.

Segundo artigo de Isabela Crispino no site da LFG: Tem havido paz entre psicólogos e assistentes sociais que entendem que crianças abandonadas pelos pais sofrem traumas e ansiedades que vão afetar diretamente seus relacionamentos futuros e fazer com que ela perca a autoconfiança e autoestima.

De acordo com Lewis (1995, p. 392), conceituado professor de Psiquiatria Infantil, os pais “possuem um dever de contribuir para o desenvolvimento de uma personalidade sadia, limitando seus impulsos e comportamentos, cuja ausência ou disfunção muitas vezes acarreta abalo na personalidade”.

Nesse pensamento:

A ciência da psicanálise demonstra que quando há falta de afeto, abandono e rejeição, vez que a criança não encontra os modelos de identificação, ocorre a ameaça da integridade psíquica, cuja consequência é falha no desenvolvimento da personalidade (KAROW, 2012, p. 246).

Acrescenta Charles Bicca (2016, p. 964) que estudiosos afirmam que o pai “é a respon-

sável por transmitir limites ao filho, por ensinar a diferença entre o certo e o errado, introduzindo a criança de forma efetiva na sociedade”. Essa figura de autoridade do pai de ditar limites e regras fazem muita falta para o desenvolvimento do filho, mostra ao filho que no mundo real ele terá que distinguir o certo do errado, preparando-o para viver em sociedade.

Para Montgomery (1998, p. 113-118), “crianças com ausência do pai biológico têm duas vezes mais probabilidade de repetir o ano escolar e que as crianças que não convivem na companhia do pai biológico apresentam comportamento violento na escola”. Cabe ressaltar que há uma predominância maior em meninos, desenvolverem maiores dificuldades nas provas finais e não alcançarem a média

Nesse sentido, o pai deve ingressar na vida da criança, afim de proporcionar proteção, apoio e ensinar os valores que irão impactar positivamente no desenvolvimento de sua personalidade.

INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO: O VALOR DO AMOR

O abandono afetivo não é novidade no campo jurídico. A sua presença é constantemente analisada em processos de despedimento familiar, a mais severa sanção civil imposta a famílias flagrantemente disfuncionais. Nestes casos extremos, sem qualquer possibilidade de mediação para proteger os direitos da criança, apresentamos a falta de amor como parte de uma cadeia de males que inflige verdadeiro tormento às crianças abandonadas. Atualmente, proteger a família é proteger a própria dignidade humana, e os indivíduos que foram abandonados emocionalmente devem ser indenizados (COSTA, 2004).

No entanto, não é razão suficiente que uma mera renúncia sem a existência de dano não crie uma obrigação de compensar. Era preciso provar sua culpa, tanto que Cavalieri Filho (1996, p.76) adverte: “a vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que se conformar com sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo”.

Em suma, Hironaka (2006) enfatizou que para a responsabilização civil por abandono afetivo deve ser as consequências danosas produzidas nos campos subjetivo, privado e moral dos filhos, devido ao dano causado à sua ordem espiritual pelo abandono pecaminoso de seu pai.

Mesmo que exista no ordenamento jurídico o princípio da imunidade de responsabilidade civil nas relações de família, não podemos deixar de notar que o judiciário está rompendo com esse princípio tendo em vista diversos julgados que reconhecem indenização por danos morais por meio de arbitragem de indenização pecuniária (PEREIRA, 2012).

Esse tipo de responsabilidade civil visa lidar com a percepção de dano à condição familiar, que é considerada um atributo da personalidade. Ou seja, trata de ofensas à família, que causam desgaste emocional que precisa ser compensado por meio de restituição (RIZZARDO, 1994).

Houve discordância sobre o fundamento da obrigação de reparar. Alguns estudiosos acreditam que a compensação monetária é um meio de encorajar outros pais a abandonarem

seus filhos emocionalmente, e alguns estudiosos acreditam que a compensação tem a natureza de reparar as lesões dos filhos e não pode ter uma função punitiva (MORAES, 2006).

Uns acreditam que deveria existir para pagar a psicoterapia daqueles que sofreram por abandono até que se recuperem, enquanto outros usam o argumento que tal compensação é de natureza punitiva. Diante disso, o que realmente deve ser considerado é se o dano pode ser reparado por valor monetário (COSTA, 2004).

No currículo de Schuh (2006), isso seria a imposição de punição, semelhante à vingança em uma criança que, ao longo de seu desenvolvimento, espera amor do pai ou da mãe, mas não o recebe.

Então, por alguma fórmula abstrata, todos esses atos de falta de amor e atenção são calculados e levados à justiça para chegar à punição necessária. Assim, o “amor” acaba tendo um preço que pode mudar a cada nova frase (BICCA, 2016).

Sobre o assunto, Schuh (2006) ensina: A renúncia não suscita dúvidas sobre os dispositivos legais que devem ser observados. Por outro lado, o abandono moral mostra, no mínimo, desrespeito aos direitos da personalidade, o que faz com que o lesado tenha o direito de exigir reparação pelo dano sofrido, sob a condição de observância do princípio da dignidade. A relação pais-filhos deveria, teoricamente, ser estabelecida entre pais e filhos, com força moral (RIZZARDO, 1994).

Se decidirmos indenizar nesses casos, podemos estar criando problemas mais sérios. Alguns pais acabam por medo da justiça e não por amor, exigindo o direito de participar ativamente na vida de seus filhos. Mesmo que seja um péssimo pai, ele insistirá em coexistir, e a mãe ansiosa será forçada a dividir a custódia com alguém que claramente não tem afeição pela criança.

O estado de amor forçado pode ser pior que a ausência. Depois temos a imagem de ser abandonado pelo pai atual porque não é preciso distanciar-se fisicamente para justificar a falta de interesse afetivo. Estes são os ensinamentos de Rizzardo (1994): “O abandono não é apenas o ato de deixar um filho sem ajuda material: inclui também a supressão do apoio intelectual e psicológico”.

CRITÉRIOS E MÉTODOS DE AJUIZAMENTO PARA CÁLCULO DE ABANDONO AFETIVO: CASOS, VALORES E CABIMENTO

Recentemente, o judiciário tem sido consultado sobre a questão do abandono moral, e alguns dos acórdãos parecem condenar os pais por não proporcionarem apoio emocional e amor aos filhos, apesar de prestarem assistência alimentar. (SHU, 2006).

O assunto é atual e polêmico, e cada caso específico precisa ser analisado com muito cuidado e ponderação. Considerando que, na maioria das vezes, as separações ocorrem em clima de ódio e vingança, é importante observar que quem detém a guarda das crianças e/ou jovens muitas vezes cria obstáculos e dificuldades para o genitor. Crianças e/ou jovens não têm acesso negado a pessoas sem tutela (CAVALIERI FILHO, 2006).

Muito cuidado deve ser tomado na análise de cada ação de dano moral fundada no

abandono afetivo do pai, pois o judiciário não pode ser transformado em instrumento de vingança pessoal. A jurisprudência seminal foi a da Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, da Segunda Vara Cível da Comarca de Capão da Canoa (Processo nº 141/1030012032-0), na qual o Juiz Mário Romano Maggioni condenou em 16 de setembro de 2003 a indenização de o Pai por Abandono Afetivo resultando em filhos (MELO, 2008). Na citação abaixo, verifica-se a amplitude da paternidade responsável, o juiz com base em:

É de se salientar que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22 da Lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se autoafirma. Desnecessário discorrer acerca da importância da presença do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido ou em desenvolvimento violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhe dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos (TJ/RS *apud* MELO, 2008, p. 8).

O referido magistrado reconheceu que o poder judiciário não tem o dever de obrigar ninguém a ser pai, mas que o faça quem o desejar, lembrando que existem várias formas de evitar a paternidade. A ação da autora deve cumprir suas funções, mas arcar com a pena de ressarcir os danos causados à criança. Os numerosos meios para evitar a paternidade bem como vasectomia, preservativos, etc. Ou seja, quem não quer ser pai deve ser cauteloso. A filiação não pode ser atribuída a terceiros. O genitor deve assumir as funções de pai não só visando o seu ideal, mas também legalmente. Portanto, não se trata de um amor platônico, mas de um amor básico para o desenvolvimento da criança (MELO, 2008).

A indenização foi decidida pelo juiz Mario Romano Maggioni em duzentos salários mínimos. Ao fundamentar sua decisão, o juiz usou como fundamento que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos” (TJ/RS *apud* MELO, 2008, p. 8).

Com base nisso, destacou que a educação inclui não só ir à escola, mas também a vida familiar, parentesco, amor, carinho, atividades de lazer: como ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, assistir filmes, criar condições para a presença do pai além de construir experiências para auxiliar no desenvolvimento da criança e/ou adolescente (GONÇALVES, 2014).

Ressalte-se que no caso acima, a Procuradoria se opôs à indenização. Segundo o parecer de revisão do presente caso, entende que o problema não pode ser resolvido apenas com a indenização econômica, diante disso:

Não cabe ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor. A promotora alertou ainda para os riscos dessas decisões: senão, os foros e tribunais estariam abarrotados de processos se, ao término de qualquer relacionamento amoroso ou mesmo se, diante de um amor platônico, a pessoa que se sentisse abalada psicologicamente e moralmente pelo desamor da outra, viesse a pleitear ação com o intuito de compensar-se, monetariamente, porque o seu parceiro ou seu amor platônico não a correspondesse (TJ/RS *apud* MELO, 2008, p. 9).

Mas, em última análise, com base no art. 22, e artigo 5º X da Constituição Federal brasileira, análogo à teoria da inclusão do nome da pessoa no SPC, prevê que o pai seja condenado a pagar à filha 48 mil reais de indenização por abandono afetivo. Considerando a sentença apresentada, fica claro que o julgador se pautou pelos princípios da dignidade da pessoa humana, direito da criança à convivência familiar, valor jurídico emocional, entre outros aspectos levantados nas referidas decisões.

A título de comparação, Súmula Cível nº 70011497393, 9ª Vara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Desembargadora Íris Helena Nogueira, Repórter, Cidade de Pelotas, 8 de junho de 2005 (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 2013).

As circunstâncias deste caso são diferentes das do caso anterior, e os principais pontos serão brevemente resumidos a seguir: A autora (Sra. MR da S.L) nasceu em 1955, e em 1996, em face de seu suposto pai (Sr. JRGR), pois se ouviu dizer que seu pai biológico não é o pai que o criou (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 2013).

Em um veredito de teste de paternidade, foi confirmado que seu pai biológico era de fato o Sr. JRGR. Nesse sentido, a filha pleiteou indenização a título educacional punitivo contra seu pai biológico, Sr. JRG R (RIO GRANDE DO SUL, TJ, 2013).

Nesse ponto, fica evidente a diferença entre o primeiro caso e o caso analítico, pois no primeiro caso o filho sabe tinha ciência de que o pai biológico, ora era aquele que o registrou. Outra diferença que precisa ser destacada é que, no primeiro caso, a criança não tem ninguém que posteriormente substitua a figura paterna, atribuindo afeto, amor, cuidado (PEREIRA, 2012).

Segundo Karow (2012) no caso aqui analisado, a filha foi criada por um pai que não era biológico sem ele, nem o pai biológico, e a própria filha saber da real verdade, o pai biológico não sabia da existência da filha. O pai que criou e registrou assumiu o papel do pai biológico, criando a Sra. MR do S.L como sua filha. Já o pai biológico somente teve ciência de sua paternidade quando a filha já era mulher, e vice-versa.

No julgamento de primeira instância do segundo caso analisado, o pai não foi condenado a indenizar a filha, sendo a sentença mantida em apelação. Ambas as decisões foram baseadas no fato de que a ausência do pai não se traduziria, em nenhum caso, em compensação monetária mensurável. A compensação por inércia paterna ou materna não é aconselhada. É necessário ir mais longe. É preciso conscientizar os pais sobre a necessidade de conviver com seus filhos, não só fisicamente, mas principalmente emocionalmente (PEREIRA, 2012).

O CASO DO ABANDONO AFETIVO PATERNO DE UMA CRIANÇA AUTISTA

O caso a ser relatado é de uma criança autista de grau 2 não verbal de suporte, com idade de 4 anos na qual vou retratá-la aqui de Júlia. O pai de 34 anos vou nomear de Felipe e a mãe de 29 anos aqui relatada irei retratar como Camila.

Felipe de 34 anos morou junto com Camila na cidade de Ji-Paraná - RO no período de 2017 a 2018, os mesmos viviam super bem. Segundo Camila Felipe parecia ser um “ príncipe” pois a ajudava em tudo em casa mesmo trabalhando o dia inteiro. Segundo Camila estava vivendo um sonho pois, viviam super bem, mais tudo mudou no momento em que Camila engravidou de Felipe, sua atitude ao receber a notícia a deixou em choque, pois, não imaginava que Felipe fosse ficar enfurecido com a notícia. Felipe disse a Camila que não queria a filha e que ela teria que escolher entre ele (Felipe) ou a criança, tentando coagi-la a abortar a criança, pois a mesma, era muito apaixonada por ele na época o que fez com que ele acreditasse que ela o escolheria e abortaria a criança. Porém, Camila não aceitou a proposta de Felipe e disse que preferia terminar o relacionamento a ter que abortar a sua filha. Foi nesse momento que Camila saiu de casa e terminou seu relacionamento com Felipe.

Camila se mudou para casa de seus pais em Presidente Médici - RO, pois não tinha condições financeiras de se manter sozinha ainda mais na situação em que se encontrava. Após o nascimento de sua filha Júlia, Camila precisou acionar a justiça para que Felipe assumisse a paternidade, o mesmo exigiu o teste de DNA para comprovação de paternidade. No dia da coleta Camila relata que Felipe ria muito alto (com tom de deboche) dela e de sua filha o que a constrangeu muito, manteve-se a todo tempo longe dela e da criança. Felipe deixou claro para o seu advogado que não queria contato com a filha (Júlia) que na época tinha 1 ano e meio no dia do exame. Após sair o resultado que comprova paternidade de Felipe, o mesmo foi obrigado assumir a paternidade e pagar a pensão estipulada pelo juiz no valor de 400 reais mensais a menor Julia.

Camila mãe de Júlia, relata que em fevereiro de 2022 após verificar atrasos na fala e certos estereótipos na criança ao brincar, comer e se relacionar buscou um diagnóstico da filha, pois a mesma já desconfiava que Júlia pudesse sofrer do transtorno do espectro autista não verbal de apoio. Camila atesta que Júlia faz consultas com a Fonoaudióloga e psicóloga sempre que dá, pois, as consultas são caras e mesmo trabalhando como professora e recebendo pensão não consegue fazer o tratamento da forma que a filha necessita, pois se trata de Autismo moderado grau 2 com suporte. Camila relata que sua mãe optou por sair do emprego e cuidar de Julia pois o salário que recebia era menor que o salário que Camila recebe atualmente como professora. A criança precisa de suporte e não aceita ficar com outra pessoa a não ser ela (Camila) e sua mãe, sendo assim não daria para as duas trabalharem fora e contratar uma babá. Esse caso relata a história do abandono afetivo paterno de uma criança autista que foi imputada de afeto desde seu nascimento até os dias de hoje. Buscou-se através desse estudo de caso responder os seguintes questionamentos: A indenização por abandono afetivo paterno pode diminuir o impacto afetivo em uma perspectiva psicológica e melhor proteger o abandonado a fim de garantir no mínimo a reparação dos prejuízos psicológicos causados? É possível estabelecer um valor de natureza pecuniária para suprir determinadas ausências afetivas paternas? ". Para isso, foi realizada uma entrevista com questionário estruturado com Camila a respeito de sua filha (Júlia) que é objeto principal dessa pesquisa.

ENTREVISTA

De posse das anotações da entrevista e da transcrição das respostas, dar-se-á início à transcrição literal da entrevista. Após a transcrição, foi realizada a leitura das entrevistas, estabelecendo-se um primeiro contato com os textos, com o objetivo de delinear as primeiras ideias e realizar uma análise dos resultados obtidos sobre o caso de abandono afetivo de uma menor portadora do transtorno do espectro autista da cidade de Presidente Médici - RO. Antes da entrevista obtive uma conversa informal com a mãe da criança para explicá-la sobre a pesquisa, onde lhe enviei um roteiro estruturado com as perguntas que pretendia fazer a ela por vídeo chamada no dia marcado para entrevista.

A entrevista online foi realizada no dia 08 de abril de 2023 as 16:00 horas com a mãe da criança em investigação através de uma chamada de vídeo pela plataforma WhatsApp. A entrevistada mãe da menor vou nomear de (Camila), A criança vou nomear de (Júlia) e o pai vou nomear de (Felipe) a fim de se preservar o nome da entrevistada para que não haja constrangimento das partes.

1. Como era sua convivência com o genitor da sua filha antes do descobrimento da gravidez? *“Vivíamos muito bem, ele me tratava como uma princesa, me ajudava nos afazeres de casa, dificilmente discutíamos, já estávamos morando juntos a 2 anos em Ji - Paraná nunca imaginei que ele fosse me abandonar. “*

2. Qual foi a reação do genitor ao saber da gravidez? *“Péssima, falou muitas coisas ruins para mim , a pior de todas foi que ele me disse para mim escolher entre continuar com a gestação e ter minha filha ou ficar com ele ,pois o problema até então era a criança ele não queria ter filhos, inclusive na época sugeriu que eu fizesse um aborto no início da gestação para poder continuar casada com ele , logicamente eu optei em terminar o relacionamento e continuar com a minha gestação, foi então que ele me abandonou grávida e tive que me mudar para casa dos meus pais em Presidente Médici pois não tinha condições financeira e nem psicológicas de continuar em Ji-Paraná.”*

3. Que atitude precisou tomar após a separação conjugal com o genitor?” *Eu precisei procurar um advogado porque ele se recusou a tomar qualquer tipo de atitude por vontade própria.”*

4. O Pai da criança exigiu teste de paternidade? *“Sim, exigiu o teste de paternidade embora ele soubesse que a filha era dele, ele tentou me intimidar também para que eu desistisse do pagamento da pensão alimentícia, através de ameaças para mim e minha família.”*

5. Pode me contar como foi no dia da realização do exame de paternidade? *“Ele pediu ao advogado dele que para não estar no mesmo ambiente que a filha no dia da coleta a fim de evitar qualquer contato. Me senti muito humilhada pela situação, ele ria muito alto, alegre em me ver destruída e eu chorava bastante.”*

6. Em algum momento desde o nascimento, o pai demonstrou querer ter alguma aproximação com a filha? *“Nunca viu a minha filha, foi uma das coisas que ele sempre deixou claro que não queria nenhum contato e muito menos conhecer ela.”*

7. Você acredita que a pensão alimentícia que recebe atualmente é suficiente para cobrir todos os gastos com a menor? *“Cobre apenas o básico alimentação e vestimenta, porque minha filha foi diagnosticada a 1 ano com autismo grau 2 não verbal ela está em tratamento com fonoaudióloga e realiza psicoterapias, mas é muito caro o tratamento pois não tenho nenhum convênio e as consultas não consigo realizar pelo SUS.”*

8. Me conte um pouco sobre a menor, ela tem algum problema de saúde ou sofre algum tipo de transtorno? *“Sim, autismo grau 2 do tipo não verbal de suporte.”*

9. Qual a idade da criança atualmente? *“4 anos de idade.”*

10. Você tem algum processo em andamento na justiça contra o genitor?

“Atualmente não tenho nenhum processo contra o genitor da minha filha “.

11. Acredita que uma ação de danos morais contra o genitor conseguiria amenizar todo o sofrimento e prejuízo psicológico sofrido pela sua filha todos esses anos? *“Não, porque nenhum dinheiro será capaz de diminuir todo o sofrimento de desprezo que ela praticou com o abandono da minha filha, nem sei como irei contar para ela no futuro o real motivo do pai dela não ser presente na vida dela. Acredito que falar que o pai dela cogitou em abortá-la ainda na barriga traria*

um prejuízo psicológico maior ainda, embora ele já esteja fazendo isso com ela em vida, pelo fato de não querer ter nenhum contato com a filha, para ele a filha nem existe. “

12. Para você qual o preço do amor? Podemos quantificar o amor em um valor específico? “Não, pois nenhum valor será capaz de quantificar um amor ou a falta de afeto por um filho.”

13. Como você classifica o relacionamento da sua filha atualmente com o genitor? “Não existe relacionamento algum, para o genitor a filha nunca existiu ele somente pagar a pensão porque ele foi obrigado, pois se não fosse obrigado nem isso ele estaria fazendo por minha filha.”

Após realizar a entrevista verificou-se que segundo relatos da mãe Camila, o pai Felipe nunca quis conhecer sua filha Júlia, e nunca teve interesse em ter nenhum tipo de relacionamento com a criança, se imputando de ter qualquer tipo de afeto para com Júlia que é uma criança autista.

Cabe destacar que nesse caso o pai Felipe, chegou a intimidar Camila enquanto ainda moravam juntos no descobrimento da gestação, para que a mesma abortasse a criança (Júlia), o que sabemos que é um crime. Como se não bastasse, tentou utilizar da esfera do sentimento que a mesma tinha por ele para que realizasse tal fato desprezível. Onde o mesmo a coagiu a escolher entre realizar o aborto da filha para poder manter o relacionamento com ele. Camila sem pensar duas vezes optou pela separação e em sair da casa onde os dois moravam juntos, se mudando da cidade de Ji-Paraná para a cidade de Presidente Médici. Devido a mesma na época depender do conjugue necessitou na época de voltar a residir com seus pais para que os mesmos a ajudassem na criação da filha Júlia.

Cabe destacar que na opinião da mãe quando questionada se podíamos quantificar o amor em um valor específico respondeu que: “*Não, pois nenhum valor será capaz de quantificar um amor ou a falta de afeto por um filho.*”

Isso justifica o fato de a mãe não ter entrado com ação de danos morais contra o pai (Felipe), pois acredita que nenhuma indenização por danos morais será capaz de suprir o prejuízo psicológico sofrido pela sua filha todos esses anos. A mesma relata que nem sabe como irá contar para Júlia quando crescer, pois, a mesma ainda tem 4 anos, o real motivo do pai dela não ser presente na vida dela. A mãe acredita que falar que o pai cogitou em abortá-la ainda na barriga traria um prejuízo psicológico maior ainda, embora ele já esteja fazendo isso com ela em vida, pelo fato de não querer ter nenhum contato com a filha como a mesma relata é como se a filha não existisse para Felipe.

A fim de preservar sua filha que é autista de grau 2 não verbal de suporte de qualquer constrangimento, Camila mãe de Júlia, optou por não processar Felipe por danos morais. A mesma só entrou com processo para assumir a paternidade para receber a pensão alimentícia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo relatou um estudo de caso a acerca da possibilidade de indenização por abandono afetivo paterno de uma criança autista. Buscou -se através desse estudo responder algumas questões como: “A indenização por abandono afetivo paterno pode diminuir o impacto afetivo em uma perspectiva psicológica e melhor proteger o abandonado a fim de garantir no

mínimo a reparação dos prejuízos psicológicos causados? É possível estabelecer um valor de natureza pecuniária para cobrir as ausências afetivas paternas?”.

Conjugando as informações expostas e o rol de opiniões, conclui-se que a questão da indenização por abandono afetivo é um tema que vem gradativamente ganhando popularidade, sendo também um tema polêmico. Quando se trata da incidência da responsabilidade civil, já os defensores da harmonia familiar alegam que tal punição não é permitida, pois não há menção na lei do delito pelo qual se incorre a responsabilidade dispostos nos Art. 186.º e 927.º do Código Civil.

É sabido que a indenização por abandono afetivo não cumpre a sua função social, nem cumpre uma finalidade positiva e construtiva na sua aplicação. O afeto familiar deve ser resultado de proximidade espontânea e cultivo mútuo, não do poder judicial. Nesse sentido, após esse processo, pode-se estabelecer um distanciamento maior entre pai e filho, anulando por completo uma futura reconciliação.

A compensação deve ser vista como uma medida extrema em que danos graves são remediados por meio de dinheiro. Uma aplicação exagerada dessa abordagem pode levar à desvalorização da jurisprudência como simples mercantilismo. Se for usado de forma frugal e de bom senso, e não como fonte de lucro fácil ou como meio de vingança entre pais e filhos, pode ser uma ferramenta de extrema importância que pode ser utilizada para formulações mais alinhadas com realidade. O que parece, no entanto, uma vez que o judiciário cruza a linha das relações entre familiares e toca em questões emocionais, pode se tornar abusivo, perigoso e colocar em risco relacionamentos que não são de sua competência. Nesse sentido se conclui -se através do caso relatado que não tem como valorar um amor ou a falta de afeto por um filho como relata Camila mãe de Julia.

Assim, entende-se que não tem como valorar em um valor específico a ausência afetiva e compensá-la por meio de compensação monetária. O amor é resultado de um sentimento que envolve muitos fatores como carinho, proteção, preocupação, e não de um ato coercitivo.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Eliane Ferreira. LUZ, Antônio Fernandes da. Família e jurisdição II. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. v. II, p. 70.

BICCA, Charles. Abandono afetivo. Brasília: OWL, 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 4 de maio. de 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 de abr. 2023

BRASIL. LEI Nº 13.431/ 2017. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm. Acesso em: 26 de abri. 2023.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, v. 8, n. 36, p.71-87, jul. 2006.

CARVALHO, Dimas Messias de. Direito das famílias. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p.76.

COSTA, Maria Isabel Pereira da Costa. Família: do autoritarismo ao afeto. Como e a quem indenizar? Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v.1, ago. 2004.

CRISPINO, Isabela. Dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em: <http://www.iuspedia.com.br>. 29 fev. 2008. Acesso em: 04 de maio. 2023.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direitos das Famílias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 4º ed. p.382.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de Família Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009. 4º ed. v.6, p.01.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de família. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material. Repertório de Jurisprudência IOB. [S.l.], v. 3. n, 18, p. 568, set. 2006.

KAROW, Aline Biasuz Suarez. Abandono Afetivo: Valorização jurídica do afeto nas relações Paterno-Filiais. Curitiba: Editora JURUÁ, 2012.

LEWIS, Melvin. Tratado de Psiquiatria da Infância e Adolescência. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Direito da Família. Belo Horizonte: Casa do editor, 2014.

MELO, N. D. de. Abandono Moral – Fundamentos da Responsabilidade Civil. Revista IOB de Direito de Família. São Paulo: Síntese, a. 9, n. 46, p. 7-13, fev./mar. 2008.

MONTEGOMEREY, M. “Breves Comentários”. Em: SILVEIRA, PAULO. Exercício da Paternidade. Porto Alegre: Artes Médicas, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Revista Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, v.9, n.29, jul./dez. 2006.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Apelação cível n. 70011497393. 9ª. Câmara cível. Responsabilidade civil. Indenização. Danos morais. Paternidade afetiva. Consanguinidade. Apelo improvido. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=apela%e7%e3o+c%edvel+n%b0+70011497393&tb=juris-nova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3atribunal%2520de%2520justi%25c3%25a7a%2520do%-2520rs.%28tipodecisao%3aac%25c3%25b3rd%25c3%25a3o%7ctipodecisao%3amonocr%25c3%25a-1tica%7ctipodecisao%3anull%29&requiredfields=&as_q=. Acesso em: 24 de abr. 2023.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. São Paulo: AIDE, v. III, 1994. p. 369.

PEREIRA, R. da C. Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. São Paulo: Magister, a. 14, n. 29, p. 5-19, ago./set. 2012.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. Responsabilidade civil por abandono afetivo: a valoração do elo perdido ou não consentido. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, ano 8, n.35, p.71-78, maio. 2006.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. v. 5: direito de família. 9 ed. São Paulo: Método, 2014.



A impossibilidade de reconhecimento e sucessão do patrimônio digital

The impossibility of recognition and succession of the digital patrimium

Jéssica Caroline Bombardelli

Acadêmico de Direito da Faculdade ISEPE/RONDON

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.188.9

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar o quanto há a necessidade de uma legislação brasileira da qual trate especificamente sobre bens digitais, e de aos herdeiros a possibilidade de receber esse patrimônio, sejam eles de valores econômicos, sentimentais, mas pensando sempre na violação de honra do falecido. Traz para o meio sucessório um aumento considerável de situações conflituosas que não são corretamente analisadas pelo judiciário, não recebendo o tratamento coerente e dando a devida importância aos familiares do de cujus. Existem vidas virtuais atrás das telas, e essa nova atualidade mais presente na vida das pessoas, traz situações nunca antes vividas acabam por gerar diversos questionamentos no mundo jurídico, como por exemplo, o que fazer com o que fica na internet? O texto também traz alguns modelos de países dos quais as legislações são favoráveis a essa sucessão dando aos familiares uma pequena lembrança e trazendo para aquele momento de dor alegria.

Palavras-chave: legislação. patrimônio. herdeiros.

INTRODUÇÃO

O mundo está em constante evolução e a internet cada vez mais presente na vida de todos, sendo usada em várias áreas humanas, como redes sociais com ou sem fins lucrativos, contas, e-mails, documentos, assinaturas digitais, livros, músicas, vídeos, também realizando negociações, reuniões, inúmeras formas de interação. Trazendo qualidade de vida, facilitando para que muitas situações ocorram de forma fácil e ágil.

Com todas as possibilidades de fácil acesso as pessoas vão criando personagens, deixando até mesmo de viver suas vidas reais para viver uma vida virtual com uma realidade criada por ela, da qual tem um grande valor sentimental para si.

Além disso, existe um grande mercado e vários tipos de serviços que podem ser encontrado de forma rápida, do que geram movimentações milionárias, como por exemplo, compras em sites ou até mesmo as plataformas tais como *instagram*², que os famosos vendem seus produtos rapidamente ao mostrarem as pessoas.

Alguns usuários atingem números astronômicos, a exemplo do futebolista Cristiano Ronaldo, que tem 306 milhões de seguidores no *instagram* e recebe cerca de U\$ 1,6 milhão de dólares por post patrocinado em sua rede.

Além de Cristiano Ronaldo, o *instagram* conta com mais 23 perfis que superaram a casa de 100 milhões de usuários. Dentre eles, o também futebolista Neymar Jr. tem 154 milhões de seguidores, cujo valor da postagem publicitária gira em torno de R\$ 2,7 milhões de reais por post (BRAUN, 2021).

A par desse contexto, existe volume de dados gigantescos acerca de uma pessoa, sendo todos esses conteúdo armazenados na web.

Vem à necessidade de discussão no meio jurídico e sucessório frente a todo esse contexto. A possibilidade de transmissão de acervo que pode ser chamado de bens digitais, dos quais não há declaração do falecido, mas que possam ser compartilhados com os familiares,

sem que ofenda a privacidade da pessoa.

A metodologia utilizada foi o método de pesquisa bibliográfica acerca da transmissibilidade dos bens digitais aos herdeiros e a legislação existente sobre o tema, além de pesquisas de artigos científicos e estudo de caso.

O presente trabalho trata de um tema recente, sendo que, no âmbito jurídico, a sua exploração teve um crescimento expressivo a partir da década de 2010. Isto porque, a internet como um todo, embora se faça cada vez mais presente na vida das pessoas desde a década de 1990, ainda é decorrente de uma evolução histórica recente.

Trabalho este dividido em capítulos, o primeiro traz um breve contexto sobre a internet e como as pessoas tem usado cada vez mais, de diversas formas, e como está sendo amparado através do Direito Digital, que embora seja um direito recente, está em constante evolução e também se tem a necessidade que esteja, pois, a rapidez com que a internet trabalha se faz necessário, andar da mesma forma.

O segundo capítulo já entra mais no tema do presente artigo, trazendo o que é herança, sendo um conjunto de bens móveis e imóveis patrimoniais deixados pelo falecimento de uma pessoa a serem transmitidos aos herdeiros legítimos ou testamentários, e uma breve análise das formas de sucessões.

Em seguida será tratado mais especificamente sobre o que é, e o que pode ser considerado herança digital, trazendo alguns pensamentos de legisladores, e sabendo que o uso das redes sociais se torna cada vez mais massivo, surge então mídias, e novas formas de comunicação, interações das quais geram grandes negócios, influenciando cada vez mais o ramo corporativo, demonstrando que não são apenas relações criadas nas redes, mas também novas formas de trabalhar. Criaram-se novas profissões, meios de grandes lucros, pontos importantes a serem refletidos.

A seguir abordam-se, alguns projetos de leis existentes que foram e são debatidas sobre esse tema, os quais buscam positivar a respeito da sucessão de bens digitais.

E por último traz uma breve análise sobre o tema no mundo a fora, da forma como outros países tratam esse tipo de bens, demonstrando que de certa forma o Brasil ainda se encontra atrás dos demais, visando que os mesmos já disponibilizam aos herdeiros formas de sucessão.

Por fim, não restando dúvidas quanto à necessidade de o tema ser mais debatido e comentado, pois o mundo contemporâneo está cada vez mais avançado e rápido, trazendo revolução na forma com que as pessoas interagem comunicam entre si, trazendo consigo novos desafios e questionamentos jurídicos.

A INTERNET COMO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO DIREITO E AS SOCIEDADES EM REDE

A internet surgiu em meados de 1983 havendo o direcionamento comercial para a rede de internet, surgindo os primeiros provedores de acesso à rede. Os quais esses provedores revendiam o serviço de conexão à internet para outras empresas, aumentando assim a popularização e o fluxo de informações dispostos na rede.

Junto com a internet criaram-se sociedades por trás das telas, onde famílias, conhecidos, amigos de infância ou até novos amigos, relacionamentos ficaram mais fáceis de terem acesso, a interação entre as pessoas está muito mais fácil e rápida.

A realidade social introduzida pela internet aprofundou o contraditório existente no interior de cada ser humano, pois estar na rede é estar livre, com o mundo na palma de suas mãos, mas também em constante vigio por vontades próprias que as pessoas mesmo disponibilizam na rede.

Com o avanço decorrente das redes por meio da evolução tecnológica, surge a necessidade do Direito regular de forma harmônica e social as novas realidades vividas entre as pessoas. Desse modo surge o Direito Digital, cuja finalidade é trabalhar de forma coerente para solucionar os conflitos inerentes às questões tecnológicas.

O Direito Digital tem como finalidade de criar diretrizes gerais, ou seja, princípios, dos quais dever ser atendidos pelos usuários de rede, mas tendo em vista a velocidade com que as tecnologias passam por transformações, as normas correm o risco de ficarem limitadas no tempo e no espaço, ficando facilmente defasadas.

Faz-se necessário para o bom funcionamento das normas, que as mudanças ocorram de forma rápida, pois a evolução da sociedade na era digital é extremamente rápida, correndo o risco de o direito se tornar obsoleto, há a necessidade de o ordenamento jurídico aprimorar seus institutos e até mesmo criar novos para garantia jurídica das relações sociais.

Por fim, há vários problemas na esfera jurídica do armazenamento de dados dos usuários da Internet, mas adentrando no assunto central da presente monografia, tange a herança, direito sucessório e herança digital e seu acervo.

HERANÇA

Primeiramente é necessário que se entenda o que é Herança. Nada mais é que o conjunto de bens móveis e imóveis patrimoniais deixados pelo falecimento de uma pessoa a serem transmitidos aos herdeiros legítimos ou testamentários, conforme previsto no Artigo 1.784 do Código Civil Brasileiro. A morte além de ser extremamente importante em questões religiosas ou até mesmo filosóficas, gera grandes consequências jurídicas, cabendo então ao Direito colocar em prática regras a fim de regular a vida em sociedade.

Os artigos 1804 e seguintes do Código Civil (2002) dispõem a respeito da aceitação e renúncia da herança, sendo considerado um ato jurídico unilateral. A aceitação da herança se dá de forma expressa, tácita ou presumida. Já a renúncia, deve ser feita mediante instrumento público ou termo judicial.

O autor Madaleno (2020. p. 21), dispõe que:

Sobrevindo a morte, os bens e as obrigações deixadas pelo falecido transmitem-se de imediato aos seus herdeiros e legatários, conferindo uma transcendência jurídica desses direitos e deveres aos sucessores do de cujus, embora o óbito extinga definitivamente outras relações jurídicas que não são transmitidas aos sucessores.

Sobre o tema Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.7) ensina:

A palavra 'herança' tem maior amplitude, abrangendo o patrimônio do de cujus, que não é constituído apenas de bens materiais e corpóreos, como um imóvel ou um veículo, mas representa uma universalidade de direito, o complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico (CC, art. 91).

Para o autor Orlando Gomes (2019, p. 78), afirma que a herança:

Compreende todos os direitos que não se extinguem com a morte. Excluem-se os que não se concebem desligados da pessoa, como os direitos de personalidade. Integram-na bens móveis e imóveis, direitos e ações, obrigações. Abrange também coisas futuras. Sendo universalidade de direito, é suscetível, abstratamente, de aumento ou diminuição”

E ainda complementa com “a herança nada mais é do que a extensão da propriedade privada além dos limites da vida humana”. (GOMES, 2019, p. 78),

O direito à herança serve de estímulo à produção, faz com que haja interesse em produzir e economizar, construir um patrimônio, pois tal esforço alcançará a família, assim o Estado também organiza a própria economia.

Vale lembrar-se que somente será considerada herança os bens que foram deixados por um falecido, e com isso, o conjunto de herança passará por um processo judicial chamado inventário, onde será nomeado um inventariante e este administrará os bens.

Cumprido destacar que, por mais que os herdeiros sejam os beneficiados sobre os bens, a posse, somente ocorrerá após a partilha, onde o juiz determinará o que cabe a cada um dos sucessores.

SUCCESSÃO

Em busca de regularização da herança, sem tem o ramo do Direito Sucessório que visa garantir e destinar de forma coerente todo o patrimônio do de cujus, sendo esse instituto amparado tanto quanto pelo Código Civil Brasileiro de 2002, no Livro V, e pela Constituição Federal de 1988, que goza de status de direito fundamental e está previsto no Artigo 5º, inciso XXX, o Direito de Herança, pois em decorrência do falecimento do indivíduo se faz necessária a transferência de seus bens para seus sucessores.

O direito das sucessões inicia no artigo 1.784 e se estende até o artigo 2.027 do Código Civil (2002), referindo-se a um conjunto de normas que regulamentam a transferência do patrimônio da pessoa natural após sua morte, em razão de lei – denominada de sucessão legítima, ou em razão de testamento – intitulada de sucessão testamentária.

Sendo o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição de última vontade, seja por determinação da lei, que acaba por presumir a vontade do falecido. Serve como inspiração, para este autor, a concepção legal que está no art. 2.024.º do Código Civil português, segundo o qual “Diz-se sucessão o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a estas pertenciam” (TARTUCE, 2017. p. 16)

Venosa (2006, p. 1) aduz que “[...] suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo de sucessão no direito”.

Logo, após o falecimento ocorre a mudança de titularidade dos bens para outra pessoa, em decorrência da morte, sendo a chamada sucessão causa mortis. Recai sobre a própria família possuir os meios de prover seus componentes e o Estado se desonera de tais encargos.

A sucessão dos bens pode ocorrer de duas formas: a testamentária, expressa pelo de *cujus* em disposição de última vontade, por meio do testamento, ou legítima a que decorre de previsão em lei.

E ainda conforme dispõe o Código Civil, metade dos bens da herança, a chamada legítima, é dos herdeiros necessários, que são os parentes em linha reta, desde que não excluídos por deserdação ou indignidade, e ainda o cônjuge ou companheiro sobrevivente. A outra metade da herança fica à disposição do autor que pode testar livremente.

Os herdeiros legítimos são aqueles que têm direito legal para receber a herança, e também os herdeiros necessários, aqueles previstos no rol do artigo 1.845 do Código Civil, sendo eles os descendentes, ascendentes e o cônjuge, sendo de pleno direito destes o recebimento de metade dos bens da herança.

Já os herdeiros testamentários, são aqueles que herdaram os bens por meio de testamento deixado pelo de *cujus*, dependendo exclusivamente da vontade do testador em dispor de seus bens, podendo ser tanto quanto pessoa física ou jurídica, concebida ou nascida no momento da sucessão, mas desde que não fira o direito dos herdeiros legítimos.

No caso de não existirem herdeiros necessários, não há que se falar em legítima, e os bens podem ser dispostos de forma livre em sua totalidade.

De acordo com a Constituição Federal em seu artigo 227, parágrafo 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Desse modo todos os filhos merecem o mesmo tratamento perante a lei.

As preocupações na sucessão eram apenas no que tange a bens materiais, tais quais os imóveis, automóveis, contas correntes, aplicações financeiras e bens móveis, além de alguns outros que possuíam baixo valor econômico, como as fotografias, cartas, diários, documentos, detentores de valor afetivo, que sequer eram partilhados em um processo sucessório. Todavia, vive-se um tempo em que esses bens, embora sejam encontrados, são substituídos por outros que são armazenados em “um disco rígido externo, ou um lugar chamado internet.” (MADALENO, 2020, p. 50).

O direito sucessório, tanto quanto as demais áreas do direito, passaram e vêm passando por transformações, sobretudo para acompanhar a evolução da sociedade que está cada vez mais rápida. Sendo um dos grandes debates que permeia o referido ramo do direito é quanto à transmissibilidade do patrimônio digital, que será exposto adiante.

HERANÇA DIGITAL

A Herança Digital tem sido analisada há algum tempo pelo mundo, mas ainda é um instituto novo para o ordenamento brasileiro, não possuindo então legislações específicas para tratar de forma correta sobre esse assunto. Com o avanço frequente da rede social e cada vez

mais presente na vida das pessoas, não apenas como passa tempo, mas também como fonte de renda, inclusive se tratando de um dos maiores giros financeiros, até o momento.

Para conceituar Herança Digital, Biguelini (2018, p. 31) expõe que:

A herança é compreendida como o conjunto de bens deixados pelo de cujus. E fazendo uma interpretação extensiva desse direito com base nos bens digitais, pode-se dizer que a herança digital, nada mais é que o patrimônio digital deixado pelo autor da herança. E esse patrimônio poderá incluir desde fotos, vídeos, livros, documentos de modo geral, como também contas nas redes sociais.

No mesmo sentido Tânia Nigri (2021), afirma que a herança digital é o acervo eletrônico que uma pessoa deixa ao morrer e que poderá, em tese, ser transmitido aos seus herdeiros, sendo composto por fotografias digitais, arquivos na “nuvem”, vídeos, acesso às redes sociais, senhas em geral, *e-mails* etc.”.

Complementando, afirma Livia Leal que “o tratamento jurídico do conteúdo deixado pelo usuário após a sua morte inegavelmente tem sido desenvolvido sob a ótica patrimonial, estando vinculado com frequência a expressões como “herança digital”, “legado digital”, “patrimônio digital”, “ativo digital”, que revelam, em última análise, um exame inicial muitas vezes puramente patrimonial. Sob essa ótica, os arquivos constantes na rede constituiriam bens incorpóreos que agregariam valor econômico ao titular, razão pela qual deveriam ser transferidos aos herdeiros após a morte do usuário”. Para tanto, seria necessário distinguir bens suscetíveis de valoração econômica, bens existenciais e bens híbridos, ou seja, bens pessoais, mas com algum valor inerente (LEAL, 2018.)

Visto isso, entende-se que Herança Digital, são bens deixados pelo de cujus na esfera digital, um vasto acervo que vai desde músicas, livros, redes sociais, *criptomoedas*, vídeos digitais, entre outros arquivos digitais, observa-se também a existência de recibos de forma digital, contratos e toda uma gama de outros papéis importantes arquivados digitalmente, extremamente amplo e crescente.

Sabe-se que a Herança Digital se trata de bens incorpóreos, não tem uma existência física, são bens intangíveis, ou seja, não são concretos. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves “bens corpóreos são os que têm existência física, material e podem ser tangidos pelo homem e bens incorpóreos são os que têm existência abstrata ou ideal, mas valor econômico, como o direito autoral, o crédito, a sucessão aberta, o fundo de comércio etc. São criações da mente reconhecidas pela ordem jurídica. O critério distintivo para os romanos era a tangibilidade ou possibilidade de serem tocados”.

O autor Zampier (2021, p. 70), traz que os bens digitais são importantes, pois eles não devem ser abandonados, quer seja pelo valor econômico ou pelo valor sentimental. A consequência desse abandono pode criar problemas na sucessão patrimonial e até na proteção dos direitos *post mortem*. Nas palavras do respectivo autor:

Quer seja pelo evidente valor econômico, quer seja pelo valor sentimental, os bens digitais não deveriam ser esquecidos pelos usuários da rede. Esta conduta omissiva poderá trazer uma série de problemas ligados à sucessão patrimonial ou à proteção dos direitos existenciais *post mortem*. Em breve tempo, acredita-se, tais bens serão objeto de sucessão legítima ou testamentária, cessões em vida, diretivas antecipadas, assim como ocorre com vários dos bens jurídicos que hoje são integrantes tradicionais dessas diversas formas de manifestação de vontade (ZAMPIER, 2021, p. 70).

Nota-se que, com a morte não se sabe o que será feito a partir daquele momento. É visível e notória a necessidade de regulamentação específica sobre esse tipo de bens, a fim de evitar possíveis delitos e a violação dos direitos dos reais detentores, sob pena de lesar o patrimônio dos herdeiros, garantindo que ocorra de forma coerente a partilha dos bens digitais.

A necessidade temporal que o direito tem de acompanhar a mesma velocidade com os avanços tecnológicos andam, a nova realidade social em mutação, é totalmente aceitável, mas o que não pode deixar ocorrer é a ineficiência em busca da atualização das legislações que trate da sociedade em rede.

O autor Zanatta (2010, p. 10) trata o direito digital como:

O direito digital consiste na evolução do próprio Direito, abrangendo a todos os princípios fundamentais e institutos que estão vigentes e são aplicados até hoje, assim como introduzindo novos elementos e institutos para o pensamento jurídico, em todas as suas áreas.

Desse modo, mais do que trazer novas questões jurídicas, o direito digital exige com que cada vez mais existam estratégias jurídicas das quais tenham prevenções para garantir a segurança jurídicas nas relações. Alguns doutrinadores entendem que o direito é resultado do comportamento e linguagem humana, sendo que somente por meio desse entendimento o direito poderá acompanhar o futuro ainda desconhecido.

Para o jurista e filósofo austríaco Hans Kelsen ao elaborar a “Teoria Pura do Direito” determina que as normas devem refletir, em essência, a realidade e a necessidade contemporânea da sociedade às quais são dirigidas.

Somente legislação específica sobre o tema talvez não seja o suficiente, pois esse novo ramo do direito possui como característica o dinamismo nas relações, a celeridade, a mutabilidade e, assim, conseqüente autorregulamentação e a utilização do direito costumeiro e da analogia.

Toda mudança sendo ela digital ou não gera um novo comportamento na sociedade e quando a sociedade muda o direito também deve mudar. O direito digital deve estar preparado para o desconhecido, por meio de tutela legislativa criada e vigente, sempre buscando a leitura da realidade sobre o momento, dando a devida solução adequada ao caso específico.

Hoje no Brasil, caso o provedor ou empresa da internet em sua política não autorize o acesso, para que os herdeiros acessem esses bens se faz necessário acionar o Judiciário para que seja feita uma análise do caso concreto.

PROJETOS DE LEIS FRENTE À HERANÇA DIGITAL

Dado que não há uma legislação vigente que trate da Herança Digital no Brasil, mas tem se alguns projetos de leis, que serão tratados brevemente neste capítulo.

Surge então o primeiro Projeto de Lei n.º 4.847/2012, de autoria do então deputado Marçal Filho, do PMDB/MS, e tinha por objetivo acrescentar o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C ao Código Civil, o qual atualmente se encontra arquivado e que possui a seguinte redação legal:

“Art. 2º Fica acrescido o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com a seguinte redação: Capítulo II-A

Da Herança Digital “Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes:

I – Senhas;

II – Redes sociais;

III – Contas da Internet;

IV – Qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido. Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro: I - definir o destino das contas do falecido;

a) transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou;

b) apagar todos os dados do usuário ou;

c) remover a conta do antigo usuário.” (PROJETO DE LEI nº 4.847/2012)

Em conjunto tramitava o Projeto de Lei nº 7.742 DE 2017, que como o PL nº 4.847/12, ambos arquivados, que era pretendido atribuir o poder de decisão a respeito do destino do conteúdo digital deixado pelo falecido aos herdeiros deste.

E surge o Projeto de Lei nº 4.099 de 2012 pretendia alterar o Art. 1.788 do Código Civil de 2002, acrescentando o Parágrafo único:

Art. 1.788 [...] Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança.

Está em tramitação no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 6.468/2019, de autoria do senador Jorginho Mello (PL-SC), que propõe o mesmo que o PL nº 4.099/12, a alteração art. 1.788 do CC, a fim de dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança.

Também está em tramitação o Projeto de Lei nº 5.820/19 proposto pelo Deputado Elias Vaz, que tem como proposta o foco no instrumento do codicilo.

Codicilo é uma espécie de testamento, mas um escrito particular, aonde se tem as declarações de ultima vontade da pessoa. Tendo a possibilidade de ser feito de forma digital, por meio de assinatura digital ou ainda, por vídeo, ideia está defendida pelo Deputado.

Em sua justificativa ao projeto Elias Vaz expõe:

A modificação do Codicilo representa uma evolução na sucessão, tornando seu uso mais fácil e acessível para a produção, resolvendo assim inúmeros problemas observados na sucessão legítima. [...]

O Codicilo Digital, entre outros benefícios à sociedade brasileira, irá facilitar e desburocratizar o direito das sucessões. A forma digital atende as necessidades de uma sociedade dinâmica, que não para, como também garante maior acesso às pessoas nos termos da lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2019).

Mais um projeto sobre do tema é o PL nº 3050/20, visa incluir no Código Civil o direito a herança digital, sendo transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos, contas e arquivos digitais do falecido.

O autor do projeto e deputado Gilberto Abramo (Republicanos-MG) comentou:

O projeto de lei pretende tratar sobre tema relevante e atual, que possibilita alterar o Código Civil com objetivo de normatizar o direito de herança digital. Há no Judiciário diversos casos que aguardam decisões nesse sentido, situações em que familiares dos falecidos desejam obter acesso a arquivos ou contas armazenadas em serviços de internet. É preciso que a lei civil trate do tema, como medida de prevenção e pacificação de conflitos sociais e compete ao Poder Público, e nós enquanto legisladores viabilizar formas de melhor aplicabilidade da herança digital (BRASIL, 2020).

O mais atual é o Projeto de Lei nº 1689/2021, tendo como autora a Deputada Alê Silva, apresentado em 04 de maio de 2021, tendo como objetivo alterar, o Código Civil e a Leis dos Direitos Autorais, do qual dispõe a destinação dos perfis, páginas ou publicações do falecido.

Com isso, pretende-se alterar o Código Civil incluindo os arts. 1.791-A e 1863-A e acrescentar o § 3º ao art. 1.857 no mesmo diploma legal. Também busca a alteração do art. 41 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que trata sobre direitos autorais.

A autora traz a importância da implementação de um regulamento que garanta segurança jurídica e que preencha o vácuo jurídico existente. Para isso, seriam incluídos na definição de herança os direitos autorais, os dados pessoais e as atividades do falecido na internet.

Há enormes lacunas no que diz a Herança Digital, o Judiciário e as próprias plataformas tentam atuar para auxiliar na aplicação do Direito, sendo que carecem de normas inovadoras, que tragam especificamente sobre essa temática, sempre observando as já existentes para que não ocorra um vão tão grande, quando da abertura da sucessão.

Nos dizeres de Patrícia Peck Pinheiro (2016, p. 76):

O que é certo é que a sociedade digital está evoluindo muito rápido e o Direito deve acompanhar esta mudança, aprimorar-se, renovar seus institutos e criar novos capazes de continuar garantindo a segurança jurídica das relações sociais, sob pena de ficar obsoleto e isto estimular a prática da justiça com o próprio mouse e todas as mazelas associadas ao uso arbitrário das próprias razões e ao desequilíbrio que pode ser gerado pelo poder desmedido das grandes corporações que são proprietárias dos recursos que permitem a realização da vida digital.

Observa-se que a falta de legislação acarreta em problemas de cunho sucessório a memórias de pessoas, como por exemplo, em 11 de março de 2021, foi publicado um acórdão proferido pela 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos 1119688-66.2019.8.26.0100, cujo Relator foi o Desembargador Francisco Casconi (2021), vejamos a ementa:

Ação de obrigação de fazer e indenização por danos morais – sentença de improcedência – exclusão de perfil da filha da autora de rede social (Facebook) após sua morte – questão disciplinada pelos termos de uso da plataforma, aos quais a usuária aderiu em vida – termos de serviço que não padecem de qualquer ilegalidade ou abusividade nos pontos analisados – possibilidade do usuário optar pelo apagamento dos dados ou por transformar o perfil em “memorial”, transmitindo ou não a sua gestão a terceiros – inviabilidade, contudo, de manutenção do acesso regular pelos familiares através de usuário e senha da titular falecida, pois a hipótese é vedada pela plataforma – direito personalíssimo do usuário, não se transmitindo por herança no caso dos autos, eis que ausente qualquer conteúdo patrimonial dele oriundo – ausência de ilicitude na conduta da apelada a ensejar responsabilização ou dano moral indenizável - manutenção da sentença – recurso não provido.

Nesse caso, o recurso de apelação foi negado, com a fundamentação de que então estaria violando aos Termos de Serviços e Padrões da Comunidade que traz “Abster-se de compartilhar sua senha, dar acesso à sua conta do Facebook a terceiros ou transferir sua conta para outra pessoa (sem nossa permissão)”, pois a filha falecida teria sem a permissão do Facebook

compartilhado a senha com sua mãe.

Concluiu o julgador que ausente expressa disposição de vontade do usuário falecido, prevalece à política de uso da plataforma, desde que esta política respeite o ordenamento jurídico, pois há a possibilidade de o usuário indicar um herdeiro em caso de morte.

Tem-se reconhecido, mas negados alguns recursos de pedidos, por de certa forma violar o direito a intimidade da pessoa humana, embora os casos como esses ainda sejam pequenos no Brasil, se sabe que o mundo digital está avançado mais rápido a cada dia, do qual demanda mais a atenção do Judiciário.

Ademais, as questões pertinentes à destinação dos bens digitais, após a morte ganha contornos mais problemáticos quando se analisam os contratos que envolvem um usuário de serviço de Internet e os provedores. Isso porque a maioria desses contratos determinam que os bens digitais decorrentes do uso dos serviços dos provedores são de propriedade destes e não do próprio usuário e, ainda, são silentes quanto à destinação desses bens após a morte, ou quando dispõe sobre essa questão o faz à revelia das normas sucessórias

Lei das prestadoras de serviços virtuais

Na data de 21 de dezembro de 2022, entrou em vigor a Lei nº 14.478/2022, do qual dispõe instruções a serem prestadas aos usuários de ativos virtuais e também pelas das prestadoras de serviços de ativos virtuais, bem como penas, caso haja descumprimento, mas não dispendo sobre herança em específico, mas trouxe uma forma da qual essas prestadoras de serviços digitais devem estar trabalhando em relação às *criptomoedas*, a qual pode se tornar também parte da herança de um de *cujus*.

Vale ressaltar que ainda que a Lei não utilize o termo *criptomoedas*, ela fala em somente em ativos virtuais, que é uma expressão que engloba não apenas as *criptomoedas*, mas sim outras representações digitais de valores.

A Lei 14.478/2022, traz o que são considerados ativos virtuais, como sendo, as representações digitais de valor, as quais podem ser negociadas ou até mesmo transferidas por meios eletrônicos, sendo utilizadas para realização de pagamentos com o propósito de investimentos.

A lei também estabelece a exclusão da conceituação do ativo digital, a moeda eletrônica que está prevista na Lei 12.865/2013, moeda nacional e também estrangeira, instrumentos que fornecem ao titular acesso a produtos ou serviços especificados ou o benefício proveniente desses produtos ou serviços, a exemplo de pontos de recompensa de programas de fidelidade e representações de ativos cuja emissão, escrituração, negociação ou liquidação estejam previstas em lei ou regulamento, consoante disposto no dispositivo 3º, caput e incisos I à IV, da norma legal.

Fica estabelecido a partir dessa lei que o órgão regulador dos parâmetros e diretrizes sobre a prestação dos serviços virtuais, é de titularidade do Poder Executivo, sendo que os critérios que o órgão observará, levaram em conta livre iniciativa e livre concorrência, se faz necessário ter boas práticas de governança, como transparência nas operações, segurança da informação e proteção de dados pessoais, proteção e defesa dos consumidores e usuários e a poupança popular, solidez e eficiência das operações.

HERANÇA DIGITAL PELO MUNDO

Hoje no mundo já se reconhece esses bens imateriais como parte do legado. Como exemplo em Londres aonde já existe a inclusão de senhas da internet nos testamentos. Em estudos feitos com os britânicos. “No total, cerca de 11% dos 2 mil britânicos entrevistados para este estudo revela ter incluído ou planeja incluir as palavras-passe nos seus testamentos”. As pessoas entrevistadas destacaram que desejam, com isso, guardar músicas, fotos e vídeos que foram valiosos para si durante a vida.

Na Europa e Estados Unidos também está sendo reconhecido o consentimento de alguns graus de parentesco para que tenham acesso a contas digitais das pessoas falecidas, mesmo que também essas pessoas não tenham consentido.

Uma das situações que ocorreram, em relação ao tema, foi quando o soldado americano Justin M. Ellsworth morreu no Iraque, o qual escreveu vários e-mails enquanto estava no Oriente Médio, e seu pai com o intuito de fazer um memorial usando esses e-mails, mas a provedora Yahoo, recusou o pedido e não liberou as mensagens com base em alegações concernentes à privacidade e às cláusulas presentes nos termos de uso. O tribunal de Massachusetts, então determinou que a empresa Yahoo, fornecesse um CD, contendo as cópias dos e-mails do falecido, alegando que não estaria violando então nenhuma política de privacidade do provedor e muito menos o direito de propriedade dos herdeiros.

Na china já existem notícias de que aprovou a lei que garante que o herdeiro possa receber a herança em *criptomoedas*.

Já na Espanha a Lei de Proteção de Dados estabelece que não se aplique as normas para no caso de falecimento, com intuito de assegurar que os herdeiros tenham acesso ao armazenamento, e também para finalizar ou retificar situações ou páginas. Na França é estabelecido em lei, que qualquer indivíduo pode definir suas diretrizes em relação a seu armazenamento, mas consideram-se nulas quaisquer cláusulas contratuais voltadas a limitar os “poderes testamentários” do usuário sobre os próprios dados.

Como podem notar-se, em diversos países vários tipos de situações são encontrados em relação ao armazenamento de dados, mas nesses países as leis geralmente asseguram que os herdeiros possam tomar as medidas necessárias no intuito de assegurar a organização e a partilha dos bens de forma coerente, visando sempre preservar o valor emocional das partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho apresentado buscou mostrar que com a evolução cibernética o patrimônio das pessoas se tornou grande parte digital, sendo bens economicamente valoráveis, e bens com simples valor sentimental. Assim a uma grande lacuna para o direito sucessório em relação à destinação devida e correta desse patrimônio.

A herança digital e os bens digitais são exemplos de inovação pertencentes à contemporaneidade que ainda não possuem dispositivo legal regulamentando. Entretanto, nem por isso, deixam de surgir conflitos nestas searas. Muito pelo contrário, cada vez mais há litígios envolvendo o ciberespaço e seus usuários

Foram propostos vários projetos de Leis brasileiras, os quais apresentam propostas de regulamentação seguindo o padrão utilizado para a herança convencional, composta de bens físicos de caráter econômico. Ocorre que de certa forma há inconstitucionalidade destas propostas, pois tratam os bens de forma generalizada em razão de englobarem todo o conjunto de bens digitais, incluindo aqueles personalíssimos, acarretando, pois, na violação dos direitos à intimidade e privacidade do falecido e de seus interlocutores. Por isso é dever do legislador adaptar-se de forma rápida as circunstâncias de cada momento, com soluções bem pensadas e com validade, de forma rigorosa, pois havendo inclusão desse patrimônio digital há a necessidade da sociedade se adequar de forma correta.

Outro assim, não há a possibilidade de negar à conservação de alguns atributos a personalidade do falecido, como sua privacidade e intimidade e a necessidade de proteção jurídica desse centro de interesses do morto, aos quais, a própria legislação civil brasileira atribui à família a sua tutela. No caso de os usuários sentirem a vontade de terem seus bens privados de seus familiares, há a necessidade de testamento do qual disponha acerca de seus ativos digitais. Se o falecido vir a dispor de um testamento dos quais constem seus interesses, como suas vontades com relação a esses bens, por exemplo, que estes bens de valor pecuniário ou sentimental sejam imediatamente transferidos aos herdeiros, para que possam administrar de maneira inteligente, ou até mesmo caso seja a vontade possíveis exclusões de contas e arquivos.

Por fim, nota-se que a herança digital que deve ser considerado e regulamentado pautando no direito fundamental da herança e como observância aos direitos personalíssimos, haja vista a sua extensão *post mortem*. Sempre assegurando o direito sucessório em proteção ao direito da personalidade do de cujus.

REFERÊNCIAS

ALVES, Nilvan de Oliveira. Herança digital e a legalidade do direito sucessório. 2019. Monografia (graduação) – Centro Universitário São Lucas, Ji Paraná, 2019.

ALVES, Jones Figueirêdo. Herança Digital. IBDFAM. Data de publicação: 13/01/2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1006/Heran%C3%A7a+digital>. Acesso em 10 de janeiro de 2023.

BRAUN, Daniela. Cristiano Ronaldo lidera a lista de celebridades mais bem pagas do instagram. 2021. Disponível em <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/07/01/cristiano-ronaldo-lidera-lista-das-10-celebridades-mais-bem-pagas-no-instagram.ghtml>. Acesso em 12 de março de 2023

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 4847/2012 de 12 de Dezembro de 2012. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=5633>. Acesso em 20 de janeiro de 2023.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.099, de 20 de junho de 2012. Altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Brasília: Câmara dos 73 Deputados, 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostaslegislativas/548678>. Acesso em 20 de janeiro de 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 7742/2017 de 30 de Maio de 2017. Acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Disponível em: <https://www>.

camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508. Acesso em 20 de janeiro de 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 5820/2019 de 31 de Outubro de 2019. Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2228037>. Acesso em 20 de janeiro de 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. LEI Nº 14.478, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2022. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2022/lei-14478-21-dezembro-2022-793516-publicacaooriginal-166582-pl.html>. Acesso em 12 de março de 2023.

BIGUELINI, Thais Donato. Herança digital: Sucessão do patrimônio cibernético. Trabalho de Conclusão de Curso – UNIJUÍ- Universidade Regional do Nordeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2018. Disponível em: bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/5674/Thais%20Donato%20Biguelini.pdf?Sequencie=1&isAllowed=y. Acesso em 25 de janeiro de 2023.

FREITAS, Viviane de Andrade, Aspectos fundamentais da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4724, 7 jun. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49444>>. Acesso em 12 de abril de 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Volume 1: parte geral 14 ed. São Paulo. Saraiva 2016. P.286

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 7.

GOMES, Orlando. Sucessões. Grupo GEN, 2019. 16ª ed. Editora Forense. 304p.

LUZ SEGUNDO, Elpídio Paiva. Direito da personalidade: quo vadis? Revista de direito da Faculdade Guanambi. v.7. n. 01, 2020. Disponível em: revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/280/167. Acesso em 13 de fevereiro de 2023.

LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. Bens digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. ed. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2021.

MINAS GERAIS. Senado Federal. Projeto de Lei PL1.689/2021. Altera Lei 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro), para dispor sobre perfis, páginas contatos, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/D0020211106001990000.PDF#page=31>. Acesso em 15 de março de 2023.

MEURER, Milena Correia. Aspectos jurídicos da herança digital. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Unicesumar – Centro Universitário de Maringá, Paraná, 2019. Disponível em: rdu.unicesumar.edu.br/bitstream/123456789/5080/1/TRABALHO%20DE%20CONCLUS%c3%83O%20DE%20CURSO%20TCC.pdf. Acesso em 14 de fevereiro de 2023.

MADALENO, Rolf Hanssen. Sucessão Legítima. 2 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense 2020.

NIGRI, Tânia. HERANÇA. São Paulo: Editora Blucher, 1ª edição. 128p. Série Conhecimento. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1119688-66.2019.8.26.0100. Apelante: Elza Aparecida Silva de Lima Amori. Apelado: Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. Relator: Francisco Casconi. São Paulo, 9 mar. 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>. Acesso em 10 de abril de 2023.

SANKIEVICZ, Alexandrez. A herança digital nos EUA e na Europa: os direitos à privacidade e à herança. Revista Consultor Jurídico, 6 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-set-06/alexandre-sankievicz-heranca-digital-eua-europa#_ftn2. Acesso em 10 de março de 2023.

SANTOS, Bruno Emanuel Silva Moreira. A herança digital e a transmissão de conteúdos digitais em vida. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito e Informática), Universidade do Minho, 2016. Disponível em: <hdl.handle.net/1822/50273>. Acesso em 03 de abril de 2023.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. Editora Saraiva. São Paulo: 2ª edição, 2016. Disponível em: <https://www.saraiva.com.br/direito-digital>. Acesso em 03 de abril de 2023

RODRIGUES, Jonatan. Tudo o que você precisa saber sobre Redes Sociais em 2022, 2022. Disponível em: <https://resultadosdigitais.com.br/marketing/redes-sociais/>. Acesso em 08 de dezembro de 2022.

TATURCE, Flávio. Herança Digital e sucessão legítima – Primeiras reflexões. IBDFAM. Data de publicação: 27/09/2018. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1301/Heran%C3%A7a+digital+e+sucess%C3%A3o+leg%C3%ADtima++-+Primeiras+reflex%C3%B5e>. Acesso em 20 de janeiro de 2023.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Direito das Sucessões. 6ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

ZANATTA, Leonardo. O direito digital e as implicações cíveis decorrentes das relações virtuais. 2010. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/leonardo_zanatta.pdf. Acesso em 10 de abril de 2023.



A existência do dano moral em razão dos descontos sucessivos nos benefícios previdenciários sem a ciência dos segurados

The existence of moral damage due to successive discounts on social security benefits without the insured's awareness

Aline Praciél Gracia

Acadêmica de Direito da Faculdade ISEPE/RONDON.

Jonathan Amorim Spagnoli

Professor Orientador da Faculdade ISEPE/RONDON.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.10

RESUMO

Este trabalho busca analisar a existência de dano moral decorrente do desconto contínuo de benefícios da previdência social sem o conhecimento dos segurados. Como todos sabemos, o dano moral não pode ser facilmente quantificado, pois não atinge o patrimônio material do indivíduo, mas sua moral. Para que haja dano moral, é necessário provar que a violação prejudicou a moral do segurado em decorrência de procedimentos flagrantemente abusivos ou ilegais do executivo, sendo que o estudo é dividido em três capítulos. Portanto, diante dessas e de outras irregularidades no serviço público de previdência social, é importante analisar como a legislação e a jurisprudência têm tratado as questões relativas ao dano moral previdenciário decorrente do reconhecimento de descontos sucessivos nos benefícios previdenciários sem a ciência dos segurados.

Palavras-chave: dano moral. previdência social. previdenciários. ciência dos segurados.

INTRODUÇÃO

O ramo do Direito Civil é muito amplo, assim possui muitas lacunas ainda passíveis de discussões, o dano moral, sempre foi um tema que gera várias divergências, mas precisamente em relação às possibilidades de obtenção de indenizações pelos descontos sucessivos nos benefícios previdenciários sem a ciência dos segurados.

Não existe um padrão para determinar o dano moral, cabendo a cada julgador determinar conforme o tamanho do sofrimento da vítima, posto que o instituto verse sobre um direito incorpóreo abstrato. A Carta Magna de 88 preceituou como legítimo a possibilidade de indenização, o que arguiu ao dano moral maior validade e rigor.

O presente estudo abordará o tema sobre o enfoque da obtenção de indenizações pelos descontos sucessivos nos benefícios previdenciários sem a ciência dos segurados.

O principal objetivo do presente estudo é abordar os problemas organizacionais do sistema previdenciário brasileiro, a partir de uma análise dos possíveis danos causados por abusos e irregularidades detectados no processo administrativo de concessão de benefícios previdenciários. Primeiramente, estuda a constituição da responsabilidade civil e do dano moral do Estado. Aborda-se a caracterização dos direitos previdenciários como direitos sociais fundamentais e a natureza nutritiva dos benefícios previdenciários, bem como a identificação de prejuízo moral decorrente de deficiências na concessão de benefícios previdenciários. Posteriormente, o estudo abordará erros que levam ao contínuo desconto de benefícios previdenciários sem o conhecimento do segurado, e a configuração e reparação de dano moral previdenciário, visto que, o tema geralmente não possui muitas discussões fora do meio doutrinário, assim a sociedade não possui informações suficientes para se precaver de prejuízos por ele auferido.

O tema escolhido será dividido em três capítulos, nos quais serão estudados os seguintes assuntos: conceito e história do dano moral, direitos sociais previdenciários e dano moral previdenciário.

Conceito e história do dano moral

Conceito e origem histórica

O instituto do dano moral versa sobre um direito incorpore abstrato, deste modo, sendo difíceis preceitos concretos sobre o tema, a doutrina tipifica instituto como sendo lesões de foro íntimo sofrida pelas pessoas físicas ou jurídicas, que agridem sua honra, imagem, de forma que apenas seja lhe imputado sofrimento sentimental. Fato é que a doutrina possui inúmeros conceitos, senão vejamos alguns:

Nas palavras do Professor Arnoldo Wald:

Dano é a lesão sofrida por uma pessoa no seu patrimônio ou na sua integridade física, constituindo, pois, uma lesão causada a um bem jurídico, que pode ser material ou imaterial. O dano moral é o causado a alguém num dos seus direitos de personalidade, sendo possível à cumulação da responsabilidade pelo dano material e pelo dano moral. (WALD, 1989).

Para o professor Inocêncio Galvão Telles:

Dano moral se trata de prejuízos que não atingem em si o patrimônio, não o fazendo diminuir nem frustrando o seu acréscimo. O patrimônio não é afectado: nem passa a valer menos nem deixa de valer mais”. Há a ofensa de bens de carácter imaterial - desprovidos de conteúdo econômico, insusceptíveis verdadeiramente de avaliação em dinheiro. São bens como a integridade física, a saúde, a correção estética, a liberdade, a reputação. A ofensa objectiva desses bens tem, em regra, um reflexo subjectivo na vítima, traduzido na dor ou sofrimento, de natureza física ou de natureza moral. “Violam-se direitos ou interesses materiais, como se se pratica uma lesão corporal ou um atentado à honra: em primeira linha causam-se danos não patrimoniais, v.g., os ferimentos ou a diminuição da reputação, mas em segunda linha podem também causar-se danos patrimoniais, v.g., as despesas de tratamento ou a perda de emprego. (TELLES, 1999).

Assim ensinam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente. (STOLZE, 2013, p. 105).

“Lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004. p. 55). No mesmo sentido, Maria Helena Diniz estabelece o dano moral como “a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo ato lesivo”. (DINIZ, 2003. p. 84).

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, ao conceituar o dano moral assevera que:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONÇALVES, 2009).

Nestes termos, também leciona Nehemias Domingos de Melo “dano moral é toda agressão injusta aqueles bens imateriais, tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica, insuscetível de quantificação pecuniária”. (MELO, 2011. p. 9).

Outra corrente conceitua dano moral como o efeito da lesão, e não a lesão em si, como

é o caso do festejado doutrinador Yussef Said Cahali que assim o conceitua:

Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física – dor-sensação, como a denominada *Carpenter* – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento, de causa imaterial. (CAHALI, 11).

Aguiar Dias também sustenta esta espécie de definição, em suas palavras:

O dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada. O conceito de dano é único, e corresponde a lesão de direito. Os efeitos da injúria podem ser patrimoniais ou não, e acarretar, assim, a divisão dos danos em patrimoniais e não patrimoniais. Os efeitos não patrimoniais da injúria constituem os danos não patrimoniais. (DIAS, 1987).

Os primeiros indícios de dano moral registrados foram no Código de Hamurabi por volta do século XVIII a.C., no entanto, nota-se que neste período a compensação do dano não afetava os bens patrimoniais do responsável, mas sim a sua integridade física, ou seja, a modalidade da indenização ainda não existia. Posteriormente no século XXII a.C. no Código de Ur-Nammu, fora acrescentado em suas disposições algumas possibilidades de reparação do dano moral, que até então estava diretamente ligado ao dano físico sofrido pelo agente lesado. (FERREIRA, 2019).

Na Bíblia Sagrada também havia a ideia do dano moral, como pode-se depreender do seguinte fragmento:

Se um homem tomar uma mulher por esposa e, tendo coabitado com ela, vier a desprezá-la, e lhe imputar falsamente coisas escandalosas e contra ela divulgar má fama, dizendo: 'Tomei esta mulher e, quando me cheguei a ela, não achei nela os sinais da virgindade', então o pai e a mãe da jovem tomarão os sinais da virgindade da moça, e os levarão aos anciãos da cidade, à porta; e o pai da jovem dirá aos anciãos: 'Eu dei minha filha para esposa a este homem, e agora ele a despreza, e eis que lhe atribui coisas escandalosas, dizendo: — Não achei na tua filha os sinais da virgindade; porém eis aqui os sinais da virgindade de minha filha'. E eles estenderão a roupa diante dos anciãos da cidade. Então os anciãos daquela cidade, tomando o homem, o castigarão, e, multando-o em cem ciclos de prata, os darão ao pai da moça, porquanto divulgou má fama sobre uma virgem de Israel. Ela ficará sendo sua mulher, e ele por todos os seus dias não poderá repudiá-la. (SIQUEIRA, 2017, p. 20).

Não obstante, por longos anos no direito brasileiro o dano moral permaneceu no plano da irreparabilidade, devido à dificuldade encontrada na comprovação de sua consumação, na quantificação do valor do dano e em sua normatização, para que os juristas seguissem um padrão de julgamento. Com o advento do Código Civil de 1916, surgiram algumas previsões esparsas sobre o dano moral, porém sem muito enfoque (MELO, 2011).

A Constituição Federal de 1988 consagrou a previsão legal sobre o dano moral, garantindo também o direito de vida, liberdade, segurança e propriedade, estabeleceu a isonomia sem qualquer distinção. Em particular referência ao dano moral, os incisos V e X do artigo 5º CF/88, determinam expressamente o direito de resposta quando causados danos à moral e à imagem, preservados também a inviolabilidade a vida privada, a honra e a imagem, ensejando a devida indenização pela violação do direito constitucionalmente protegido (FERREIRA, 2019).

A previsão constitucional provocou a necessidade de adequação de diversos dispositivos legais, dentre eles, no Código Civil, o artigo 186, que objetivamente define o dano moral como toda ação que viole direito alheio e cause dano à outra pessoa, seja moral, físico ou material por ação ou omissão dolosa ou culposa (FERREIRA, 2019). Além deste, outras leis também passaram a regular o dano moral, como cita Nehemias Domingos de Melo, a Lei nº 9.434/ 97 que trata

dos transplantes de órgãos, a Lei nº 9.610/98 que regula os direitos autorais e a Lei nº 9.609/98 que regula o sigilo de dados no sentido de preservar a intimidade das pessoas (MELO, 2011).

Um dos principais diplomas legais a abordar tal temática de forma ampla foi a Lei nº 8078/90, Código de Defesa do Consumidor, que a título de exemplificação, repreende todos os abusos nas relações de consumo, bem como a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais que possam causar prejuízos aos consumidores (artigo 4º, inciso VI) sob pena da efetiva reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (artigo 6º, inciso VI). (FERREIRA, 2019).

Configuração do dano moral no direito comparado

O Código Civil Francês em seu artigo 1.382, dispõe que todo ato ilícito de qualquer pessoa, que cause danos a terceiros, obrigara o causador do dano a reparar o ato praticado, assim pode se extrair que, é amplo, abrangendo a totalidade dos bens – materiais e imateriais – que sejam objeto de lesão de direitos.

Contudo, cria-se uma controvérsia a respeito do que se reside na circunstancia de saber qual a natureza do dano “dommage”. Segundo Wilson Melo da Silva (1983. p.132): “a palavras dommage, tanto no código francês quanto no italiano, se emprega sem nenhuma limitação”.

Porém, em que pese a abrangência do texto, há doutrinadores na França que não admitem a reparação do dano eminentemente moral. Para outros tratadistas, os artigos que tratam do dano moral não devem ser interpretados. Amplamente na forma apontada.

Todavia, pelo que se observa, a reparação dos danos morais encontra-se amplamente consolidada quer seja na doutrina, quer seja na jurisprudência. Posto que não há na jurisprudência francesa nenhuma hesitação sobre o princípio da reparação do prejuízo moral.

O direito Civil italiano, como o francês, admite em seus textos a reparação dos danos morais. Contudo, no país essa admissibilidade paira apenas nos casos de ilícitos penais. Existem autores que só admitem a reparação, desde que ocorra reflexo no patrimônio material.

Já no direito alemão, a noção do dano de ordem moral é antiga, isto porque o mesmo sofreu considerável influência do direito romano. A doutrina alemã dava primazia à dor física, sendo que as hipóteses legais que embasavam a súplica de indenização por danos morais na Alemanha estavam contempladas no BGB (Burgerliches Gesetzbuch), artigos 847 a 1.300. (CARMO, 1995).

Surgiu assim o chamado “SCHMERZENGELD”, instituto jurídico que assegurava não somente a reparação por angústia e dores, eis que os danos morais, em sua plenitude, abrangiam toda e qualquer aflição, restando dissipadas de vez as restrições existentes nos artigos 847 e 1.300 do BGB. (CARMO, 1995).

O direito português, que também se inspirou no direito romano, de há muito consagra a reparação do dano moral. Com base em tais parâmetros e tendo como norte o Código da Prússia, que previa o pagamento do Schmerzengeld admitia o direito português a reparação do dano moral, segundo os seguintes critérios (CARMO, 1995):

- a) valor da afeição, além dos prejuízos materiais quando o dano fosse feito por acidente

nos bens da fortuna; b) no caso de morte, o homicida era obrigado a indenizar a viúva e os filhos do morto, das despesas da tentativa de cura e do leito, bem como dar aos ditos filhos, alimentos, educação e dotes, conforme as suas faculdades, sem atenção aos bens que ficaram do defunto, nem a quaisquer outros subsídios que pudessem aqueles haver; c) no caso de ferimento de mulher solteira, que lhe tornasse difícil o casamento, o ofendido devia dotá-la; d) nos ferimentos a outras pessoas, eram devidas reparações, não só pelo tratamento e impedimento de trabalhar, mas, também, pelas dores. (CUNHA, 1983).

Na Polônia a reparação do dano moral é expressamente concedida pelos arts. 165 e 169 do Código das Obrigações, em vigor desde 1º de julho de 1.934, sendo que idêntica disposição vem abrangida no art. 93, § 1º, do projeto do futuro Código Civil daquele país. (CARMO, 1995).

O artigo 1.078 do Código Civil da Argentina assegura a reparação do dano moral, em relação aos ilícitos penais. (SANTIAGO GUBERN, 1995 p. 111.) A controvérsia, para variar, está em se indagar se o referido dano estaria limitado ao ilícito penal, ou se poderia também estender aos ilícitos civis. A jurisprudência, no entanto, tem adotado interpretação extensiva, pois defende o alargamento do citado artigo às questões cíveis. A exegese supra mostra-se correta quando admite de forma bem ampla os danos morais, haja vista que o artigo 1.068 do Código Civil argentino é de clareza solar ao se referir a danos praticados à pessoa, seus direitos e faculdades, afirmando inclusive que o dano moral é apreciável em dinheiro, nos termos dos arts. 1.078 e 1.083 do mesmo Codex. (CARMO, 1995).

A reparação do dano moral

Conforme demonstrado, a discussão sobre a possibilidade ou não de indenização por danos morais ainda está encerrada. Porque, diferentemente da indenização por danos materiais, pois a mesma pode calcular objetivamente o valor dos danos e, nos danos morais, a quantificação dos danos é muito importante. Mais complexo.

Existem dois sistemas de indenização por danos morais existentes: o sistema de honorários e o sistema público, sendo que o primeiro sistema corresponde ao “valor predeterminado, legal ou jurisprudencial, da indenização, onde o juiz aplica as regras a cada caso concreto, observando os limites de valor determinados.” Em segundo lugar, o juiz tem autoridade para “determinar subjetivamente o valor correspondente à reparação/compensação do dano”.

O objeto de liquidação da indenização por danos morais é o valor da indenização pelos danos extrapatrimoniais sofridos. A ideia incontornável é que, na prática, a natureza do objeto da liquidação exige arbitragem, uma vez que simples cálculos ou itens não são factíveis, em espécie.

No que se refere à prova pericial na arbitragem, entende-se que tal prova é de pouca ou nenhuma importância devido à falta de provas materiais para investigar.

Muitos autores como Cavalieri (2012), acredita que a arbitragem é a melhor forma de determinar a indenização por danos morais, já Gonçalves (2012), faz uma inteligente crítica ao arbitramento, afirmando que não há defesa eficaz contra uma estimativa que a lei submeta apenas ao critério livremente escolhido pelo juiz, porque, exorbitante, ou ínfima, qualquer que seja ela, estará sempre em consonância com a lei, não ensejando a criação de padrões que possibilitem o efetivo controle de sua justiça ou injustiça.

Direitos sociais previdenciários

Princípios da seguridade social

Em geral, a dignidade humana é um dos princípios importantes do direito brasileiro. Afinal, já é ofertado no art. Artigo 1º da Constituição Federal. É considerado um dos fundamentos do estado de direito. Portanto, não pode deixar de incorporar os princípios do direito previdenciário. Isso ocorre antes de tudo porque o princípio objetivo do campo é ajudar os seres humanos a viver.

Ainda assim, é difícil conceituar uma vida digna. Portanto, costuma-se entender a dignidade da vida humana como a satisfação das condições básicas de vida e integridade do ser humano. Nesse sentido, a sobrevivência e o gozo da liberdade são indispensáveis em si mesmos. Abaixo desse nível, se houver sobrevivência, não há dignidade.

Devido às diferenças socioeconômicas já destacadas, nem todos conseguem garantir a sua existência de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, surgindo assim o dever de proteção do Estado. Daí a existência da Lei da Previdência Social.

O princípio da solidariedade social é talvez a melhor interpretação do direito previdenciário. Ele direciona todas as medidas de proteção do Estado e também a responsabilidade coletiva da sociedade em financiar, direta ou indiretamente, a seguridade social consagrada na Constituição Federal. Este princípio é, assim, o caráter e a base dos objetivos principais do direito previdenciário. Claramente, deve agir de acordo com os princípios da dignidade humana. No entanto, é ele quem intensifica as funções já mencionadas.

As contribuições diretas são pagamentos diretos, como doações ao INSS. Por pagamentos indiretos, entendemos a parcela dos impostos arrecadados que vão para a previdência social. Deve-se notar que está alocação é determinada pelo orçamento público. Dessa forma, garante-se o acesso e a assistência dos cidadãos aos benefícios previdenciários.

Apesar de visar a manutenção de uma vida digna através da solidariedade social e da prestação de prestações pecuniárias, é importante ter em conta que o montante destinado a efeitos de segurança social advém de um determinado ponto. Conforme mencionado anteriormente, a receita pode vir de distribuições de contribuições diretas e impostos recolhidos. No entanto, eles devem corresponder à quantidade de benefícios prometidos.

Dessa forma, o princípio do equilíbrio econômico refere-se ao equilíbrio entre o valor arrecadado e repassado à Previdência Social e o valor repassado em benefícios. Se não houver alinhamento nessa diferença, podem surgir desequilíbrios econômicos. Isso acaba levando a um déficit previdenciário. Portanto, os mais afetados serão aqueles que necessitam de benefícios da Previdência Social. Isso porque os ganhos podem continuar sendo prejudicados. É, pois, imperativo que os orçamentos públicos consigam manter este equilíbrio de forma a responder às emergências não só de imediato, mas também no planejamento a longo prazo.

Assim como o direito do consumidor, o direito previdenciário se baseia no princípio de proteger os menos favorecidos. Afinal, a relação previdenciária é estabelecida entre o indivíduo e o Estado. E, de um modo geral, os indivíduos que recorrem à Previdência já precisam de apoio devido às condições socioeconômicas. Portanto, colocá-los em pé de igualdade pode violar os

princípios da dignidade humana e da solidariedade social. Dessa forma, as normas previdenciárias devem sempre ser interpretadas em favor dos menos favorecidos.

O princípio do não retrocesso é bem conhecido no direito do trabalho. No entanto, também existe na legislação previdenciária. Está intimamente relacionado com o princípio previsto de proteção insuficiente. Isso porque afirma que os direitos concedidos não podem ser retirados. Contribuindo assim para a subproteção.

No entanto, isso não significa que as mudanças não possam ser feitas. Em vez disso, os legisladores podem modificar a legislação previdenciária, especialmente para levar em conta as mudanças sociais e aderir ao princípio do equilíbrio econômico. E, com base nisso, entrou em cena a reforma da previdência, por exemplo.

Dano moral previdenciário

Constitucionalidade do dano moral previdenciário

A Constituição Federal é a regra suprema do país e traz todas as normas e princípios a que se regem as demais leis vigentes no país. Não pode ser diferente em se tratando do sistema do dano moral e do direito previdenciário, pois o princípio da constitucionalidade dos atos protege e garante o bom funcionamento do estado social e democrático de direito, repudiando todo e qualquer ato que fuja à legalidade ou violem a Constituição Federal.

O artigo 6º da Constituição Federal estabelece claramente que a previdência social é um direito social, semelhante aos direitos à educação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, à saúde, à alimentação, ao lazer, à segurança, à proteção da mãe e do filho e à assistência ao desamparado, exceto pela dignidade da pessoa humana Além das garantias básicas (art. 1º, III, CF), como princípio supremo do Estado Democrático de Direito. (BRASIL. 2023).

Segundo Eudes Andre Pessoa (2011) os direitos sociais surgiram no contexto da Revolução Industrial no século XIX, quando as máquinas começaram a substituir as pessoas, resultando em alto desemprego, miséria e trabalho excedente, criando desigualdades sociais imensuráveis. Diante dessa situação, o Estado foi obrigado a criar um mecanismo de proteção ao trabalho e a outros direitos como saúde, educação, lazer etc., que reduzisse o grau de contraste existente na sociedade da época. Porém, seu apogeu ocorreu no século XX com o marxismo e o socialismo revolucionário, pois como questão política, os direitos sociais impediriam que o socialismo derrubasse o capitalismo.

Os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando ainda consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CF/88) (BRASIL. 2023).

O caráter alimentar dos benefícios previdenciários constitui expressão da fundamentabilidade dos direitos sociais, parte dos direitos fundamentais do ser humano, eis que visam criar condições de sobrevivência das pessoas no momento em que estão sob contingências em suas vidas. Nestas condições os benefícios previdenciários e a renda mensal que eles proporcionam são vitais à humanidade (*apud* ZIMMERMANN, 2012).

O direito à previdência social engloba também a proteção à maternidade como sendo um dos objetivos da assistência social, assegurando direitos como, por exemplo, a licença a gestante. A proteção à infância tem natureza assistencial com dispositivo regulamentar próprio, qual seja o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Por fim, a assistência aos desamparados, que independe de contribuição à seguridade social, visa garantir a Dignidade da Pessoa Humana através de benefícios como, por exemplo, o amparo social ao idoso (PESSOA, 2011).

Responsabilidade do estado frente ao dano moral previdenciário

A responsabilidade civil do Estado visa reparar os danos causados a outrem por atos ou omissões decorrentes do exercício da administração pública. Essa responsabilidade advém das atividades exercidas pelo Estado no âmbito dos poderes executivo, legislativo e judiciário. A responsabilidade é inerente à existência de obrigações legais. Estabelece o dever do Estado de indenizar terceiros pelos danos causados por seus agentes no curso do desenvolvimento das atividades da administração pública. As responsabilidades do Estado podem ser contratuais e extracontratuais. As responsabilidades contratuais são bilaterais, ou seja, decorrem da vontade das partes, podendo ser pactuadas privadamente por meio de contrato de direito privado, ou pactuadas publicamente, caso em que são estipuladas por contrato administrativo.

Com efeito, o direito à segurança social insere-se na categoria dos direitos fundamentais, cujo cerne é o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento deste país. Representam, assim, a garantia de uma vida digna para os segurados do sistema geral de previdência social que, atingidos pelas contingências previstas em lei, não conseguem sustentar a si mesmos ou a suas famílias com o trabalho. Essa possibilidade também ajudará seus dependentes.

Segundo Campos (2010), os vícios na concessão de benefícios previdenciários podem ocorrer: no processo administrativo de concessão de benefício previdenciário; no ato administrativo de concessão de benefício previdenciário; e em relação à análise dos requisitos dos benefícios previdenciários.

A aplicação das normas gerais que regem os procedimentos administrativos é secundária, conforme prescreve o art. Artigo 69 da Lei, procedimentos administrativos específicos continuarão a ser regidos por sua própria lei nacional, aplica-se apenas anexo ao disposto nesta Lei. A administração pública é obrigada a conduzir o procedimento administrativo da melhor forma possível e deve analisar o pedido feito pelo segurado ou beneficiário, observado o devido processo legal.

Os processos administrativos previdenciários apresentam real conteúdo processual e devem obedecer ao princípio constitucional do devido processo legal. Este princípio cria as seguintes garantias constitucionais que devem ser observadas: o direito constitucional de petição; o princípio do confronto e defesa ampla; princípio da motivação para a tomada de decisão; princípio da publicidade da conduta administrativa.

O processo administrativo previdenciário deve garantir aos segurados e dependentes o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), de forma que os atos sejam praticados com objetividade e dentro da previsão normativa, sem surpresas aos beneficiários, a fim de que eles possam exercer os direitos correlatos à ampla defesa de seus interesses, com ampla produção probatória e argumentação fática, bem como o contraditório em relação aos fatos e pro-

vas que lhe forem desfavoráveis, em obediência ao disposto no art. 5º, LV da Constituição de 1988 e no art. 2º, caput e parágrafo único, da Lei 9.784/99. A falta de clareza e objetividade do processo administrativo previdenciário, bem como a restrição à argumentação fática, a limitação à produção de provas e a ausência ou restrição do contraditório podem implicar em abalo moral ao segurado e dependente, além de ofensa maior a Carta Magna de suprimir direitos e garantias fundamentais. (CAMPOS, 2010, p. 96).

O procedimento administrativo previdenciário deve orientar sua decisão de forma que o requerente compreenda as razões dessa decisão da administração pública. A falta de motivação indevida impossibilita o recorrente de impugnar o mérito do ato administrativo, bem como impossibilita o controle do ato administrativo público. A legislação não especifica se o indeferimento do pedido de benefício previdenciário é requisito para a propositura de ação judicial previdenciária. Com efeito, o interesse da agência não se caracteriza pelo indeferimento do pedido na esfera administrativa, mas pela lesão ou ameaça de lesão aos direitos do agente.

O poder judiciário tem a responsabilidade de zelar para que os procedimentos administrativos previdenciários respeitem os princípios norteadores do sistema constitucional. Se um processo administrativo se desenvolver sem o devido processo legal, ou mesmo sem incentivo para se chegar a uma decisão, o ato deve ser declarado nulo.

Administrado pelo judiciário, nesse caso, a intervenção judicial consistiria em pedir à administração pública que refizesse todo o procedimento, tomando uma decisão imparcial, com base nos princípios que norteiam o procedimento administrativo previdenciário.

Nos casos em que se verifique a ilicitude do procedimento administrativo de concessão de benefícios previdenciários, o procedimento de divulgação desse ato é anulado pelo poder judiciário. A fim de restabelecer a legitimidade do procedimento administrativo, as autoridades judiciárias decidirão pelo reinício do procedimento administrativo, fixando prazo razoável para que o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) dê provimento ao pedido de benefício previdenciário, respeitadas as normas normativas da administração previdenciária. Procedimento, sem afetar as responsabilidades dos funcionários públicos.

O direito aos benefícios previdenciários requer análise administrativa prévia. A inexistência de indeferimento administrativo acarreta a inexistência de ação por falta de interesse na ação, pois o indeferimento administrativo caracteriza o pedido negado e autoriza o segurado a ingressar com ação judicial.

A concessão do benefício previdenciário exige que o servidor público verifique se o requerente preencheu todos os requisitos legais, que são de caráter objetivos, para a concessão do benefício pleiteado, não competindo a aplicação de juízo de conveniência e oportunidade, por ser um ato vinculado do servidor do INSS. (CAMPOS, 2010).

A responsabilidade civil pela reparação dos danos causados pelos administradores públicos independe da verificação de seu dolo ou culpa, sendo esta responsabilidade objetiva do Estado. No entanto, enquanto o estado não for responsabilizado por acidentes de reparo, encontrar dolo ou culpa.

O dano causado à vítima servirá de parâmetro para os juízes determinarem o valor da indenização por danos morais. Além disso, o estado pode ajuizar ações retroativas contra os

servidores públicos por danos causados ao estado se for constatado que eles foram negligentes ou dolosos ao negar benefícios previdenciários.

Dano moral em razão dos descontos sucessivos nos benefícios previdenciários sem a ciência dos segurados

De acordo com a orientação padronizada da seguridade social, o titular de políticas do INSS tem a possibilidade de abrir uma série de opções, e uma série de opções é apreciada do que uma série de opções fornecidas pelos tomadores de crédito de varejo para desfrutar de crédito mais barato. Em face dessa situação, nos últimos anos, por meio de agências bancárias, algumas opções de crédito que se concentram na promoção do crédito do segurado foram criadas. Obviamente, o sistema salarial pode criar a possibilidade de expandir as condições de crédito para o segurado. O uso adequado definitivamente será tenha um valor enorme, que pode usar economia e equilíbrio e organizar as contas do segurado.

No entanto, muitas das entidades como as chamadas seguradoras ocasionalmente realizam desconto indevidamente nas contas dos segurados, o que destacam a vulnerabilidade dos sistemas de dados da seguridade social. O artigo 5º em seu inciso V, da Constituição Federal, que tipifica os direitos e garantias fundamentais, explica que todos possuem direito à indenização por dano material, moral ou à imagem.

Partindo dessa premissa, temos que constituem elementos da responsabilidade civil: a) a existência de ato comissivo ou omissivo, caracterizado por uma conduta humana positiva ou negativa que dê causa ao evento danoso; b) dano, que pode ser moral ou patrimonial; c) nexos causal entre o ato comissivo ou omissivo e o dano; e d) culpa (genérica, ou *lato sensu*) do agente que praticou o ato. No âmbito dos serviços bancários, no qual se enquadra o banco e seus agenciadores, a responsabilidade civil se desenha à luz da teoria objetiva, derivada do risco inerente ao exercício de tal atividade, de modo que está responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores, nos termos dos arts. 14 do Código de Defesa do Consumidor e 927, parágrafo único, do Código Civil. (BRASIL, 2021). Senão vejamos um julgado do Tribunal Superior:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DANOS CAUSADOS POR FRAUDES E DELITOS PRATICADOS POR TERCEIROS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FORTUITO INTERNO. RISCO DO EMPREENDIMENTO. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros – como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos –, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno. 2. Recurso especial provido. (BRASIL, 2011).

E ainda confirmando esse entendimento podemos destacar a Súmula nº 479, do Superior Tribunal de Justiça que determina que: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.” (BRASIL, 2002).

Ademais, a Lei 8.213/91 trata em seu artigo 114 e s. sobre as normas relativas a descontos em folha de pagamento dos beneficiários do INSS estabelecendo que, salvo os dispostos em lei, o benefício não pode ser objeto de sequestro, penhora ou arresto. Adiante o artigo 115 do mesmo dispositivo estabelece de forma específica os tipos de descontos que podem

recair sobre o valor do benefício, quais sejam: Imposto de Renda retido na fonte, pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamentos mercantis concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, públicas e privadas, quando expressamente autorizado pelo beneficiário, pensão de alimentos decretada em sentença judicial, contribuições devidas pelo segurado à Previdência Social, pagamento de benefício além do devido e mensalidades de associações e demais entidades de aposentados legalmente reconhecidas, desde que autorizadas por seus filiados (BRASIL, 1991).

Esse comportamento leva à condenação de danos materiais e morais sofridos pelo segurado, o que representa a parte vulnerável das relações administrativas e administrativas, e é muito impotente na frente de instituições bancárias e empresas de crédito que efetivam contratos de consignação sem a autorização do detentor dos beneficiários. No entanto, para configurar a previdência social e as perdas morais para obter o desconto de benefícios impróprios, a seguradora também deve provar essa situação. Além de seus danos e danos do agente público, no entanto, não é necessário, mas para prove a intenção do agente ou da GUI interna, ela será investigada pelas próprias autoridades municipais. Essa evidência é baseada no aumento ou agravamento da compensação por danos morais e se esforça para se esforçar para os não civis do instituto.

Sobre o tema explica Campos que compete ao segurado ou ao dependente, vítimas de atos lesivos praticados pelos agentes públicos do INSS, provar a ocorrência do mesmo em relação ao seu benefício previdenciário, o dano moral e nexos de causalidade entre a conduta do agente público e o dano por ele sofrido. Não há necessidade de provar culpa ou dolo do servidor do INSS. No entanto, se configurada e provada a culpa ou dolo, além de gerar ação regressiva do INSS contra o agente infrator, estes elementos têm o poder de agravar e majorar o valor da reparação moral, dado o caráter pedagógico e, por suas vezes, punitivo deve acontecer (NUNES, 2019).

No final, é necessário ser mais cauteloso ao autorizar os benefícios do bem-estar do beneficiário para evitar os descontos que podem ser propostos, porque esse comportamento constitui o dano material da pessoa segurada que reduz sua receita devido à dívida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista da exposição, se ela pode ser legalmente viável na lei para atender às necessidades do INS, verificando assim as respostas das perguntas centrais em doutrina e lei. O detentor da política é respondido porque não pode atender completamente às necessidades do detentor da política do INS, porque a distorção é enorme e as autoridades do governo federal devem ser corrigidas o mais rápido possível.

Portanto, os resultados de que podemos usar essa doutrina, lei e pesquisa jurídica apontam que nosso país precisa ajustar o ajuste do sistema salarial para complementar a legislação eficaz, para que o mecanismo de criação possa conter fraude e falta de transparência, resultando em transparência através do contrato. Links de benefícios da previdência social e crédito aberto.

O fato é que hoje, sob as circunstâncias das agências judiciais, a demanda pelos processos de litigantes se intensificou e revelou a negligência da execução automática de serviços pú-

blicos. Como seguradora, as deficiências perante as regras nacionais, essa realidade se tornou as normas e princípios básicos da Constituição, como o princípio da dignidade humana.

Portanto, o fracasso do atraso ou impedir os segundos que se atrasam para obter o direito de manter o direito da vida é um crime de seguridade social básica, porque eles abalarão os ferimentos feridos, o que fará com que a proporção repare danos morais e justa compensação. Essa compensação não eliminará a memória do segurado, e o desaparecimento é sofrido, mas se vingará do abuso do INSS, para não os repetir.

Uma sugestão seria que a legislação aprimore o sistema de autenticação do contrato. Durante esse período, todo e qualquer nome de empréstimos salariais de nomeação e cartões RMC (Reserva de Margem Consignável) foram assinados pelo reconhecimento das partes porque era um veículo a motor usando o sistema de transferência. Ele definitivamente evitará vendas fraudulentas de agentes intransigentes com boa governança de instituições bancárias.

Além da maior eficácia da Agência de Seguridade Social para supervisionar o contrato com a lei salarial, pode impedir amplamente o abuso de empréstimos sem obter a autorização apropriada de aposentados e aposentados.

REFERÊNCIAS

BRASIL, SANTA CATARINA. Justiça Federal. Seção Judiciária de Santa Catarina (4. Vara Federal de Criciúma). 2021. Sentença. Procedimento do Juizado Especial Cível nº 5010341- 69.2020.4.04.7204/ SC. Matheus Lolli Pazeto, 28 de setembro de 2021. Criciúma: TJSC, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-centavo.pdf>. Acesso em 14/04/2023.

BRASIL, SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (4. Câmara de Direito Comercial). 2019. Apelação Cível n. 0301521-65.2017.8.24.0001. Relator: Desembargador José Carlos Carstens Köhler. Julgado em 13 de agosto de 2019. Disponível em: https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/search.do;jsessionid=A0C3737E94980_2E09882019DF1DEB8F8.cposgtj2?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=0301521-65.2017. Acesso em 14/04/2023.

BRASIL. Presidência da República. 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 14/04/2023.

CAHALI, Yussef Said. Dano moral. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

CARMO, Júlio Bernardo do. O dano moral e sua reparação o âmbito do direito civil e do trabalho. Revista TRT, download n. 54. 1995.

CASTRO, Josué de. Geografia da fome. O dilema brasileiro: pão ou aço. 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CAMPOS, Wânia Alice Ferreira Lima. Dano moral no direito previdenciário: doutrina, legislação, jurisprudência e prática. Curitiba: Juruá, 2010.

CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CUNHA GONÇALVES. Tratado de Direito Civil, tomo II, vo. XII. 1983.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Assembleia Nacional Constituinte Francesa. Versalhes, 1789. In. Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. São Paulo, 1978. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores->

C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em 12/04/2023.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA, Lara Lorena de Jesus. Dano moral no direito previdenciário: aplicabilidade e responsabilidade civil de indenizar. Monografia apresentado ao Núcleo de Trabalho Científico do curso de Direito da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da professora Me. Kátia Rúbia da Silva Paz. ANÁPOLIS – 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. 2. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO, Nehemias Domingos de. Dano Moral: Problemática do Cabimento à Indenização do Quantum. 2º Ed.- ATLAS, 2011.

NUNES, Givaldo Daniel. O Dano Moral no Âmbito Previdenciário e a Responsabilidade do Estado. Disponível em: https://lex.com.br/doutrina/_27631019_o_dano_moral_no_ambito_previdenciario_e_a_responsabilidade_do_estado.aspx. Acesso em 14/04/2023.

PESSOA, Eudes Andre. A Constituição Federal e os Direitos Sociais Básicos ao Cidadão Brasileiro. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=962. Acesso 12/04/2023.

SILVA, Wilson Melo da. O Dano Moral e sua Reparação; Dano Moral, 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SIQUEIRA, Fernando Guimarães. O dano moral e a dificuldade na sua quantificação. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Profa. Dra. Márcia Michele Garcia Duarte. Macaé 2017.

STOLZE, Pablo; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TELLES, Inocêncio Galvão. Direito das Obrigações. Coimbra Editora, 6ª Ed. 1999.

WALD, Arnoldo. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1989.

ZIMMERMAN, Diego. O Dano Moral no Direito Previdenciário. Publicado em 2012. Disponível em: <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1105/Diego%20Zimmermann.pdf?sequence=1>. Acesso em 12/04/2023.



Direito à privacidade na internet: a efetividade da lei geral de proteção de dados no âmbito digital brasileiro

Right to privacy on the internet: the effectiveness of the general data protection law in the brazilian digital scope

Ygor Chaves

Discente do 9º Período do Curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Uninorte

Simmel Sheldon de Almeida Lopes

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Acre. Pós-graduado pela Faculdade Intervale em Direito Administrativo e Econômico. Pós-graduado pela Faculdade Intervale em Direito de Família. E pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Damásio

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.188.11

RESUMO

O presente estudo busca discorrer sobre a privacidade na internet, e destacar a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados, com o intuito de gerar debate acerca de possíveis modificações e melhorias sobre o tema, bem como estudar a melhor forma de adaptação a realidade brasileira, visto que tal dispositivo se gerou por influência externa. Dando-se a abordagem de forma qualitativa, pois é feito o aprofundamento e levantamento amplo das questões sobre o objeto de pesquisa, objetivando a análise das leis, e sua efetividade, criadas com o intuito de solucionar a problemática ora debatida neste presente estudo. Toda a pesquisa foi proposta em cima de três pilares principais que foram: a descrição das principais características da Lei Geral de Proteção de dados, bem como sua construção histórica; Da análise de como tem sido tratados os dados do usuário na internet desde que a Lei geral de Proteção de Dados foi implementada; E claro, da observação do paralelo entre a mudança idealizada com a LGPD e de como vem sendo feita essa proteção desde sua implementação, para assim, avaliar se a intenção atualmente está sendo satisfeita.

Palavras-chave: dados. privacidade. proteção. efetividade. internet.

ABSTRACT

This study seeks to discuss internet privacy, and highlight the effectiveness of the General Data Protection Law, in order to generate debate about possible modifications and improvements on the subject, as well as to study the best way to adapt to the Brazilian reality, since such device was generated by external influence. Taking the approach in a qualitative way, as it is made the deepening and broad survey of the questions about the object of research, aiming at the analysis of the laws, and their effectiveness, created with the intention of solving the problematic now debated in this present study. The entire research was proposed on top of three main pillars which were: the description of the main characteristics of the General Data Protection Law, as well as its historical construction; Analysis of how user data has been treated on the internet since the General Data Protection Law was implemented; It is clear from the observation of the parallel between the idealized change with the LGPD and how this protection has been done since its implementation, in order to assess whether the intention is currently being satisfied.

Keywords: data. privacy. protection. effectiveness. internet.

INTRODUÇÃO

Este estudo aborda o elemento relativo da efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados, visto que tal matéria foi recentemente aderida pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo assim, possivelmente está incompleta, ainda mais se considerar o avanço constante da tecnologia, por isso, o debate, e conseqüentemente, a adequação da regulamentação deve seguir em paralelo a esse avanço.

Nesse contexto, o estudo propões uma maior discussão gerando um melhor entendimento sobre o tema, disso poderá surgir melhorias e até mesmo outros pontos ainda não discutidos, que podem estar passando despercebidos, e que tem potencial para provocar modificações

necessárias na Lei Geral de Proteção de Dados, bem como em possíveis matérias semelhantes.

O estudo aborda sobre as fragilidades e brechas da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), e por conseguinte, versa sobre o Direito à privacidade, buscando entender a complexidade e diversos pontos de análise sobre a matéria.

Inicialmente, será discutido acerca das características da LGPD, entendendo sua construção histórica através do surgimento do direito à privacidade no mundo físico, com raízes na Constituição Federal de 1824.

Passando por toda a evolução histórica se compreende como os dados se tornaram peça fundamental no ramo dos negócios, sendo de suma importância a manutenção do privilégio das empresas para obtenção desses dados, uma vez que suas receitas são provenientes desse aspecto. Buscando destacar a linha tênue que distingue o momento em que isso deixa de ser um interesse econômico e vira uma ofensa à privacidade do usuário.

E por último, dá ênfase no detalhe de que a efetividade da LGPD tem seu limiar estabelecido na atuação pertinente do órgão regulador, que se trata da Autoridade Nacional de Proteção de Dados brasileira. Ou seja, o aprofundamento a respeito desse órgão é vital no presente estudo.

OS MOTIVOS GERADORES DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E SUA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA

A antropologia diz que para se ter o devido julgamento acerca de uma cultura, se deve ter o real entendimento dos meios e ferramentas das quais ela se utiliza, pois estes formam caminhos para o desenvolvimento tanto tecnológico, como também das formas de comunicação desta com o mundo. E a internet tem se mostrado uma ferramenta importante de desenvolvimento nas mais diversas culturas pelo globo. Essa tecnologia de informação está desencadeando uma série de transformações na forma de se expressar e comunicar do ser humano moderno.

Há cerca de 4 décadas, as principais ferramentas de comunicação eram o telégrafo e o telefone, e apesar dos computadores já existirem, suas funções se restringiam a fazer cálculos e armazenar algumas poucas informações. Isso tudo para ter fins exclusivamente científicos e também atender propósitos de governos.

Porém, esse leque de possibilidades do computador foi se expandindo gradativamente e hoje se tem o entendimento de que esse limite é basicamente temporal, os computadores, só estão limitados a sua época, conforme o tempo vai passando e novas tecnologias vão surgindo esses limites computacionais vão sendo quebrados. Prova disto é que antigamente, um único computador chegava a ocupar salas inteiras, e atualmente existem modelos que são carreados dentro de uma pequena bolsa, e suas funções se estenderam para além de cálculos, hoje são usados para organização, análise, armazenamento, propagação de informações, e até mesmo para diversão.

O surgimento da internet intensificou isso de uma forma inimaginável, pois como expõe Lévy (2010) os meios de propagação antes dela eram do tipo “um-para-todos”, já o que a internet trouxe foi a relação “todos-para-todos”, onde todo mundo podia compartilhar informações com

todo mundo.

A princípio isso seria ótimo, e de fato foi, por alguns fatores, como a integração facilitada e a melhor disseminação de informações, o que conseqüentemente ocasionaria avanços tecnológicos de forma mais rápida e eficiente por meio da inteligência coletiva, mas a internet se mostrou uma faca de dois gumes, pois enquanto poderia ser usada para as boas causas já especificadas, também deu abertura para a ação de agentes maliciosos e tornou suas tramas significativamente mais fáceis, visto que com a facilitação desse acesso a informações, elas ficaram vulneráveis, bem como a organização ou indivíduo da que as mesmas se tratam.

Nisso, destaca Dertouzos (1997), que logo no princípio dessa invenção, preocupações e discussões já foram evidenciadas com intuito de organizar ferramentas para o efetivo controle da nova tecnologia, para que não comprometessem informações consideradas importantes. O próprio autor da citação anterior se mostrava bastante pessimista quanto a efetividade desse controle, visto as propriedades da internet eram muito peculiares.

Nascimento do direito à privacidade e sua mobilidade através dos diversos meios

Antes de prosseguir com o estudo da efetividade do dispositivo elencado neste artigo, é importante entender suas raízes históricas, que foram se formando ao longo de séculos, por isso destaca-se como um fator importante a elaboração de uma retrospectiva ao logo dessas várias gerações, para que se possa ter um entendimento de como este direito se tornou essencial.

Sua construção através do surgimento do direito à privacidade no mundo físico, tem as raízes fincadas na Constituição Federal brasileira de 1824, ao tratar da matéria em simples casos, como o exemplo da proteção do “segredo da carta”, destacado por Soares (2020, p.9):

Com o objetivo de distinguir o fato gerador do direito à privacidade deve-se retornar à Constituição de 1824, mais conhecida como Constituição do Império, momento em que estava sendo proposto um nascente direito à privacidade ao proteger o “segredo da carta” e a “inviolabilidade da casa”. Tratando-se em outras palavras de um direito principiante, que se encontrava em construção.

Ou seja, a princípio, esse direito se referia a coisas extremamente simples e se mostrava através de meios físicos, do não acesso de agentes maliciosos aos meios físicos que podiam infringir a sua privacidade estabelecida. Mas seu conceito e entendimento, naturalmente passou por modificações, adotando outros pontos que a evolução humana promovia ao longo dos tempos, tendo assim uma diretiva mais ampliada. Não terminando sua contribuição, ainda destaca Soares (2020, p. 10):

Com o aumento do progresso tecnológico, dentre os quais pode-se citar as câmeras fotográficas portáteis, como exemplo, percebeu-se também o interesse das pessoas em promover fatos da vida privada e fofocas de formas sensacionais. Em decorrência desse, entre outros fatos, houve a necessidade de se pensar sobre direitos da privacidade mais amplos. Por direitos privados entende-se que são aqueles que não envolvem apenas os meios físicos, como confidencialidade ou violação da carta residencial. Com o dispositivo legal que trata da difamação, inscrito no art. 139 do Código Penal, fica evidente que ele oferece proteção contra informações falsas e não contra informações reais, mas privadas

Migração do Direito à Privacidade para o Mundo Virtual e Surgimento da LGPD

Importante salientar aqui que, entende-se por “mundo Virtual”, toda a digitalização que foi criada a partir da internet, toda a informação que é gerada e transportada através dela.

Logo na sua criação, eram comuns as perguntas do tipo “para que serve a internet?” “porque utilizar?”, mas nos tempos atuais, ela tem evoluído para se tornar um meio tão essencial como a eletricidade, visto que sua globalização tem sido exponencial ao ponto de mostrar que estava enganado quem no seu nascimento teve o pensamento de que ela seria apenas um meio alternativo e secundário de comunicação, pois, hoje se nota claramente que está tem ultrapassado os meios tradicionais de comunicação, principalmente entre os mais jovens.

Uma clara constatação desta substituição é destacada ao conferir o texto de Lemos e Levy (2010), onde os autores elucidam que não se trata de induzir ao menosprezo dos meios de comunicação até então utilizados e de seu poder na construção da opinião pública, mas de reconhecer que as novas tecnologias desenvolvidas têm abalado significativamente o domínio, para não dizer quase monopólio, dos veículos de comunicação anteriormente difundidos. Com o surgimento da internet, passou a ser possível a difusão de informações a partir de smartphones e redes sociais, onde se tem um efeito desencadeador em massa, dando acesso ao público geral na propagação de dados importantes e que poderiam levar a um abalo considerável na opinião pública, sobre certa questão. Um exemplo disso, é destacado por Corrêa (2013, p. 25):

No dia 21 de abril de 2012, milhares de pessoas foram as ruas nas principais Cidades do Brasil para se manifestar contra a corrupção no país. Esta data marcou a terceira marcha contra a corrupção no Brasil. A primeira aconteceu no dia 7 de setembro de 2011 e a segunda no dia 12 de outubro do mesmo ano. Todas elas foram organizadas pela internet, lideradas por grupos que usaram as redes sociais para convocar as pessoas à manifestação.

Outra prova bem emblemática deste acontecimento e da revolução da internet é o fato de que através dela, está se notando uma clara substituição até mesmo das relações pessoais para o meio digital, e isso tem uma ligação bem aparente com a forma que cada um pode apresentar a sua singularidade diante da internet, pois nela, essas características são expressadas de forma bem mais confortável pelo usuário, sem possíveis constrangimentos que poderiam ser ocasionados através de relações físicas.

Um exemplo não muito distante disso, é que durante a pandemia do Corona vírus, e diante do inevitável isolamento social, as empresas e seus funcionários dos mais diversos setores, se viram diante de uma grande adversidade, e precisaram se reinventarem e se adaptarem a uma nova realidade para que não fossem expulsos das atividades que praticavam, Neste contexto, muitos descobriram o *Home Office*, onde um funcionário não precisa estar presente fisicamente para desempenhar suas funções, mas poderia trabalhar de casa, através de um computador com acesso à internet, nisso surgiu um novo leque de possibilidades. É claro que essa realidade não poderia ser enquadrada a todos os ramos de atuações, certas atividades necessariamente teriam que ser desempenhadas de forma presencial, mas este acontecimento é um grande exemplo da revolução que foi desencadeada e possibilitada através da internet, desde sua criação, pois caso contrário, não seria tangível imaginar tal possibilidade. Diante de todo esse fenômeno, a pergunta antiga naturalmente se reverteu para a seguinte: “o que será que não é possível fazer através da internet e de suas ferramentas?”

Mas nem tudo se mostra diante de um cenário positivo, como tudo, a internet tem seus prós e contras e para ela foi migrada uma preocupação antiga no que tange à privacidade, pois a partir do compartilhamento frenético de dados e informações, se deu o fenômeno da “Big data”, onde se tem o grande acúmulo desses dados, e a constante demanda de empresas querendo aumentar seus lucros através do manejo deles, ou até mesmo de agentes maliciosos desconhecidos, com a intenção de simplesmente provocar um caos.

Então, naturalmente, diante do avanço tecnológico e a digitalização de meios e setores, que antes tinham seu funcionamento de forma exclusivamente física, o consumidor se mostrou vulnerável, pois esse é quem, na maioria das vezes, expõe suas informações nesses meios digitais, nesse contexto já surge a preocupação da sociedade como um todo sobre a forma que se utilizam e tratam esses dados nas empresas que os recebem, ou seja, se mostrou importante a inserção de um meio onde aquele que recebe as informações, bem como os que as manejam, de prestar contas ao titular das mesmas, fato este que já se mostrava pertinente em relação as informações físicas sobre os consumidores, como foi expresso no art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, já de 1990, que dizia:

Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. (BRASIL, 1990)

Essa previsão, apesar de não ter focado na questão digital, já se mostrou como uma fonte de grande inquietação, e hoje, com a automação na captação de dados, a facilidade que se tem acesso a estes, é absurdamente superior a capacidade que se tinha antigamente de coletar os mesmos por meios propriamente físicos. Portanto, o interesse em proteger tais dados, naturalmente, deveria acompanhar essa tendência e se acentuar, e foi o que de fato aconteceu.

Sob essa premissa então surge dispositivos específicos que tratam das formas que se deve agir e atuar na internet, pode-se citar aqui, sem se prolongar acerca deste, o exemplo do Marco Civil da Internet, que estabelecia princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, por este motivo, este dispositivo legal foi popularizado como a “constituição da internet”.

Como se pode notar, todas essas transformações sociais, culturais e tecnológicas, naturalmente tem sido acompanhada de novos entendimentos acerca do direito à privacidade, dessa forma, surge novas necessidades e criação de deveres que tratem da questão de maneira mais adequada que a previsão anterior e a mantenha em equilíbrio, sem que haja uma violação do novo conceito de privacidade. Dessa forma, o fenômeno da “Big data”, evocou a criação de uma nova regulamentação em cima da tramitação e compartilhamento de dados na internet, pois, estes, em grande parte das vezes, se referem ao comportamento do consumidor dentro das mídias sociais, portanto, tem uma clara ligação com a privacidade deste titular. Através deste entendimento, nasce então o dispositivo que se busca analisar a efetividade no presente estudo: A Lei Geral de Proteção de Dados.

A Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, que entrou em vigor na data de 18 de setembro de 2020, se mostra como uma fronteira no tratar do direito à privacidade no Brasil, pois ela pode ser vista como um marco no que se trata acerca do assunto, que existirá uma forma de tratar antes e após este dispositivo. Essa sensação de transição está fincada na ideia de preservar a intimidade e proteger a privacidade dos brasileiros, lhes dando a capacidade de requerer uma

prestação de contas sobre qual está sendo a finalidade do uso dessas informações, e assim, lhes garantir o direito de poder decidir sobre esse tratamento, de modo a exigir que tudo seja feito dentro dos parâmetros e princípios elementares estabelecidos pelo dispositivo estudado.

A compreensão acerca do tema desta lei se mostra diante de muitos desafios, visto que é um ordenamento que surgiu recentemente e que ainda não conhece seus limites, por isso, é vital a construção coletiva que está sendo feita acerca das fronteiras do mundo digital, e sobre seus fenômenos, bem como de seu potencial em criar uma sociedade mais inclusiva, democrática e desenvolvida, tanto sociologicamente, no compartilhar de ideias e pensamentos, como também no que se trata da tecnologia e ciência que este meio inevitavelmente fomenta e desencadeia.

Referência da LGPD e adaptação a realidade brasileira

Apesar de todos os aspectos do nascimento do direito à privacidade da web no Brasil já citados anteriormente, não se deve ter a falsa percepção de que o país foi pioneiro nessa empreitada, ao contrário, apesar de ter agido rapidamente na criação do dispositivo da LGPD, este tem boas referências estrangeiras, como elucida Pinheiro (2021, p. 10):

A liderança do debate sobre o tema surgiu na União Europeia (UE), em especial com o partido The Greens, e se consolidou a promulgação do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu n. 679, aprovado em 27 de abril de 2016 (GDPR), com o objetivo de abordar a proteção das pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, conhecido pela expressão “free data flow”. O Regulamento trouxe a previsão de dois anos de prazo de adequação, até 25 de maio de 2018, quando se iniciou a aplicação das penalidades. Este, por sua vez, ocasionou um “efeito dominó”, visto que passou a exigir que os demais países e as empresas que buscassem manter relações comerciais com a UE também deveriam ter uma legislação de mesmo nível que o GDPR.

Ou seja, esse movimento de aderência de uma norma que regulamentasse a matéria também foi muito motivado pelo aspecto de “não ficar de fora”, visto que os países da união europeia constituíam um importante bloco econômico, e uma não adequação a parâmetros semelhantes poderia prejudicar relações com os mesmos, logo, foi inevitável o “efeito dominó” acima citado pelo autor, e o Brasil foi incluído nisso.

Conceitos importantes

Antes de prosseguir, é importante definir alguns conceitos para melhor entendimento geral acerca de todas essas terminologias que serão possivelmente usadas no decorrer deste estudo.

Titular

Primeiro, define-se como titular o indivíduo a quem se tenta proteger os dados pessoais, ou seja, é o usuário no geral, uma pessoa natural, e que se expõe esses dados na internet, mesmo que as vezes de forma meio inconsciente.

Dados

Apesar das distinções, no geral, se considera como “dado” as informações que podem desempenhar um potencial, em que somente nessa informação não tem um uma significação de muita relevância, mas que através do entendimento e da interpretação da mesma, pode-se

chegar a um entendimento mais amplo de suas possíveis aplicações para gerar um resultado significativo. Sendo assim, ele é em suma, uma mina de conhecimentos que está vinculada a diversas finalidades de aplicação, seja para aumentar a competitividade, a lucratividade ou mesmo a melhor eficiência no que está sendo desempenhado.

Dados pessoais

Todas as informações que dizem respeito ao titular, pode ser desde a sua idade, até mesmo o número de IP do seu computador, perfil de consumo e histórico de busca, por exemplo.

Dados pessoais sensíveis

São referentes a personalidade de cada indivíduo, bem como suas escolhas, pode ser desde a etnia a opinião política e religiosa, ou ainda referente a vida sexual.

Consentimento no tratamento de dados

Bem, esse em regra, a maioria sabe, porém, é importante definir bem este termo aqui pois ele é super importante em algumas questões que serão tratadas a seguir. Define-se como consentimento no tratamento de dados toda livre manifestação, de forma convicta pela qual o titular autoriza o uso de seus dados pessoais para certa finalidade, não sendo único motivo aceito para o tratamento de dados, mas destaca-se, em teoria, como o mais vital e importante.

Importante entender também que o consentimento tem vários vieses, ou seja, pode ser interpretado de várias formas, como destaca Lima (2021, p. 67):

Embora o principal seja o de dar ao titular dos dados mais poder sobre o destino deles, há, inclusive, o de estar facilmente sujeito a fraudes e de ser contraintuitivo em muitos casos. Afinal, demonstrar uma manifestação livre, informada e inequívoca não é nada fácil.

Há, ainda, uma falsa ideia de que o consentimento é menos intrusivo do que outras bases legais, como o legítimo interesse, que não é uma carta branca para que as corporações façam o que bem entenderem, uma vez que depende de análises de finalidade e proporcionalidade para ser utilizada.

Agentes de tratamento

A quem o titular está fornecendo e autorizando o uso de seus dados, se trata de pessoa natural ou jurídica.

Controlador

O controlador está conceituado e definido no art. 5.º, VI: “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem compete as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”. Ou seja, o controlador é quem vai definir a finalidade na qual os dados serão usados, ele será um certo prestador de contas do seu uso.

Operador

O operador está conceituado e definido no art. 5.º, VII, LGPD como a “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome

do controlador”. Ou seja, o operador atua na figura de subordinado ao controlador, fazendo as tarefas que este último designa.

Dessa forma, o tratamento de dados sempre é realizado pelo controlador ou operador, e suas figuras são fundamentais para que as empresas que recebem os dados dos titulares estejam em conformidade com a LGPD.

Aplicação material e territorial

O dispositivo da LGPD deve ser aplicado a todo aquele que realiza o manejo de dados pessoais dos titulares, não importando se trata de uma organização privada ou pública, desde que se adeque ao menos a um dos requisitos:

- (I) ocorrer em território nacional;
- (II) que tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional;
- (III) que os dados tenham sido coletados no território nacional.

Sendo assim, o seu emprego na instituição, não depende de cidadania e não é aplicado quando seu uso não se dá em funções de lucratividade, a respeito dessa última hipótese pode-se citar o uso para meios jornalísticos e também de segurança, de acordo com o art. 4º, I, II, III e IV da LGPD.

Enquanto a terceira característica, ela não interfere na aplicação da LGPD fora do Brasil, para que aplicação alcance seus efeitos de forma extraterritorial, é necessário apenas que a coleta de dados tenha sido realizada em território nacional.

Mas apesar de tudo isso, ínfimo foi o progresso na tratativa da elaboração de um dispositivo para lidar com desavenças criadas entre países de soberania, no que se trata do direito à privacidade, e tudo que a ela se relaciona nesse aspecto. Uma das motivações dessa lacuna de um regimento internacional se mostra pelo fato de que os países, muitas das vezes, podem ter diferentes princípios e preferências e existe uma escassez de diálogo em comum, como destaca Lima (2021, p. 89):

Alguns países querem promover a democracia e a liberdade de expressão e outros querem manter uma política de controle, como China e Rússia. Logo, demonstra-se necessário um quadro que permita às nações o direito de desenhar a política da Internet de acordo com suas próprias necessidades e regras nacionais, evitando atropelar os direitos de outras nações soberanas, e, assim, desenvolver soluções comuns para as questões em que haja amplo consenso global.

Embora tenha feito tal afirmação, pode-se estender que é difícil desenhar tais soluções globais de forma plenamente uniforme, e ainda apesar da grande influência da regulamentação europeia, a mesma não consegue exercer isso de forma absoluta sobre os outros países. Mas, de acordo com os autores Robert Atkinson Nigel Cory e Daniel Castro (2019), alguns pontos podem ser definidos a partir da digitalização global e aceitação dos países para que haja esse tráfego entre eles de forma confiável, dentre esses pontos está justamente um dos requisitos para que uma empresa se adeque a LGPD no Brasil, que é ao contrário de estabelecer as organizações o local onde devem lidar com as informações, os governantes devem dar a responsabilidade as empresas pelo cunho administrativo das informações coletadas, de forma que não importa o

local em que estes dados são locados e armazenados. Sendo assim, as organizações que tem suas atividades dentro de certa nação, através do controle de dados e informações, devem ter consigo a responsabilidade de acordo com a nação referida, ou seja, independe se esses dados depois de serem coletados são analisados fora do país. Nesse exemplo, se um dado é coletado dentro do Brasil, a empresa deve se enquadrar nas regulamentações que este estabelece, não importando se eles são locados posteriormente na Europa.

A competência jurisdicional tem um fundamental valor no fluxo global de informações, para que essas possam transitar em segurança. Mas esse aspecto da não internacionalização de um entendimento de a quem a é essa competência, de forma a abranger as mais diversas situações e evitar um conflito entre normas, pode ser visto como um grande desafio ainda não resolvido pela LGPD, e outros dispositivos internacionais, podendo assim afetar sua efetividade no geral, bem como a do direito à privacidade de uma forma global.

O órgão regulador da LGPD

Para que se tenha a confiança de que de que os termos da LGPD seriam aplicados, foi necessário a criação de um órgão regulador, que atuaria como um fiscal no tratamento de dados dentro do território nacional, a esse órgão deu-se o nome de Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Esse órgão tem um valor vital como mediador entre as partes envolvidas, que vão do titular dos dados a empresa ou organização que coleta e trata dos mesmos, para que estela tudo em conformidade com o que estabelece o dispositivo, bem como com os poderes legislativo, judiciário e executivo, que devem estar continuamente a desenvolver medidas mais propícias para o tráfego de dados dentro do território nacional, e também analisando o que tem sido adotado em outras nações de referências, para que o Brasil esteja sempre atualizado nessa questão.

Muitos autores destacam que a criação da Autoridade Nacional de Proteção de dados (ANPD) se deu com o intuito de gerar mais estabilidade, como também segurança na aplicação e adequação da LGPD, pois no Brasil, diferente do eu acontece na europa, a previsão de tal lei se dá de forma bem ampla, fazendo como que caiba a ANPD, em conjunto com os poderes já citados, futuras modificações para melhor enquadramento na realidade social e econômica do país.

Os perfis adotados hoje pela ANPD são de abordagem preventiva e repressiva, nesse sentido, sobre o caráter preventivo seu dever se estabelece através da formatação de normas técnicas, elaboração legislativa, instruir uma conduta de boas práticas, baseadas na boa-fé, na fomentação de políticas públicas, de modo a conscientizar tanto as empresas dos seus deveres, como o consumidor de seus direitos, fazer relatórios descrevendo a taxa de concordância das empresas com o que foi estabelecido, recomendando possíveis correções e controle no tráfego de dados, fazendo a devida proteção.

Já no aspecto punitivo, pode-se citar sanção de medidas corretivas através do protesto do titular dos dados ou interessado.

O TRATAMENTO DE DADOS E A IMPLEMENTAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL

Como já abordado, o impulso de desenvolver um dispositivo que tratasse especificamente a proteção de dados pessoais, parte da observação sobre a forma que tem se dado o tratamento de dados nos negócios digitais, onde tais informações se tornaram grandes fatores de lucratividade, pois o usuário serve seus dados em razão do acesso as mídias sociais ou serviços, nesse contexto, e apesar de que esse acesso, a princípio, possa parecer gratuito, a informação passou a ser uma fundamental moeda de troca, podemos ver isso expresso nos dados trazidos por Lima (2020, p. 23):

Em 2004, o Facebook teve uma receita avaliada, inicialmente, em 0,4 milhões de dólares. Em 2014, suas receitas alcançaram a casa de 12,5 bilhões de dólares.³⁹ Por sua vez, a Google, em 2001, teve uma receita de 86,426 milhões de dólares. Em 2015, as suas receitas alcançaram a casa de 66,001 bilhões de dólares. E essas empresas operam com dados e informações.

De acordo com a LGPD, para que o manejo de dados seja feito de forma adequada, deve-se ter a autorização previa do titular e estar norteado pelos devidos princípios: o da finalidade, ao expressar claramente a motivação no tratamento de tais dados; bem como de sua necessidade, sendo assim, não é adequado estar motivado pelo acaso e sem a devida fundamentação; o princípio do livre acesso e da transparência com o titular, de modo a sempre prestar contas quando necessário; que o titular possa requerer tais informações a qualquer tempo; o princípio da segurança e responsabilidade, adotando medidas cabíveis para que os dados não acabem sendo expostos a quem não devia; e claro, o princípio da boa-fé, que deve ser basilar a todas as relações. Todos estes princípios, podem ser percebidos no art. 6º da LGPD.

A lei também traduz uma mudança de entendimento, ao dar ao titular esse direito e poder crítico sobre suas informações, como estão sendo tratadas, e ainda, traz uma proteção extra, pois ainda que diante da autorização desse usuário, as empresas só podem tratar os dados se atenderem aos outros princípios como o da finalidade e necessidade.

Sob a premissa desses princípios a LGPD, estabelece que as organizações devem promover uma atuação preventiva no manejo de informações, que estará sendo analisada pelo seu órgão regulador, e não esperar que lhe sejam impostas medidas punitivas pelo mesmo.

Como as empresas tem se adequando e evoluído na implementação da LGPD

Bem, já foi discutido sobre a aparente gratuidade das mídias digitais e também sobre o tráfego ágil e maciço de dados, através do uso em excesso das mesmas pelo titular, tal fator torna as plataformas em locais propícios para vícios, onde os usuários se mantem presos e atenciosos ao que está sendo transmitido, assim tornando o fornecimento de dados em uma bola de neve cada vez maior. Fenômeno esse bem interessante de se analisar pela perspectiva de que os usuários em tese são livres, mas escolhem ou são condicionados a ficarem presos diante dessas mídias.

Tal fenômeno e entendimento tem sido muito difundido pelas empresas que trabalham no tratamento de dados, de modo a ser usado como fonte de manipulação dos usuários, pois este comportamento é exatamente o desejado para manter as pessoas sempre conectadas, os algoritmos dessas mídias já são desenvolvidos sob a premissa dessa psicologia por trás do com-

portamento humano, de como fixar sua atenção, um claro exemplo disso são os vídeos de poucos segundos que muitas redes sociais aderiram, pois se sabe que o ser humano naturalmente não consegue manter o foco por muito tempo em uma única coisa, facilmente ele é levado a distração, portanto, vídeos curtos não dispersam a atenção do usuário, e a cada novo rolar da tela seu cérebro se mantém atraído. Mas é obvio que ocorre em paralelo a isso, um monitoramento de preferências, de modo que os usuários assumam comportamentos que vão ao encontro do que desejam os grupos que detém esse controle. Sendo assim, é criado, com base nos dados fornecidos, um avatar virtual de cada usuário, assim ele pode se enquadrar melhor em certos grupos e podem ficar vulnerável a possíveis manipulações sociais, políticas e de consumo.

Nesse contexto, apesar de ser muito legítimo e nobre esperar e ter a confiança de que as empresas sempre agirão com base na boa-fé, deve-se sempre reservar a atenção necessária nesse quesito, pois por mais que a próprias empresas tenham também esse interesse em estar em conformidade com os princípios estabelecidos pela LGPD, ao mesmo tempo elas não querem perder sua lucratividade.

O guia de adequação a LGPD para as empresas

Como foi visto, a LGPD tem seu efeito basilar nos princípios estabelecidos pela mesma, sendo assim, pode-se dizer que ela é uma lei principiológica, não dando um caminho exato e de forma prática que cada organização deve seguir para se adequar as suas diretrizes. São ideias um pouco vagas e amplas, que se juntam para que o tratamento de dados não seja feito de forma indevida e sem as devidas observações.

Apesar disso, podem-se imaginar possíveis trajetos para que suas especificações sejam atendidas de forma satisfatória pelas empresas no tratamento de dados. Portanto, vale aqui ressaltar alguns pontos essenciais que servirão de norte para as figuras do controlador e operador dentro dessas empresas. Nesse contexto, destaca-se o art. 18 do referente dispositivo, que define os direitos básicos do titular, onde as organizações devem ter a devida observância, são eles: a confirmação da existência de tratamento; o acesso aos dados; a correção das informações que não estão em conformidade, seja pela inexatidão ou desatualização da mesma; a possibilidade de fazer uma portabilidade para outro servidor; e ainda o direito de não conceder o consentimento, revogá-lo a qualquer tempo ou também anonimizar os dados fornecidos.

Já que o dispositivo não prevê como será feita essa adequação, cabe a figura do controlador arquitetar todas as estratégias e ferramentas que vão ser utilizadas para desempenhar o papel exigido pela LGPD.

Seguindo com mais um ponto principiológico, dessa vez sobre a transparência e a prestação de contas, é válido observar a previsão do art. 37 da LGPD ao estabelecer que “O controlador e o operador devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, especialmente quando baseado no legítimo interesse”. Esse ponto reforça a ideia que, a figura do controlar e do operador devem sempre se manterem atuantes na devida gestão dos dados do titular, para que consigam fornecer tais informações quando exigidas, mantendo assim, a relação com esse usuário transparente e tendo um controle de risco eficiente.

Outro ponto importante é o levantado pelo art. 46 da LGPD, ao definir que “os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os

dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito”. Mais uma vez, o dispositivo não estabelece como deve ser feito, apenas levanta a observação, contudo, já se nota que para a proteção dos dados do titular é de suma importância que seja implementado uma criptografia sobre tais informações, cabendo mais uma vez ao controlador se atentar a esse ponto, para que não haja o acesso de terceiros desautorizados.

Ressaltando esse último ponto, é vital salientar que não se trata apenas da criptografia do dado em si, mas também da adoção de medidas e proteções que impossibilitem ou dificultem o acesso a este. Através dessa perspectiva, pode-se destacar tanto as camadas de proteções físicas, ou seja, da inviolabilidade do local físico onde os dados estão registrados, como também proteções técnicas através da implementação de antivírus, *firewalls*, dentre outros, nos servidores onde os dados ficam coletados, como também medidas protetivas no aspecto administrativo já citado, através de procedimentos e condutas para contornar e reprimir possíveis ataques e incidentes.

É cabível que muitos encarem esse processo de adequação como bastante trabalhoso, mas o uso de ferramentas computacionais pode ser uma grande ajuda nesse momento, de modo a otimizar todo o processo, automatizando atividades que desempenhadas por pessoas, demoraria muito tempo. Outra vantagem dessa automatização é a redução do fator falha humana, uma vez que tais ferramentas traria muito mais segurança contra vazamentos e ataques.

MEDIDAS PUNITIVAS

Uma vez destacado a importância na implementação de um programa de redução de risco no tratamento de dados pessoais, para que se evite uma punição na ocorrência de uma infração da LGPD, chegou a hora de falar sobre esse aspecto punitivo quando a mesma vier a ser violada. O dispositivo informa a previsão de medidas por um processo administrativo, que dê ao infrator a possibilidade de ampla defesa, de forma a ser progressiva, apartada ou cumulativa, conforme a previsão do art. 52, § 1º, e sendo observados os seus incisos de modo minimizar a pena de acordo com a:

I - A gravidade e a natureza das infrações e dos direitos pessoais afetados;

II - A boa-fé do infrator;

III - A vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - A condição econômica do infrator;

V - A reincidência;

VI - O grau do dano;

VII - A cooperação do infrator;

VIII - A adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, em consonância com o disposto no inciso II do § 2.º do art. 48 desta Lei;

IX - A adoção de política de boas práticas e governança;

X - A pronta adoção de medidas corretivas;

XI - A proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção. (Brasil, 2018)

No que diz respeito diretamente as penalidades estabelecidas ao infrator da LGPD, é importante salientar que algumas foram atenuadas ou mesmo sofreram veto em relação ao modelo referencial do regulamento europeu, claro, isso se deu em fator da realidade socioeconômica brasileira. Estão elas previstas no artigo 52 da LGPD, da seguinte forma:

I – Advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II – Multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

III – Multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;

IV – Publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V – Bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI – Eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração.

VII – (VETADO);

VIII – (VETADO);

IX – (VETADO).

X – Suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; (Incluído pela Lei n. 13.853, de 2019)

XI – Suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período; (Incluído pela Lei n. 13.853, de 2019)

XII – Proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados. (Brasil, 2018)

Outro ponto a se destacar é que além dessas punições, inevitavelmente ocorre uma mancha na imagem da empresa infratora, cujos efeitos não se pode mensurar de forma direta.

A ampla publicidade que deve ser feita a população no geral e nas empresas de tratamento de dados

Se observado os aspectos sociais e comportamentais da população brasileira se notará, que dentro da normalidade, não existe a adoção de cautela e proteção relacionada a privacidade de informações, de modo que a exposição é constante e está em processo de crescimento, sob esse prisma, algumas pessoas estão tendo seu direito violado sem mesmo saber que ele existe, até por este ser um “recém-chegado”

Nesse contexto, dar a devida noção a população e ao consumidor sobre as capacidades do mundo virtual é vital para a efetividade da LGPD, para que todos se mantenham vigilantes sobre esses aspectos possivelmente danosos do ciberespaço, deste modo, se reforçara também o aspecto preventivo em detrimento do punitivo.

Uma devida orientação cultural e informacional precisa ser formada tanto dentro das empresas, para que estas estejam em conformidade com a LGPD, como também na população e consumidor no geral, tais medidas serão alguns dos pilares para a edificação de uma cultura protetiva dos dados.

O processo para a criação dos avatares virtuais dentro das mídias digitais e os vícios na cláusula de consentimento do usuário

A publicidade ao longo das últimas décadas foi um ponto fundamental na lucratividade das empresas, o consumidor ao longo dos últimos anos foi constante bombardeado de propagandas por meio da televisão, do rádio, jornais, outdoors, fachadas e diversos outros. Mas com a modernidade e o fenômeno informacional já citado da “big data”, a tendência é que essa publicidade cada vez mais seja concentrada no mundo virtual, promovido através da internet, pois ela se mostra de forma mais eficiente ao segmentar tal divulgação de forma direcionada ao consumidor que está mais propício a tomar uma ação ao ser impactado pela mesma.

Através de *websites* com informações gradativamente mais personalizadas o desafio das empresas, nesse aspecto da publicidade, se resumiu, a fazer a devida previsão com base nas informações colhidas pelas mídias sociais, como informado por Lima (2021, p. 57):

E para essa dinâmica é, na verdade, complexo, porque envolve o uso de *cookies*, *tags* e gerenciadores de bases de dados, além de outros ferramentais. Deu-se, início, assim, à publicidade comportamental cuja premissa é a interação do titular de dados com o conteúdo navegado, o histórico de pesquisas, as interações do titular com temas relacionados ao seu perfil de consumo.

Deste modo, um consumidor que visitou um assunto em uma plataforma como o Google pode ser impactado e “perseguido” por uma publicidade ao usar outra mídia digital como o Facebook, ou seja, um dado gerado em uma plataforma passou a ser utilizado por um terceiro não relacionado. Pois então, nesse contexto, estaria sendo violado o princípio da finalidade estabelecido pela LGPD? Estaria ocorrendo uma utilização dessas informações fora do consentimento firmado com o titular?

Esse é um ponto ainda pouco levantado e discutido, mas que necessita de tal, pois nos aspectos do caso apresentado, claramente não houve a expectativa do consumidor ao visitar a mídia 2, de ser impactado por conteúdo pesquisado na mídia 1. Sendo assim, é de suma importância que a cadeia de funcionamento dessas mídias seja adaptada para dar melhor entendimento ao titular sobre como seus dados são utilizados por terceiros, atendendo a ampla visibilidade e dando a esse consumidor o devido empoderamento na decisão da melhor utilização das informações que ele fornece, podendo assim, escolher o que mais lhe convém, isso tornará todo o processo menos obscuro.

OS DESAFIOS DA APLICAÇÃO DA LGPD: UM PARALELO ENTRE A PROTEÇÃO IDEALIZADA E ALGUNS DOS PROBLEMAS ENFRENTADOS NA APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO

É cabível pensar que não basta ter apenas o ordenamento por si só para que se tenha a devida proteção do direito estabelecido, não se deve ter a acomodação de pensar que tudo será

resolvido somente através disso, é preciso também conscientizar, capacitar e fornecer a devida educação a todos os agentes envolvidos, sejam estes as empresas que trabalham no tratamento de dados, como também os titulares dos mesmos. Através dessa observação, surge o papel fundamental da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), em se manter atualmente para que se atendam todos os requisitos acima citados. Cabendo a este órgão encontrar soluções viáveis para a melhor aplicação do dispositivo, de sua constante adaptação e evolução de modo a minimizar tanto a produção das empresas, como também o risco de violação dos dados, portando destaca seu papel de mediador.

Ao desempenhar seu dever de forma consistente a ANPD trará melhor confiança a todo o processo, bem como a devida observância aos ditames da LGPD, mantendo o devido fluxo informacional no país da forma mais segura.

O impacto da LGPD no “Custo Brasil”

Ao analisar o lado de possíveis investidores que são interessados em atuar no Brasil, com destaque nas “startups” e pequenas empresas, é preciso pensar na melhor aplicação de modo a minimizar o chamado “custo Brasil”, pois se aumentado, pode retrair a atenção dessas empresas e desmotivá-las a atuar em território nacional, o que seria bem ruim para a população.

Nesse contexto, é notado uma rejeição inicial à LGPD, sendo de grande importância a difusão e uma melhor compreensão da questão, para que não se tenha um diferencial competitivo negativo em relação a outras nações. É claro que com a influência europeia, é possível imaginar uma melhor universalização dessa matéria, isso cessaria a vantagem que muitos outros países podem estar tendo aos olhos dos investidores.

Mas uma vez implementado o dispositivo da LGPD no Brasil, não se deve querer impor isso a outros países, isso se dará de forma natural, o importante aqui é justamente se adaptar de modo que seja viável e atraente para esses investidores permanecer e adentrar no território nacional.

Visto que a informação se tornou fundamental para as empresas, tem que ser analisado o aspecto da utilidade e viabilidade da aplicação da LGPD. O levantamento dessa questão é em cima da procura pela harmonização da efetividade do dispositivo com a inevitável monetização dos dados gerados na internet. Através desse pensamento, a viabilidade e efetividade da LGPD se dará atendendo os dois lados da relação, protegendo o direito à privacidade do titular e ainda servir de incentivo para as empresas, por isso se destaca novamente de suma importância a atuação da ANPD como esse mediador de interesses.

Desafio orçamentário da ANPD

Outro presente desafio para a efetividade do dispositivo envolvendo seu órgão regulador é a questão orçamentária, como destacado por Lima (2021, p. 100):

Primeiramente, destaca-se que o caput do art. 55-A da LGPD dispõe sobre a criação de cargos e funções da ANPD, sem aumento de despesa e estão condicionados à expressa autorização física e financeira da lei orçamentária anual – bem como da permissão na lei de diretrizes orçamentárias, como dispõe o art. 55-A, § 3º da lei.

A autora ainda complementa ao dizer que:

Piorando o cenário da arrecadação de receitas, o § 5o do art. 52 da LGPD, instituído pela alteração realizada pela Lei no 13.853/201918, determina que o produto da arrecadação das multas aplicadas pela ANPD deve ser destinado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD). O Fundo é regulamentado pelo Decreto no 1.306/199419e possui como objetivo, dentre outros, o da reparação aos danos causados ao consumidor. O destino lógico dessas multas poderia ter sido instituído para compor a receita da própria ANPD, que poderia utilizá-lo para a manutenção do exercício de suas inúmeras funções. (IBID)

Nesse sentido é importante salientar que a eficiência na atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, bem como do dispositivo por esse órgão fiscalizado, passa por uma boa rede orçamentaria, de modo a atender todas suas necessidades de funcionamento, o estado deve olhar com carinho para essa questão, designando doações significativas dando provimento a toda a cadeia estrutural da ANPD.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi possível ver ao longo deste trabalho, em um mundo globalizado e interligado através da internet, está se criando uma máxima para as empresas e para o mundo dos negócios como um todo: quanto maior sua retenção de informações e de dados, quanto maior o seu big data, maiores serão seus lucros e seu valor no mercado, e para se segurar e ter um crescimento exponencial na sociedade atual é vital usar as informações obtidas de forma inteligente e que agregue mais assertividade, para uma tomada de decisões mais precisa, que minimize perdas.

Nesse contexto, a LGPD não foi inserida com o intuito proibitivo contra o uso dessas ferramentas e dos benefícios que esses podem oferecer, entretanto, ela tem a pretensão de coibir o uso e tratamento indevido de tais informações, protegendo assim a sociedade no geral que está inserida nos meios virtuais.

Para que não houvesse esse desvio da finalidade adequada foi necessário criar mecanismos e regimentos que capacitassem e dessem condições para o órgão responsável (ANPD) monitorar adequadamente de que forma está acontecendo esse tratamento, como, por exemplo, que a partir da implementação do dispositivo houvesse a necessidade da coleta do consentimento dos usuários das redes, maior transparência das empresas com este usuário, ter dentro dessa organização um regimento interno para conscientizar e orientar todos os seus subordinados sobre as novas aplicações e cuidados a serem adotados, dentre outros.

Pois bem, mas tomada todas essas providências e implementações da nova legislação, o que se buscou discutir e entender nesse artigo foi a eficiência desse dispositivo legal. E o que concluímos é que seu pilar fundamental passa pela atuação precisa da ANPD, pois esse órgão é quem de fato atua como um agente fiscalizador e é quem pode cessar e punir qualquer ofensa a legislação da LGPD.

E ao serem analisadas as dificuldades operacionais da ANPD, foi possível destacar duas delas como principais, com potencial de minimizar e interferir na eficácia da atuação de tal órgão, e logo da eficácia da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, são elas: o desafio orçamentário e o impacto no “custo Brasil, ambos já debatidos e exemplificados ao longo deste trabalho.

Logo, se chega ao desfecho de que a eficácia do dispositivo é relativa, pois depende e passa pela resolução de tais dificuldades operacionais, principalmente no quesito financeiro, pois tudo demanda um custo, que se não atendido deixa o órgão regulador de “mãos atadas”, e

atualmente já é possível chegar à conclusão de que a verba destinada a tal pretensão de suprir custos operacionais não tem sido suficiente.

Outro ponto que comprova que a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados ainda é relativa, é o fato da sua recente implementação, o que leva a muitos interessados a nem sequer saberem de sua existência, e nesse contexto quanto maior a difusão do entendimento dos direitos adquiridos pela sociedade no geral sobre o tratamento de seus dados pessoais, e da conscientização das empresas quanto ao tratamento desses, maior será a eficácia do dispositivo legal.

Como uma pedra preciosa que ainda está a ser lapidada para chegar em seu estado mais fino e belo, assim também se dá a evolução de um dispositivo legal, quanto mais o tempo passar e a evolução da sociedade se dê de forma progressiva, maior será a lapidação da LGPD e do entendimento de sua forma de aplicação, assim como de sua eficácia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019. Brasília, DF: Senado Federal, 2018.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm

CASTRO, Daniel, CORY, Nigel, ATKINSON, Robert D. Principles and Policies for “data free flow with trust”. Information Technology and Innovation Foundation (ITIF), 2019.

CORRÊA, Fabiano S. Um estudo qualitativo sobre as representações utilizadas por professores e alunos para significar o uso da Internet. Universidade de São Paulo, 2013. PDF. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59137/tde-08102013-162610/publico/Fabiano_Correa_Mestrado.pdf

DAHIERRO, Ana; CUNHA, Daniel Alves; SILVA, Diogo Rodrigues. Guia do Processo de Adequação ao Regulamento Geral de Proteção de Dados. Grupo Almedina (Portugal), 2020. Ebook. ISBN 97897240846-71. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9789724084671/>.

DERTOUZOS, Michael L. O que será: como o novo mundo da informação transformará nossas vidas. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

ESCOBAR, A. (1994). Welcome to Cyberia. Em Current Anthropology. v. 35, nº 3, pp. 211-231.

FILHO, Eduardo T. A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira. Grupo Almedina (Portugal), 2021. Ebook. ISBN 9786556271705. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556271705/>.

GARCIA, Lara R. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): Guia de implantação. Editora Blucher, 2020. Ebook. ISBN 9786555060164. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555060164/>.

LIMA, Ana Paula Moraes Canto D. LGPD Aplicada. Grupo GEN, 2021. Ebook. ISBN 9788597026931. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026931/>.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira D. ANPD e LGPD: Desafios e perspectivas. Grupo Almedina (Portugal), 2021. Ebook. ISBN 9786556272764. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272764/>.

[br/#/books/9786556272764/](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272764/).

LIMA, Cíntia Rosa Pereira D. Autoridade nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados. (Coleção teses de doutoramento). Grupo Almedina (Portugal), 2020. Ebook. ISBN 9788584936397. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584936397/>.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira D. Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados. Grupo Almedina (Portugal), 2020. Ebook. ISBN 9788584935796. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935796/>.

LEMOS, André, LÉVY, Pierre. O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 2010.

LÉVY, P. (1995), Edição brasileira (1996). O que é virtual. São Paulo: Ed. 34 Ltda.

PINHEIRO, Patrícia P. Proteção de dados pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD). Editora Saraiva, 2021. Ebook. ISBN 9786555595123. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595123/>.

SOARES, Rafael Ramos, Lei de Proteção de Dados – LGPD: Direito à Privacidade no Mundo Globalizado, 2020 (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

SOLER, Fernanda G. Proteção de dados: reflexões práticas e rápidas sobre a LGPD. Editora Saraiva, 2022. Ebook. ISBN 9786553622500. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622500/>.

Capítulo

12



Distribuição dinâmica do ônus da prova

Mayara de Lima Reis

Graduada e mestre em Direito pela FADUSP. Procuradora do Município.

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.12

RESUMO

Embora não se negue, de qualquer modo, a relevância da distribuição estática do ônus da prova – bastante satisfatória para a solução de significativa parcela dos conflitos –, é certo que tal mecanismo apresenta indesejáveis limitações, sobretudo por privilegiar a igualdade estritamente formal entre as partes litigantes. Nesse contexto, a fim de garantir a efetivação dos princípios constitucionais, assegurando dessa forma a consecução de sua finalidade de pacificação social, a teoria da distribuição dinâmica surge como importante mecanismo complementar à regra estática. Este estudo tem, então, como objetivo analisar a teoria das cargas probatórias dinâmicas. Esta, como se verá, foi idealizada para fazer frente às situações em que a distribuição do ônus da prova nos moldes da regra geral (ou seja, conforme a natureza dos fatos alegados e o interesse das partes) não se mostra suficiente ou adequada para garantir a justa composição do litígio.

Palavras-chave: direito processual civil. provas. ônus da prova. cargas dinâmicas. ônus dinâmico.

INTRODUÇÃO

Segundo Chiovenda, não há propriamente um dever de provar. No entanto, o descumprimento de tal atribuição pode gerar à parte consequências bastante semelhantes ao inadimplemento de um dever. Assim:

Conquanto não se possa, como observamos há pouco, falar propriamente de um dever de provar, mas apenas de uma necessidade ou ônus, o assunto encontra neste passo sua melhor oportunidade, porque a carência de prova dá origem à uma situação jurídica análoga à que enseja o inadimplemento de um dever, desde que a parte, a quem incumbia o ônus de provar, suporta as consequências da falta de prova (CHIOVENDA, 2009, p. 929)

Nessa esteira, ensina Dinamarco (2005, p. 71) que a técnica de imposição de ônus às partes no processo produz o efeito de motivá-las a participar ativamente do contraditório processual. Complementarmente, Carnelutti (2000, p. 116) esclarece que a parte precisa do processo tanto quanto este precisa da parte; surge, desse modo, uma necessidade de estimulá-la a este exercício – o que só pode ser obtido atribuindo a ônus da parte uma consequência penosa para o caso da falta do ato.

Com base em tais ensinamentos, pode-se, então, concluir que há ônus quando o exercício de uma faculdade aparece como condição para obter uma determinada vantagem.

Aplicando tal conceito ao caso do direito processual civil em matéria probatória, razoável se falar em “encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo” (DINAMARCO, 2005, p. 71).

Logo, é possível que o ônus da prova seja entendido como um direito da parte de provar o quanto alegado em juízo, sendo que a inobservância de tal faculdade acarreta à parte eventuais efeitos processuais negativos.

O novo Código de Processo Civil passou a permitir expressamente que o juiz, considerando as circunstâncias e peculiaridades envolvidas no caso, afaste a regra fixa estabelecida pelo legislador no artigo 373, para modificar as regras de distribuição do ônus da prova, impon-

do-o à parte que verificar no caso concreto estar em melhores condições de produzi-la. A tal fenômeno dá-se o nome de “ônus dinâmico da prova”.

Nessa perspectiva, o presente trabalho procura analisar a teoria das cargas probatórias dinâmicas não com o objetivo de esgotar o tema, mas de propiciar uma visão sistemática de sua tratativa no atual ordenamento. Para tanto, ainda que de forma breve, serão analisadas (i) as principais teorias sobre distribuição do ônus da prova, contrapondo a visão tradicional à visão dinâmica; (ii) a positivação da disciplina no ordenamento brasileiro; (ii) ponderação entre vantagens e desvantagens de utilização do instituto.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica, desenvolvida a partir da análise de materiais publicados na literatura, inclusive artigos científicos.

O texto final foi fundamentado nas ideias e concepções de autores como: Chiovenda (2009), Dinamarco (2005), Carnelutti (2000), Bentham (1843), Rosenberg (2002).

DESENVOLVIMENTO

As teorias sobre a distribuição do ônus da prova surgiram na época em que ainda não havia uma norma específica estabelecendo esta regra. Assim, tentava-se identificar quais os critérios deveriam o juiz levar em consideração para, em caso de dúvida ou incerteza, aplicar a distribuição do ônus da prova.

Grosso modo, tais teorias podem ser divididas em dois principais grupos:

(a) aquelas que fundamentam a distribuição do ônus da prova na natureza dos fatos e posição da parte em juízo, defendidas pelos doutrinadores dos séculos XIX e XX. Derivadas do direito romano, basicamente atribuem ao autor todo o encargo probatório – salvo nos casos em que o réu também alegar questões de fato impeditivas, modificativas ou extintivas do direito pleiteado;

(b) aquelas mais modernas, do final do século XX e início do século XXI, que refutam as anteriores, por entenderem que o ônus da prova deve ser determinado levando-se em consideração as alegações de fato e os pressupostos das normas legais.

Os diplomas processuais de 1939 e 1973 foram inspirados nas teorias do primeiro grupo, notadamente nos ensinamentos de Chiovenda. Conforme já explicitado neste trabalho, Chiovenda (2009, p. 929) entende que não há, no processo, um dever de provar, mas uma mera necessidade ou ônus, cujo descumprimento gera uma situação jurídica análoga ao inadimplemento de um dever.

O autor entende que, embora no caso concreto sinta-se uma necessidade de atribuir a uma das partes o ônus da prova, é difícil vislumbrar uma razão geral para fazê-lo. Isso porque, de um lado, seria justo incumbir o autor à prova não só dos fatos constitutivos de seu direito, como também da inexistência de fatos impeditivos ou extintivos, mas, de outro, tal tarefa lhe seria impossível.

Assim, no seu entender, a repartição do ônus da prova decorre de uma razão de opor-

tunidade. Ou seja, sob a ótica dos princípios dispositivo e da igualdade, o ônus da prova deve ser distribuído entre as partes conforme os fatos que a estas interessam ser provados, de modo que a cada uma das partes cabe comprovar as alegações que formularam (CHIOVENDA, 2009, p. 934).

De modo semelhante, segundo a teoria de Carnelutti (2000, p. 131-132), a distribuição do risco da prova que faltar ocorre quando as consequências de tal falta incidirem sobre uma ou outra parte, conforme o fato seja pressuposto de uma pretensão ou de uma exceção. Para o autor, então, a distribuição do ônus não se dá pelo poder de provar, mas pelo risco a que a parte se sujeita com a falta de prova. Afinal, havendo elementos nos autos que atestem determinado fato, o juiz forma sua convicção com base nestes; inexistindo prova, o juiz resolve a dúvida com base nas regras de distribuição do ônus da prova, decidindo contra a parte a quem incumbe o encargo de demonstrar o fato cuja prova não foi produzida.

No que diz respeito ao segundo grupo de teorias, Pacífico (2000, p. 112) aponta que Rosenberg (2002, s.p.) critica a doutrina que fundamenta a distribuição do ônus da prova no princípio dispositivo. Isso porque haveria uma distribuição do ônus probatório também em procedimentos pautados pelo princípio inquisitivo. Em um ou outro caso, somente se poderia falar em distribuição do ônus da prova a partir da definição de quais efeitos dos preceitos favorecem o autor e quais favorecem o demandado.

Também crítico ao primeiro grupo, Micheli (1961, p. 104) conclui que a doutrina do ônus da prova (que prefere chamar de “doutrina da decisão sobre o feito incerto”) se assenta em três pontos: (i) o poder das partes de dispor dos materiais do fato sobre o qual se fundam as respectivas pretensões; (ii) o dever do juiz de julgar conforme o alegado e provado; (iii) necessidade de que o juiz decida cada caso acolhendo ou rejeitando uma demanda.

A partir das premissas fixadas por Micheli a fim de traçar os parâmetros que devem nortear o estudo do ônus da prova, é possível perceber que, assim como Rosenberg, o autor entende pela necessidade do juiz decidir a causa mesmo quando ausentes nos autos elementos bastantes para formar sua convicção. Por isso, o ônus da prova assume, em sua obra, também um caráter de regra de julgamento, destinado a permitir um pronunciamento judicial em qualquer hipótese, evitando-se o *non liquet*.

Embora não se enquadre em nenhum destes grupos, também merecem atenção a teoria de Bentham, por ser considerada como a precursora da distribuição dinâmica do ônus da prova, e de Jorge Peyrano, que propôs o modelo dinâmico de distribuição do ônus da prova.

Para Bentham (1843, p. 137), o princípio norteador do processo judicial – que denominou *collateral ends of justice* (fins colaterais da justiça) – seria evitar “demora, vexame e despesas” desnecessários ou excessivos.

A respeito do questionamento sobre qual parte deve recair o ônus da prova, responde que, em um processo ideal, que denominava “processo natural”, deveria recair sobre a parte para a qual o cumprimento pudesse causar o menor inconveniente, isto é, com menos demora, menos vexame e menos despesas. Sobre como e quando determinar qual seria esta parte, respondeu que, ainda segundo o processo natural, deveria ser estabelecido pelas próprias partes, em uma reunião no início do processo, sem a presença do juiz (BENTHAM, 1843, p. 136).

Não se pode perder de vista que este filósofo e jurista inglês era abertamente a favor da ampliação das liberdades individuais e econômicas, e um árduo defensor da codificação das leis como medida de segurança contra possíveis arbitrariedades, tornando-se um dos ícones do pensamento liberal nos séculos XIX e XX.

Inspirando-se em Bentham, o argentino Peyrano (2013, p. 17) desenvolveu a teoria contemporânea das “cargas dinâmicas”, bem recebida nos países sul americanos, inclusive no Brasil, e que é objeto deste estudo.

Em suma, a obra de Peyrano (2013) pode ser resumida em quatro principais conclusões: (i) reconhece que, em matéria de deslocamento do ônus da prova, a teoria do ônus dinâmico é apenas um capítulo (há outros importantes, como os princípios da solidariedade e da responsabilidade compartilhada das partes na produção da prova); (ii) a distribuição dinâmica do ônus da prova deveria ser aplicada com cautela e apenas quando a aplicação do ônus fixo acarretasse consequências indesejadas, pois importaria em novas regras de distribuição do ônus da prova aplicadas em decorrência de circunstâncias concretas do caso prático; (iii) recomenda que a distribuição dinâmica do ônus da prova seja regulamentada em lei, sendo temerária sua incorporação ao ordenamento unicamente pela jurisprudência, por meio de aplicações casuísticas e que poderiam ser incorretamente interpretadas; (iv) a regulamentação legal da teoria também contribuiria para afastar eventuais alegações de que sua aplicação poderia por em risco a garantia da defesa em juízo pela parte que, originalmente (pelas regras fixas do ônus da prova) não estaria agravada com o ônus.

No Brasil, embora sob a égide do Código de 1973 tenha prevalecido a teoria estática de inspiração chiovendana, especialmente em seu artigo 333, certo é que já existiam algumas situações em que era possível a distribuição do ônus de maneira diversa. Como exemplos, tem-se o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, bem como entendimentos pontuais pela jurisprudência.

Quanto a este último caso, cita-se, o julgamento do Recurso Especial n.º 69.309-SC (Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª turma, j. 18.06.1996). Neste, o E. Superior Tribunal de Justiça, embora reconheça que no caso concreto as provas produzidas nos autos tenham sido suficientes para a solução da controvérsia, não havendo necessidade de se recorrer à distribuição do ônus da prova como regra de julgamento, admite que, em determinadas hipóteses, como é o caso da demanda fundada em erro médico, aplica-se a teoria dinâmica da prova, uma vez que uma das partes (o profissional de medicina) possui nitidamente melhores condições técnicas para esclarecer os fatos ao juízo.

Também bastante interessante é o caso do Recurso Especial n.º 883.656-SP (Relator Ministro Herman Benjamin, 4ª turma, j. 28.02.2012). Não obstante a lei já atribua responsabilidade objetiva à parte que deu causa ao dano ambiental (geralmente ré), cabe ao autor a prova de que o dano ocorreu. Como pode ser difícil em determinadas situações que a parte prejudicada ou seu substituto processual demonstre o dano, o E. Superior Tribunal de Justiça mais uma vez inovou, ao entender possível a distribuição dinâmica do ônus da prova para que o possível infrator prove a sua inexistência, ou que não participou do ato que acarretou o dano ambiental.

Mais recentemente, no que diz respeito ao texto positivado, o diploma processual vigente inovou, ao dispor do tema em seu artigo 373 do seguinte modo:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - Ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - Recair sobre direito indisponível da parte;

II - Tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Verifica-se que o texto aprovado pelo Congresso incorpora expressamente em nosso ordenamento a teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, em conformidade com a doutrina de Jorge W. Peyrano.

A regra geral da distribuição estática é mantida, posto que suficiente para regular a grande maioria dos casos levados a juízo. Contudo, admite-se a distribuição do ônus da prova de forma diversa, como exceção à regra geral, sempre que as peculiaridades do caso concreto revelarem que esta solução se mostra mais adequada para a situação discutida no processo.

Didier (2008, p. 96) enumera as características que a diferenciam das demais formas de distribuição do ônus da prova: (i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; (ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; (iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); (iv) não é relevante a natureza do fato probando, se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito ou o interesse em prová-lo, mas, sim, quem tem possibilidade de fazer a prova.

Nota-se, no entanto, que, pela redação legal, o juiz não opta, previamente, pela forma que será aplicada a distribuição ao caso concreto. Antes, parte-se sempre do princípio de que o ônus será distribuído entre as partes segundo a regra geral e fixa.

Se, ao sanear o feito, o juiz se deparar com a dificuldade de comprovação do fato controverso pela parte onerada, poderá determinar que o ônus da prova daquele fato recairá sobre a parte contrária. O mesmo poderá ocorrer no momento de proferir a sentença, caso verifique que um fato controverso deixou de ser provado por dificuldade probatória da parte, podendo optar pela distribuição dinâmica, desde que dê oportunidade à outra parte para se desonerar.

Mais do que apenas prever a distribuição dinâmica do ônus da prova, vê-se que o vigente Código de Processo Civil também estabelece a forma e os limites de sua aplicação, sendo três as hipóteses de cabimento: (i) nos casos previstos em lei; (ii) por convenção das partes, que poderá ser celebrada antes ou no curso do processo e (iii) nos casos em que o juiz, diante das peculiaridades da causa, identificar impossibilidade ou dificuldade da parte cumprir o encargo, de

acordo com a regra geral de distribuição do ônus da prova.

Em relação aos limites, então, tem-se a impossibilidade de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova caso seja criada uma situação em que a desincumbência do encargo pela outra parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Em suma, a previsão legal e a convenção das partes são opções seguras que primam pela previsibilidade e pela legalidade, seja por normas democraticamente aprovadas que enumeram os casos em que pode ser cabível, seja por permitir que as partes concordem antecipadamente – por contrato ou acordo informal – ou no curso do processo, sobre a aplicação desta regra, embora este tipo de acordo não seja comum nas relações endo ou extraprocessuais. Atribui-se, assim, ao legislador, ou às próprias partes interessadas no desfecho da demanda, a possibilidade de imporem ao caso a distribuição dinâmica do ônus da prova.

O mesmo não ocorre, contudo, em relação à terceira hipótese, que atribui ao juiz a identificação, no caso concreto, da “impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo” ou da “maior facilidade de obtenção da prova contrária”, e proíbe a “distribuição dinâmica se a sua desincumbência pela parte contrária for impossível ou extremamente difícil”.

A divergência que se verifica sobre a legitimidade de maior participação do juiz no processo, em especial na fase de instrução, é muito bem explicada por Tartuce (2011, p. 319), que vincula a ideia de dinamização do ônus da prova a critério do juiz a uma visão publicista e colaborativa do processo, sendo repugnante, de acordo com a visão liberal, a interferência do juiz no processo para suprir problemas das partes.

Aprofundando-se um pouco mais no tema, Barbosa Moreira (1984, p. 178) explica que, segundo a visão liberal, marcada pelo individualismo, a iniciativa probatória era deixada à parte com fundamento no princípio dispositivo, entendendo-se que o ato de deixar de cumprir com o encargo probatório era entendido como ato da parte em dispor do seu direito. O autor aponta que tal raciocínio não se mostra adequado, uma vez que à parte não é dado dispor da relação jurídica processual, de caráter publicista. E sintetiza “ainda que as partes possam dispor de seus direitos, nenhum poder de disposição tem elas sobre o poder do juiz de averiguar o fato”.

A distribuição dinâmica do ônus da prova, então, tenta corrigir as injustiças que a distribuição fixa pode gerar, mas é necessário atentar para o fato de que o emprego de expressões de conteúdo indeterminado como estas em destaque pode criar outras situações tão ou mais injustas do que o problema que se pretende.

Assim, por exemplo, pela redação não fica claro se a facilidade de obtenção da prova diz respeito apenas à facilidade de acesso, ou se também deverá ser considerada a facilidade econômica, técnica, profissional ou mesmo intelectual. Esta é uma questão importante e que deveria merecer a atenção do legislador, para evitar disparidades na interpretação do comando legal, pois os juízes poderão ter diferentes entendimentos a este respeito.

Na falta de expressa previsão, entendemos que a distribuição dinâmica do ônus da prova deva ser feita nos casos em que a parte onerada tiver dificuldades técnicas para produzir a prova, não cabendo restringir a sua aplicação se o legislador assim não o fizer.

Nesse diapasão, a dificuldade ou impossibilidade na produção da prova deve ser uma barreira concreta – e não apenas em tese – e de difícil ou impossível superação pelas partes

(COUTO, 2011, p. 136). Todavia, o grau de dificuldade necessário para sua aplicação dependerá da percepção do juiz, que estabelecerá livremente segundo seu próprio entendimento a facilidade da produção da prova por uma parte ou a dificuldade da outra se desincumbir deste encargo.

Para Barbiero (2008, p. 101), a identificação da parte que está em melhores condições de provar deve esbarrar necessariamente no papel desempenhado por ela no fato gerador da controvérsia, por estar na posse da coisa ou do instrumento de prova, ou por ser a única que dispõe da prova. Estando em melhor posição para revelar a verdade, seu dever de colaboração se acentuaria, devendo assumir o ônus da prova que, em princípio, não teria, de acordo com a regra clássica.

Certamente, o fato de uma das partes ser a única que tem acesso à prova poderá contribuir fortemente para a decisão de atribuir-lhe o ônus de sua produção. Ocorre que, como lembra Couto (2011, p. 135), “a dificuldade ou impossibilidade na produção de determinada prova por uma parte não guarda nexos causal obrigatório pertinente à facilidade e possibilidade de produção dessa prova pela parte contrária”.

Também dispõe o texto legal que, se a dificuldade de produção da prova existir para ambas as partes, o ônus deverá ser mantido com a parte que já o detém, segundo a aplicação das regras fixas de distribuição.

Nesse sentido, Barbiero (2008, p. 102) sustenta que, para que uma parte possa passar seu ônus para a outra, deve demonstrar que esta estaria em melhores condições probatórias, não bastando a simples alegação neste sentido. De fato, esta solução agregaria um maior fator de segurança e poderia reduzir a subjetividade da decisão, trazendo elementos concretos para a decisão do juiz, ao invés de fatores subjetivos submetidos à sua interpretação pessoal, facilitando inclusive a fundamentação de sua decisão.

Por fim, o mencionado parágrafo primeiro do artigo 373 prevê expressamente que, ao aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova, o juiz deverá dar à parte oportunidade para dele se desincumbir, ressaltando o ônus da prova tanto em seu aspecto objetivo como subjetivo. Não obstante a aplicação do ônus da prova seja uma regra de julgamento aplicada pelo juiz em caso de ausência ou deficiência de prova, também é entendida como uma regra orientadora da atividade probatória das partes. Esta excelente solução assegura que as partes não serão surpreendidas com a mudança na atribuição do ônus da prova, podendo dele se desincumbir antes da sentença, se assim o quiserem ou puderem.

Assim, a aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova apresenta extrema relevância desta para a garantia de determinados direitos fundamentais que, em algumas hipóteses, são violados quando observada a regra estática de repartição dos encargos probatórios.

No entanto, a par da existência de previsão legal expressa, ainda remanescem algumas críticas quanto a sua aplicação. Segundo Palmitesta (2015, p. 66-84), estas podem ser resumidas do seguinte modo:

(i) a regra representa novo padrão, uma vez que seria possível identificar o surgimento de uma série de hipóteses em que a dinamização seria aplicada como regra geral, e não como exceção. No entanto, por mais que se possa dizer que há determinado padrão pré-estabelecido, na prática, a dinamização não poderá prescindir de uma análise do caso concreto a fim de que

se possa aferir se as peculiaridades do fato a ser provado resultam em dificuldade de produção da prova por uma das partes e maior facilidade da outra parte, sendo que somente configurados estes requisitos haverá a distribuição diversa dos encargos probatórios.

(ii) quebra do reflexo entre direito material e distribuição do ônus da prova: embora não se possa afastar a ideia de existência de uma conexão entre direito processual e material, é certo que a noção de sujeição do primeiro ao segundo já está há muito superada. Não se pode permitir que, em situação na qual a distribuição tradicional do ônus da prova implique em situação de extrema dificuldade ou impossibilidade de produção desta prova, resultando em restrição ao direito de acesso à justiça e ao direito à prova, mantenha-se a repartição costumeira deste encargo apenas ante a necessidade de se manter um reflexo entre a distribuição do ônus da prova e o direito material, deixando de se atentar à necessidade de garantia dos princípios constitucionais.

(iii) dinamização e segurança jurídica: o princípio da segurança jurídica traduz-se em previsibilidade do comportamento do ordenamento, representando uma garantia de que os cidadãos não serão surpreendidos por atitudes inesperadas ou imprevisíveis. A crítica formulada, no entanto, parece deslocada de seu devido posto. Isso porque a preocupação revelada não está ligada à dinamização em si e ao risco que esta traz à segurança jurídica, mas sim ao perigo decorrente de uma alteração da regra corrente de distribuição do ônus da prova em momento inadequado.

(iv) possibilidade de manipulação da prova: com efeito, predominando a visão publicista do processo, devem as partes atuar de forma cooperativa no desenvolvimento da lide, desenvolvendo sua conduta processual conforme os critérios de lealdade e boa-fé. Nesse contexto, o risco de manipulação da prova pela parte em melhores condições não deve ser encarado como um problema exclusivo da aplicação da dinamização dos encargos probatórios, sendo uma conduta abarcada pelas previsões de violação do princípio da boa-fé que deve pautar a relação processual.

(v) impossibilidade de obtenção da verdade real: é importante ter em mente que a distribuição do ônus da prova não deve ser utilizada como um mecanismo de busca desenfreada pela verdade real. A intenção do instituto, embora diretamente atrelada à melhora do conjunto fático dos autos, não pode se obter dentro da relação processual. O intuito da aplicação da dinamização é garantir o acesso à prova, especialmente em situação que, em razão de hipossuficiência de qualquer natureza, uma parte se mostre em desvantagem com relação à produção probatória, ao passo que a parte contrária se encontra em situação mais vantajosa, evitando que a desigualdade verificada resulte em violação a garantias constitucionais do processo, como o direito à prova e ao escopo de pacificação com justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, concluiu-se que o sistema clássico e estático de distribuição do ônus da prova, embora adequado para regular a grande maioria das relações processuais, muitas vezes acaba por criar situações injustas por onerar a parte com uma prova excessivamente difícil ou até impossível, além de deixar de levar em consideração peculiaridades do caso concreto que podem resultar na ineficiência do modelo de distribuição adotado.

Por isso, o mecanismo dinâmico mostra-se de extrema relevância para garantir importantes escopos processuais, como a busca de uma solução jurídica justa, além de implementar diversos direitos fundamentais, tais como a igualdade material e o acesso à ordem jurídica justa.

As inovações trazidas pelo artigo 373 do diploma processual vigente não devem ser vistas como extremo risco à segurança jurídica, gerando situação onde o julgador meramente, caso a caso, distribuiria de maneira diversa o ônus da prova entre as partes. Cuida-se, isso sim, de regra excepcional, destinada a regular situações particulares em que a repartição dos ônus probatórios, tal qual estabelecida pela regra geral, não representa a melhor forma de solução do litígio, seja por não considerar a impossibilidade da parte de produzir a prova com a qual está onerada, seja por deixar de observar eventuais desigualdades que devem ser equilibradas na relação processual a fim de se garantir a efetiva participação paritária.

REFERÊNCIAS

AGUIAR SILVA, João Carlos Pestana de. As provas no cível. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARBERIO, Sérgio José. Cargas probatorias dinâmicas: qué debe probar el que no puede probar? In PEYRANO, Jorge Walter. Cargas probatorias dinâmicas. 1. reimp. Santa Fé:

Rubinzal-Culzoni Editores, 2008. p. 99-107.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998. _____. Garantia da amplitude de produção probatória. In Garantias Constitucionais do Processo Civil. José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 1999.

_____. Poderes Instrutórios do Juiz. 3a ed. São Paulo: RT, 2001.

BENTHAM, Jeremy. Principles of Penal Law. In J. Bowring (Ed.), The Works of Jeremy Bentham. Edinburgh: William Tait, 1843.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. 2. Ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, vol. I.

CHIOVENDA, Giuseppe. A ação no sistema dos direitos. Belo Horizonte: Líder, 2003.

_____. Procedimento oral. In Processo Oral. Francisco Morato [Org.] Rio de Janeiro: Forense, 1940.

_____. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 2000.

2014

COUTO, Camilo José D'Ávila. Dinamização do ônus da prova no processo civil: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2014.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil lusitano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e

liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MICHELI, Gian Antonio. La carga de la prueba. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1961.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

PACÍFICO, Luiz Eduardo. O ônus da prova no direito processual civil. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

PALMITESTA, Mariana Aravechia. Análise crítica da distribuição dinâmica do ônus da prova. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, 2015.

PEYRANO, Jorge W. La carga de la prueba. In: Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal. 2013 Disponível em: <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2023.

ROSENBERG, leo. La carga de la prueba. 2a ed. Buenos Aires: B de f, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e comercial. Vol. I. São Paulo: Max limonad, 1983.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. A inversão do ônus da prova como garantia do devido processo legal. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, Ovídio Batista da. Curso de processo civil. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. Rio de Janeiro: Método, 2022.



**Porto seco no contexto brasileiro:
uma análise à luz do ordenamento
jurídico pátrio**

Anunciato Leite de Oliveira Junior
Vinícius de Mattos Oliveira

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.188.13

RESUMO

Desde o período pré-colonial, a exploração do pau-brasil foi o embrião da exportação como a conhecemos hoje. O comércio exterior é importante pilar do desenvolvimento econômico de um país e, dessa forma, mereceu especial atenção, ao longo da história, com a construção de portos, aeroportos, estradas e ferrovias. Mas a necessidade de fomentar o setor trouxe evoluções. O objetivo deste estudo é analisar a utilização de portos secos, do ponto de vista prático e jurídico, bem como as vantagens auferidas nessa atividade. Foi realizada pesquisa legal, bibliográfica, jurisprudencial e doutrinária. Verificou-se que, apesar de relativamente recente, a implementação destas estações aduaneiras trouxe avanços substanciais no que tange à facilitação dos movimentos de importação e exportação de produtos e insumos, notadamente, com relação à redução das discrepâncias econômicas entre as regiões, desafogamento das zonas primárias, aumento de competitividade, por barateamento dos custos e facilidade no transporte das mercadorias, sem prejuízo da desburocratização.

Palavras-chave: porto seco. terminal intermodal. desburocratização. importação. exportação.

ABSTRACT

Since the pre-colonial period, the exploitation of brazilwood was the beginning of the export as we know it today. Foreign trade is an important pillar of a country's economic development and has, that way, deserved special attention throughout history with the construction of ports, airports, roads and railways. But the need to encourage the industry has brought developments. The aim of this article is to analyze the use of dry ports, from a practical and legal point of view, as well as the advantages obtained in this activity. Legal, bibliographic, jurisprudential and doctrinal research was carried out. We note that, although relatively recent, the implementation of these ports has brought substantial advances in facilitating the import and export of products and insums, mainly, with regard to the reduction of economic differences between regions, release of primary areas, increased competitiveness, by cheapising costs and ease in the transport, honoring debureaucratization.

Keywords: dry port. intermodal terminal. debureaucratization, import. export.

INTRODUÇÃO

Um dos pilares do crescimento de um país está na capacidade que ele tem de se relacionar com outros Estados soberanos, não só politicamente, mas também, comercialmente, assim como ocorreu no Brasil, desde o período pré-colonial, com os três grandes ciclos econômicos, que foram: ciclo do pau-brasil, ciclo da cana-de-açúcar e ciclo do ouro.

Evidentemente, que esses três ciclos não excluíam a existência de outras atividades econômicas, a exemplo da exploração da pecuária e da manufatura, contudo, consistiram nas bases principais da economia.

O envio da madeira do pau-brasil, cujo pigmento avermelhado era utilizado para tingimento de tecidos e muito apreciado pelos europeus, era feito por via marítima, utilizando-se de

embarcações. E, assim, nascia o que, hoje, conhecemos por exportação.

Ao longo da nossa história, os movimentos de entrada e saída de mercadorias do país tomaram proporções tão gigantescas que demandou o desenvolvimento de estruturas para envio e recebimento, como portos, aeroportos, ferrovias e estradas.

Importação e exportação exigiram, ainda, criação de intrincado sistema normativo para regular estes processos. Os principais ramos do Direito responsáveis por essa tarefa são: Direito Aduaneiro, Tributário e Administrativo, sem prejuízo da atuação subsidiária de outros. Neste trabalho se discutirá a evolução dos mecanismos de comercialização de produtos e insumos entre os países, notadamente, no que tange à adoção dos portos secos como alternativas ou complemento dos portos marítimos.

Foi realizada pesquisa legal, bibliográfica, jurisprudencial e doutrinária acerca do tema, bem como buscou-se avaliar a implementação das estações aduaneiras do interior e seus impactos positivos, principalmente, na redução da discrepâncias econômicas entre as regiões do Brasil, desafogamento das zonas primárias, aumento de competitividade entre produtores e empresários, diante do barateamento dos custos e facilidade no transporte das mercadorias, sem prejuízo da redução na burocracia, que representa grande entrave nas transações.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Como dito linhas acima, as relações comerciais entre países constituem parte essencial do seu desenvolvimento econômico. Embora chamado de comércio exterior, trata-se de fomento também ao mercado interno, na medida em que os bens e insumos produzidos em território nacional podem ser exportados, e aqueles importados são utilizados e consumidos pelas grandes indústrias, pequenos produtores ou, até mesmo, pelo consumidor final.

Com vistas a facilitar os movimentos de entrada e saída de mercadorias do território nacional, é necessária a construção de rodovias e ferrovias que permitem o transporte entre países limítrofes, ou o traslado até os pontos em que serão despachados para aqueles não limítrofes.

Devido à imensa extensão territorial do Brasil, a demanda por quantidade e qualidade desses meios de condução é altíssima. Em que pese os esforços de Barão de Mauá para conectar o país por intermédio de ferrovias, em meados do século XIX, nos dias de hoje, o Brasil faz a movimentação interna desses bens, eminentemente, por estradas.

Em todo caso, seja ingressando ou saindo do território nacional, as mercadorias passam, necessariamente, por pontos alfandegados.

Estes pontos compreendem portos, aeroportos e fronteiras, que constituem a chamada zona primária, assim entendida como aquela que possui conexão direta com o exterior.

Assim estatui o artigo 3º, inciso I, do Decreto nº 6.759/09, denominado de Regulamento Aduaneiro:

Art. 3º. A jurisdição dos serviços aduaneiros estende-se por todo o território aduaneiro e abrange:

I - a zona primária, constituída pelas seguintes áreas demarcadas pela autoridade adua-

neira local:

- a) a área terrestre ou aquática, contínua ou descontínua, nos portos alfandegados;
- b) a área terrestre, nos aeroportos alfandegados; e
- c) a área terrestre, que compreende os pontos de fronteira alfandegados.

Evidentemente, por questões logísticas, a maioria dos aeroportos se concentram nas capitais dos estados e a maioria dos portos, na região costeira, localizada no lado leste do país, que é totalmente banhado pelo Oceano Atlântico.

Essa tendência é observada desde os tempos pré-coloniais, porquanto o envio dos carregamentos de pau-brasil extraídos do nosso litoral eram enviados à Coroa Portuguesa por embarcações que atravessavam o oceano. A exploração da árvore nativa ensejou, ainda, a criação das *feitorias* que foi o primórdio dos atuais armazéns ou entrepostos, pois eram locais onde a produção era armazenada e havia controle pelos *feitores*, responsáveis por fiscalizar os carregamentos e emitir a licença para que os navios partissem.

A concentração de portos em regiões costeiras provoca o desequilíbrio no desenvolvimento das demais regiões do país que, por serem mais interiorizadas, encontram dificuldades logísticas e econômicas para comercializarem, eis que a necessidade de transpor longas distâncias encarece o processo e compromete a competitividade. (CAPARROZ, 2021).

Nesse contexto, nascem os portos secos, assim denominados por serem instalados em áreas não marítimas, fluviais ou lacustres.

Cuida-se de terminal interno conectado a um ou a vários portos através de um sistema de transporte definido como intermodal, que, além de favorecer os produtores daquelas imediações, ajuda a desafogar os portos.

Assim, alguém que pretenda importar ou exportar e possua estabelecimento no interior Mato Grosso, tem as mesmas condições e facilidades de acesso ao local onde ocorre o despacho aduaneiro que seu concorrente que possua sede na cidade de Santos, que abriga o maior porto marítimo do Brasil e da América Latina.

A criação destas estações aduaneiras do interior se deu no início da década de 70, pelo então Ministro Antônio Delfim Netto, com o fito de atenuar o fluxo de mercadorias nas zonas primárias. Até então, existiam os Terminais Retroportuários Alfandegados – TRA, apelidados de “portos secos com calado”, porquanto estavam conectados ao porto e auxiliavam em períodos de grande movimentação.

Os portos secos são recintos alfandegados de uso público, autorizados a movimentar e armazenar mercadorias, e cuja exploração é feita pela iniciativa privada. O ato administrativo que, em geral, rege a operação dos portos secos é a permissão, sendo a concessão utilizada, tão somente, para quando a instalação se der em imóvel de domínio da União.

O artigo 2º, incisos I e II, da Instrução Normativa RFB Nº 1208/11, conceitua porto seco da seguinte forma:

Art. 2º Para fins desta Instrução Normativa, entende-se por:

- porto seco, o recinto alfandegado de uso público, onde são executadas operações de

movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de mercadorias e de bens de viajantes, sob controle aduaneiro;

- porto seco de fronteira, o recinto localizado em ponto de fronteira alfandegado ou em área contígua;

É o que descrevem, também, os artigos 11 e 12 do Decreto nº 6.759/09, cujo teor se colaciona abaixo:

Art. 11. Portos secos são recintos alfandegados de uso público nos quais são executadas operações de movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de mercadorias e de bagagem, sob controle aduaneiro.

§ 1º Os portos secos não poderão ser instalados na zona primária de portos e aeroportos alfandegados.

§ 2º Os portos secos poderão ser autorizados a operar com carga de importação, de exportação ou ambas, tendo em vista as necessidades e condições locais.

Art. 12. As operações de movimentação e armazenagem de mercadorias sob controle aduaneiro, bem como a prestação de serviços conexos, em porto seco, sujeitam-se ao regime de concessão ou de permissão.

Parágrafo único. A execução das operações e a prestação dos serviços referidos no caput serão efetivadas mediante o regime de permissão, salvo quando os serviços devam ser prestados em porto seco instalado em imóvel pertencente à União, caso em que será adotado o regime de concessão precedida da execução de obra pública.

No mesmo sentido, o artigo 3º da Instrução Normativa RFB Nº 1208/11:

Art. 3º A prestação de serviços desenvolvidos em porto seco sujeita-se ao regime de permissão, salvo quando o imóvel pertencer à União, caso em que será adotado o regime de concessão, precedido da execução de obra pública.

A possibilidade de conferir a atividade à iniciativa privada tem por objetivo fomentar a criação de cada vez mais portos, porquanto retiram do poder público o ônus de custear a estrutura.

DAS FORMAS DE DELEGAÇÃO

Para situar o estudo das formas de delegação da operação dos portos secos, inicialmente, se faz necessário discorrer, brevemente, sobre serviço público e delegação estatal, tão somente para fins didáticos.

Inexiste consenso acerca do conceito de serviço público. Isto porque, não há especificidade que o diferencie da atividade privada. A atividade, por si só, não permite concluir se um serviço é ou não público.

Cabe ao Estado, seja por intermédio da Constituição Federal ou das demais normas, definir quais serão de interesse público e geral, a serem prestadas dentro da sua estrutura, destinados a atender às necessidades básicas da coletividade. (FARIA, 2001)

O artigo 2º, inciso XIV, do Decreto 6.017/2017, que regulamenta os consórcios públicos, traz uma definição que, por ser genérica, não esgota o tema:

Art. 2º Para os fins deste Decreto, consideram-se:

XIV - serviço público: atividade ou comodidade material fruível diretamente pelo usuário,

que possa ser remunerado por meio de taxa ou preço público, inclusive tarifa;

No entanto, embora não seja possível estabelecer conceito certo e definido, a doutrina nos auxilia no entendimento da matéria.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende que:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo. (MELLO, 2016)

Já José dos Santos Carvalho Filho define serviço público como *“toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.”* (CARVALHO FILHO, 2016)

De outro lado, nos dizeres do renomado e saudoso administrativista, Hely Lopes Meirelles *“serviço público é todo aquele prestado pela Administração Pública ou por seus delegados, sob norma e controles estatais, para satisfazer as necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.”* (MEIRELLES, 2016)

Superada a sucinta discussão acerca do que é serviço público, passa-se à suas formas de prestação. o Estado poderá prestar serviços públicos de forma direta ou delegar a atividade a terceiro, mediante procedimento licitatório ou não, a depender da modalidade. (OLIVEIRA, 2003).

A delegação se revela como meio de descentralizar a execução de atividade estatal, sem, no entanto, transferir sua titularidade. Ou seja, o ente continua sendo titular do serviço, todavia, possibilita que pessoa jurídica de direito privado o execute, desafogando a máquina pública e permitindo que a prestação alcance o maior número de pessoas possível. São diversas as formas de delegação, dentre as quais podemos elencar: concessão, permissão, autorização e parceria público-privada.

Para concatenar as ideias, colacionam-se breves definições do que seriam os institutos mencionados.

Assim estatui o artigo 175, da CRFB/88, verbis:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. (grifei)

Concessão é ato administrativo bilateral, revestindo-se, portanto, de natureza contratual, por intermédio do qual a Administração Pública delega a particular a execução de serviço público, para executá-lo em seu nome, por sua conta e risco, assegurada a remuneração que decorrerá da tarifa cobrada do usuário. Pode ser operada em regime de monopólio ou não.

Nas preciosas lições de Hely Lopes Meirelles (2016):

Contrato de concessão de serviço público, ou, simplesmente, concessão de serviço público, é o que tem por objeto a transferência da execução de um serviço ao particular, que se remunerará dos gastos com o empreendimento, aí incluídos os ganhos normais do negócio, através de uma tarifa cobrada aos usuários.

Esclarece, ainda, que:

Pela concessão o poder concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. Delega apenas a execução do serviço, nos limites e condições legais ou contratuais, sempre sujeita a regulamentação e fiscalização do concedente.(IBID)

Já a permissão foi pouco regulada, podendo ser definida como ato administrativo, discricionário, unilateral e precário, praticado mediante prévia licitação, consentindo ao particular execução de atividade com interesse predominantemente coletivo. É formalizada por contrato de adesão e pode ser revogada unilateralmente pelo poder concedente.

Estabelecer a distinção entre concessão e permissão é tarefa tormentosa, pois ambas implicam prestação de serviços públicos por particulares, remunerados por tarifa paga pelos usuários. Tanto uma quanto outra, possuem seus níveis de exigência, complexidade e relevância social, razão pela qual esses critérios não auxiliam na hora de diferenciar os institutos.

Acerca do tema, Justen Filho (1997) preleciona:

A concessão é o instituto adequado às situações em que a transferência do serviço para a iniciativa privada importar atuação de médio e longo prazo, exigindo inclusive (mas não necessariamente) investimentos em bens reversíveis ao patrimônio público". (...) "A permissão será utilizável para delegações em que a remuneração obtida em curto prazo é suficiente para compensar o particular. Não haverá investimentos de maior monta nem haverá bens que reverterão para o patrimônio público. O contrato destina-se a prazos curtos de vigência.

Stuber (1996) também buscou diferenciar os institutos:

A concessão é um ato bilateral. Apesar da discricionariedade dos atos da Administração, de seu poder de, flexivelmente, estabelecer alterações ou encerrar o contrato de concessão, a qualquer tempo, por razões de interesse público, tais alterações ou encerramento acarretam o dever de pagamento de indenização, por rompimento contratual, do Poder Público ao concessionário.

A permissão é ato unilateral de outorga do exercício de serviço público a particular, a título precário. Ou seja, tal outorga não constitui o particular em direitos contra o Estado, não havendo vínculo de direito adquirido. Há, portanto, a possibilidade de revogação unilateral, e a qualquer tempo, por parte do Poder Público o dever de indenizar o particular, a menos que o contrário tenha sido expressamente previsto no contrato de adesão.

Em suma, concessão e permissão se diferem, basicamente, porque, a primeira se aperfeiçoa por contrato, e a segunda, por ato administrativo, discricionário, precário, revogável, a princípio, a qualquer tempo.

A autorização é ato administrativo discricionário, precário, unilateral e prescinde de contrato e licitação. Por esta modalidade de delegação, a administração pública autoriza o particular a utilizar bem público ou realizar atividade de seu interesse, ao contrário das modalidades anteriores que exigem o interesse público.

Por fim, a parceria público-privada (PPP), instituída pela Lei nº 11.079/2004, é espécie de delegação de serviço que muito se assemelha à concessão, contudo, com algumas diferenças.

O artigo 2º da Lei supra mencionada descreve:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro

privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de

13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Unificando os conceitos de concessão patrocinada e concessão administrativa, Di Pietro (2011) ensina:

Para englobar as duas modalidades em um conceito único, pode-se dizer que a parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

Assim, podemos concluir que concessão patrocinada é contrato administrativo pelo qual o Poder Público outorga a terceiro a execução do serviço, a ser executado em seu próprio nome, por sua conta e risco, precedido ou não de obra pública, assegurada a remuneração, advinda da tarifa cobrada, sem prejuízo da contraprestação pecuniária paga pelo Poder Público, de até 70%, ou mais, desde que haja autorização legislativa, e sob normas e controle do Estado.

A grande diferença entre essa modalidade de concessão e a concessão ordinária, regulada pela Lei nº. 8.987/1995, reside na possibilidade do Poder Público oferecer contraprestação pecuniária ao concessionário, além da quantia auferida com as tarifas cobradas do público usuário.

Na concessão administrativa, outra espécie de parceria público privada, é necessário que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta do serviço e que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Essa modalidade se destaca pela possibilidade de o Poder Público delegar quase todas as suas atividades, salvo exceções, que são tratadas no inciso III¹, do art. 4º da Lei nº 11.079/2004, que proíbe a delegação das funções de regulação, jurisdicional, poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; bem como aquelas que dependem de remuneração do usuário, pois só podem ser concedidas na modalidade patrocinada.

Logo, o objeto deste contrato só poderá consistir na execução de serviço administrativo (atividade-meio) ou serviço social não exclusivo do Estado, sendo possível que o concessionário receba recursos de outras fontes, diante da brecha deixada pelo artigo 6º, inciso V, ao utilizar “*outros meios admitidos em lei*”, restando evidente que a indicação das formas de contraprestação não é taxativa.

¹ Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: (...) III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

INSTALAÇÃO E OPERAÇÃO DOS PORTOS SECOS

João dos Santos Bizelli define território aduaneiro como aquele que “*compreende todo o território nacional, estando dividido, para fins de jurisdição dos serviços aduaneiros, em ‘Zona Primária’ e ‘Zona Secundária.’*” (BIZELLI, 2002)

Este é o conceito trazido nos artigos 2º e 3º, do Decreto nº 6.759/09, com a seguinte redação:

Art. 2º O território aduaneiro compreende todo o território nacional.

Art. 3º A jurisdição dos serviços aduaneiros estende-se por todo o território aduaneiro e abrange:

I - a zona primária, constituída pelas seguintes áreas demarcadas pela autoridade aduaneira local:

a) a área terrestre ou aquática, contínua ou descontínua, nos portos alfandegados;

b) a área terrestre, nos aeroportos alfandegados; e

c) a área terrestre, que compreende os pontos de fronteira alfandegados; e

d) - a zona secundária, que compreende a parte restante do território aduaneiro, nela incluídas as águas territoriais e o espaço aéreo.

A Zona Primária abrange faixas internas de portos e aeroportos, recintos alfandegados e locais habilitados na fronteira terrestre, bem como as demais áreas em que se realizam operações de carga e descarga de mercadorias ou embarque e desembarque de passageiros, vindos ou destinados ao exterior.

Compreende-se como recintos alfandegados, na Zona Primária, os pátios, armazéns, terminais e locais diversos destinados à movimentação, ao depósito de mercadorias importadas ou destinadas à exportação, que devam se movimentar ou permanecer sob controle aduaneiro, assim como as áreas reservadas à verificação de bagagens que chegam ou partem para o exterior.

A Zona Secundária é o restante do território aduaneiro, incluídas as águas territoriais e o espaço aéreo, pertencentes à União. Seus recintos alfandegados abrangem entrepostos, depósitos, terminais e demais unidades de armazenamento de mercadorias importadas ou destinadas à exportação, que, assim como na zona primária, devam se movimentar ou permanecer sob controle aduaneiro.

Com o passar dos anos, e o desenvolvimento econômico, aliado ao fortalecimento das relações internacionais, que, culminaram no aumento das exportações e importações, ficou inviável manter somente portos e aeroportos como pontos de armazenamento de cargas, haja vista que são vias de passagem, e não de permanência.

O gigantesco volume de carga que entra ou deixa o país, aliado à burocracia inerente aos procedimentos aduaneiros, fazem com o tempo de permanência em depósito possa se perpetuar por anos, evidenciando a ineficiência do Estado na prestação deste serviço.

Diante da necessidade de solucionar ou, ao menos, amenizar o problema, utilizando-se da sua prerrogativa de delegar a execução de serviços, a Administração Pública viabilizou a en-

trada da iniciativa privada na exploração do setor.

Não é ocioso rememorar o conteúdo do artigo 12 do Decreto nº 6.759/09, o qual se transcreve:

Art. 12. As operações de movimentação e armazenagem de mercadorias sob controle aduaneiro, bem como a prestação de serviços conexos, em porto seco, sujeitam-se ao regime de concessão ou de permissão.

Parágrafo único. A execução das operações e a prestação dos serviços referidos no caput serão efetivadas mediante o regime de permissão, salvo quando os serviços devam ser prestados em porto seco instalado em imóvel pertencente à União, caso em que será adotado o regime de concessão precedida da execução de obra pública.

O artigo 1º, inciso VI, da Lei nº 9.074/95, também traz essa previsão de forma expressa, vejamos:

Art. 1º Sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes serviços e obras públicas de competência da União:

(...)

VI - estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto, precedidos ou não de obras públicas.

Assim, por intermédio de permissão ou concessão, pessoas jurídicas de direito privado podem operar portos secos que, via de regra, tendem a ser construídos nas chamadas zonas secundárias. No entanto, nada obsta que a instalação desses espaços se dê em áreas contíguas aos pontos de fronteira alfandegados², com o fim de armazenar as cargas que serão colocadas ou retiradas dos veículos que estejam em trânsito terrestre, não podendo integrar áreas de portos ou aeroportos alfandegados.

A interiorização da atividade vem com propósito de tornar acessível aos produtores e empresários das diversas regiões do país, a possibilidade de adquirir produtos do exterior, para fomentar sua atividade, mantendo-os armazenados com regime especial de tributação, bem como ao consumidor comum ter acesso a mercadorias ainda não encontradas em solo brasileiro. De outra sorte, também democratizou a exportação, na medida em que, produtores e empresários que pretendam vender seus produtos e insumos a outros países, tenham igualdade de condições com aqueles que possuem sede nas proximidades dos grandes portos marítimos e aeroportos, diante de diversas facilidades, como a disponibilidade de transportes intermodais até o local de envio ao exterior.

E não são só países de dimensões extensas, como o Brasil, que se beneficiam das estações aduaneiras de interior. Países que não possuem acesso direto ao mar também tiram grande proveito na exploração de portos secos, por razões óbvias.

Nestes recintos, são exercidas as mesmas atividades de controle e fiscalização aduaneiras executadas na zona primária.

São diversas as vantagens de quem utiliza os portos secos, que contam com seguro para as cargas, custos mais baixos para manter as cargas armazenadas, regime especial de

² Artigo 2º da IN RFB Nº 1208/11 - Para fins desta Instrução Normativa, entende-se por: (...)

II - porto seco de fronteira, o recinto localizado em ponto de fronteira alfandegado ou em área contígua; Parágrafo único. O porto seco não poderá ser instalado na zona primária de portos e aeroportos alfandegados.

suspensão dos tributos, despacho aduaneiro de importação e exportação, que compreendem os procedimentos de conferência e desembaraço, dentre outros.

Contudo, infere-se que as vantagens não se resumem somente ao aspecto material, de recursos e infraestrutura, mas também na esfera tributária, a qual também há benesses conferidas pelo ordenamento jurídico e que serão objeto de estudo no próximo capítulo.

REGIMES ADUANEIROS ESPECIAIS

A alta carga tributária pode se revelar importante obstáculo aos empreendedores. O cálculo dos impostos nas operações de importação e exportação pode gerar efeito de alíquota sobre alíquota, fazendo com que as atividades de comércio exterior esbarrem no limite do insustentável.

Os regimes aduaneiros especiais foram criados no intuito de melhorar esse cenário. Previstas no Livro IV do Decreto nº 6.759/09, cada uma das modalidades ajuda a aliviar o impacto dos custos, fomentando a classe econômica a investir no mercado internacional e, por conseguinte, favorecer também a economia nacional, gerando empregos, renda, assim como recolhimento de outros tributos.

Cada regime especial oferece benefícios fiscais e tributários a determinados setores, nos seus processos de importação ou exportação, de acordo com critérios específicos, consistindo em exceção à regra de pagamento de tributos.

Dentre os incentivos previstos, do artigo 307 ao 503 do Regulamento Aduaneiro, podemos elencar a isenção e a suspensão parcial ou total de tributos incidentes. Na prática, os regimes podem, por exemplo, reduzir impostos na importação de insumos para bens a serem industrializados e, posteriormente, exportados. Ou, reduzir impostos para armazenamento de mercadorias por prazos determinados, para realização de feiras e exposições.

São regimes aduaneiros especiais:

IV Admissão Temporária

V Exportação Temporária

VI Entrepasto Aduaneiro

VII Recof e Recof Sped

VIII Repetro

IX Trânsito aduaneiro

X Depósito Afiançado (DAF)

XI Depósito Alfandegado Certificado (DAC)

XII Depósito Especial (DE)

XIII Depósito Franco

XIV Loja Franca

XV Drawback

XVI Repex

XVII Reporto

XVIII Despacho Aduaneiro Expresso

XIX PADIS

XX Recap

No que pese a extensa lista, nem todos estes regimes são aplicáveis nas dependências de um porto seco, motivo pelo qual, neste trabalho, não se discorrerá sobre cada um deles.

Considerando a especificidade do objeto de estudo, a análise a seguir irá se ater somente aos regimes cabíveis nos recintos alfandegados de interior, que são o comum e os suspensivos, que se dividem em:

1. Entrepasto aduaneiro;
2. Admissão temporária;
3. Exportação temporária;
4. Depósito Alfandegado Certificado;
5. Depósito Especial Alfandegado;
6. Trânsito aduaneiro.

Do regime comum

No regime comum, a mercadoria deve ter seu processamento ordinário realizado, dentro dos prazos estabelecidos e com recolhimento dos impostos devidos, sem qualquer benesse.

Dos regimes suspensivos

São aqueles que oferecem alguma vantagem, notadamente, com relação ao momento de recolhimento dos tributos, bem como sua forma de cálculo.

Entrepasto aduaneiro

O regime especial de entreposto aduaneiro, na importação ou na exportação, é o que permite o armazenamento de mercadorias em recintos alfandegados com suspensão dos tributos federais.

A matéria está regulada do artigo 404 ao 419 do Decreto 6.759/09.

Na importação, a mercadoria poderá permanecer em recinto alfandegado de uso público, com suspensão total dos tributos pelo prazo de até 1 ano, prorrogável por período não superior, no total, a dois anos, contados da data do desembaraço aduaneiro de admissão, permitindo que seja realizado a liberação parcial da mercadoria no decorrer deste prazo, pagando os tributos devidos a esta parcela.

Na exportação, há divisão em regime comum, que permite a armazenagem de mercadorias em recinto de uso público, com suspensão do pagamento dos impostos federais, e o regime extraordinário, cuja armazenagem pode ser feita em recinto de uso privativo, com direito a utilização dos benefícios fiscais previstos para incentivo à exportação, antes do seu efetivo embarque para o exterior.

A Instrução Normativa SRF Nº 241/02 foi editada, especialmente para regulamentar o regime em questão, nos termos do que foi explanado, sendo relevante transcrever os seus artigos 2º, 3º e 4º, a seguir:

Art. 2º O regime de entreposto aduaneiro aplica-se à importação e à exportação.

Art. 3º O regime de entreposto aduaneiro na importação permite a armazenagem de mercadoria em local alfandegado com suspensão do pagamento dos impostos incidentes.

Art. 4º O regime de entreposto aduaneiro na exportação permite a armazenagem de mercadoria em local alfandegado:

I - com suspensão do pagamento dos impostos, na modalidade de regime comum; e II - com direito à utilização dos benefícios fiscais relativos à exportação, antes do seu efetivo embarque para o exterior, na modalidade de regime extraordinário.

Admissão temporária

Prevê a suspensão parcial ou total dos tributos para importação temporária de produtos. Para fazer jus ao benefício, o contribuinte deve comprovar que precisa do produto importado para finalidade específica, que deve ser prevista (econômica ou não); por período previamente determinado, comprometendo-se a devolvê-lo ao exterior dentro do prazo estipulado.

A “utilização econômica” permite a importação de bens destinados à prestação de serviços a terceiros ou à produção de outros bens destinados à venda, por prazo fixado, com pagamento dos tributos federais incidentes na importação, proporcionalmente ao seu tempo de permanência no território aduaneiro, na monta de 1% sobre o montante originalmente devido, por cada mês ou fração do período de vigência.

Exportação temporária

Regime concedido sob condição do retorno da mercadoria dentro do prazo estipulado. Exemplo clássico dessa modalidade é o envio de obras de arte para exibição em eventos culturais e artísticos, no exterior, ou envio de algum bem para conserto.

Depósito Alfandegado Certificado (DAC- DUB)

Permite que mercadorias já vendidas ao exterior fiquem armazenadas em território brasileiro, em local alfandegado. A sigla DUB (Delivered Under Customs Bond), significa “Entregue sob Fiança Alfandegária”.

Depósito Especial Alfandegado (DEA)

Este regime suspende o pagamento de tributos para importação e estocagem de partes, peças de reposição ou materiais de manutenção para veículos, instrumento, máquinas, equipamentos e aparelhos, e seus componentes, sejam estrangeiros, nacionalizados ou não.

Trânsito aduaneiro

Ao ingressar no Brasil, pela zona primária, as mercadorias vindas de outros países somente podem circular pela zona secundária após regular procedimento de nacionalização.

Sendo assim, encontra-se aparente óbice com relação ao transporte desses carregamentos até os portos secos, local em que será efetuado o despacho aduaneiro de importação, considerando que, até o momento da entrada da mercadoria na área do porto seco ela é considerada estrangeira.

Com base nisso, qualquer desvio ocorrido no caminho resultaria em introdução clandestina, acarretando não só prejuízo financeiro e dano ao erário, como também insegurança, porquanto não realizada a verificação de seu conteúdo.

Para solucionar a questão, estabeleceu-se o regime aduaneiro especial denominado “trânsito aduaneiro”, regulado nos artigos 315 a 320 do Decreto nº 6.759/09.

Sua definição é trazida pelo texto do artigo 315, segundo o qual “*o regime especial de trânsito aduaneiro é o que permite o transporte de mercadoria, sob controle aduaneiro, de um ponto a outro do território aduaneiro, com suspensão do pagamento de tributos.*”

A medida visa garantir que a mercadoria chegue ao seu destino nas mesmas condições em que saiu do ponto de origem, seja da zona primária para a secundária, ou vice versa, pois, no procedimento de exportação, este regime de trânsito aduaneiro também pode ser aplicado.

Considerando que na exportação, o despacho aduaneiro é feito no ponto de origem, isto é, na zona secundária, se a carga não for efetivamente embarcada para o exterior, sendo reintroduzida em solo brasileiro, ocorrerá a figura da desoneração tributária, o que, em termos práticos, fere a livre concorrência e se amolda ao crime de contrabando, na modalidade prevista no artigo 334-A, §1º, inciso III, do Código Penal, cujo texto ora se transcreve, *verbis*:

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§1º Incorre na mesma pena quem:

(...)

III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação;

De outra sorte, as mercadorias importadas que já se encontrem em circulação no território nacional ostentam presunção de que já foram devidamente nacionalizadas e recolhidos os devidos tributos. Caso sejam detectados bens em desconformidade, seu titular se sujeita à pena de perdimento, além de outras sanções, não sendo passível de regularização, conforme entendimento dos Tribunais.

TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPORTAÇÃO IRREGULAR DE APARELHO DE SOM. PENA DE PERDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE LIBERAÇÃO DOS BENS.

INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 323 DO STF 1. A pena de perdimento de bens - admitida nos termos do art. 5º, inciso XLVI, letra b, da Constituição Federal - tem aplicação nos casos de importação irregular de mercadorias e está inscrita no art. 105, X, do Decreto-Lei 37/1966, combinado com o art. 23, IV, do Decreto-Lei 1.455/1976. 2. Aplica-se o entendimento de que está sujeita à pena de perdimento a mercadoria importada desacompanhada da declaração do recolhimento do tributo devido. 3. Inaplicável, no caso, a Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal porque não se trata de hipótese de exigência de

recolhimento de tributo para desembaraço aduaneiro de mercadoria importada. 4. A hipótese de regularização, mediante pagamento dos tributos devidos para regular importação, não está prevista nos atos normativos porque a apreensão ocorreu em zona secundária do território aduaneiro, sem que tenha havido declaração da mercadoria no momento em que adentrou ao país, permanecendo restrita sua regularização à zona primária. Tal mercadoria, portanto, não mais está sujeita à tributação, mas à pena específica de perdimento (art. 87 da Lei n. 4.502, de 30 nov 1964). 4. Apelação a que se nega provimento. (AMS 1000092-10.2017.4.01.4200, JUIZ FEDERAL RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA, TRF1 - OITAVA TURMA, PJe 17/06/2020 PAG.)

TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. IMPORTAÇÃO IRREGULAR DE MERCADORIAS. AUSÊNCIA DE DESEMBARAÇO ADUANEIRO. PENA DE PERDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE LIBERAÇÃO DOS BENS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 323 DO STF. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. 1. “Apena de perdimento de bens - mecanismo perfeitamente constitucional, nos termos do art. 5º, inciso XLVI, letra b, da Constituição Federal - tem aplicação nos casos de importação irregular de mercadorias e está inscrita no art. 105, X, do Decreto-Lei 37/1966, combinado com o art. 23, IV, do Decreto-Lei 1.455/1976.” (AMS 199932000061922; Relator(a) Desembargadora Federal Maria Do Carmo Cardoso; Oitava Turma; e-DJF1 DATA:22/01/2010 PAGINA:270). No mesmo sentido: RESP 200702105714; Relator(a) Castro Meira; Segunda Turma; DJE DATA:05/11/2008 RSTJ VOL.:00213 PG:00229; TRF/1ª Região: AMS 199832000040676; Relator(a) Juíza Federal Gilda Sigmaringa Seixas (Conv.); Sétima Turma; e-DJF1 DATA:12/06/2009 PAGINA:218; AMS 199934000256394; Relator(a) Juíza Federal Anamaria Reys Resende (Conv.); Sétima Turma; e-DJF1 DATA:18/04/2008 PAGINA:220; Ag 200901000179095; Relator(A) Juiz Federal Osmane Antonio Dos Santos (Conv.); Oitava Turma; E-DJF1 DATA:16/10/2009 PAGINA:847; AGTAG 200901000287903; Relator(a) Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral; Sétima Turma; e-DJF1 DATA:25/09/2009 PAGINA:370; AGTAG 200701000115852; Relator(a) Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto (Conv.); Sétima Turma; DJ DATA:28/09/2007 PAGINA:116 2. Aplica-se o entendimento de que está sujeita à pena de perdimento a mercadoria importada sem o devido desembaraço aduaneiro, nos termos do disposto no art. 44 do Decreto-Lei 37/66. 3. Inaplicável, na espécie, a Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”. Trata-se, na verdade, de exigência do cumprimento da legislação tributária para o desembaraço aduaneiro de mercadoria importada, e não de apreensão de mercadoria como meio coercitivo para pagamento de tributos. 4. “A hipótese de regularização, (...), não encontra amparo legal se surpreendido o portador em Zona Secundária do Território Aduaneiro, sem que tenha declarado a mercadoria no momento em que adentrou ao país na posse dela, permanecendo restrita sua regularização à Zona Primária. Tal mercadoria, portanto, não mais está sujeita à tributação, mas à pena específica de perdimento (art. 87 da Lei n. 4.502, de 30 NOV 1964)” (AG , DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, TRF1 -SÉTIMA TURMA, 29/04/2011). (...) 8. Apelação não provida. Sentença mantida. (AC 0000667-32.2006.4.01.3000, DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, TRF1 - SÉTIMA TURMA, e-DJF1 26/04/2013 PAG 1020.)

TRIBUTÁRIO - ADUANEIRO - APREENSÃO DE BEM DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA EM ZONA SECUNDÁRIA DESACOMPANHADO DA DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DE SUA REGULAR IMPORTAÇÃO - LEGALIDADE DA MEDIDA - SENTENÇA DENEGATÓRIA MANTIDA 1. A legislação sobre a matéria é expressa (arts. 8, 689, inc. X e 690 do Regulamento Aduaneiro) em determinar a pena de perdimento para os casos em que a fiscalização em Zona Secundária (qualquer área além da determinada para verificação legal de importação de produtos) encontra produtos internados sem a devida documentação (sonegação). 2. Inaplicável, ao caso, a Súmula 323 do STF, tendo em vista que mercadoria apreendida não está mais sujeita à tributação, mas à pena específica de perdimento (art. 87 da Lei 4.502/64). 3. Consoante o assinalado na r. sentença, “mesmo sem que o Poder Público disponibilize recursos materiais e humanos para que o órgão fiscalizador labute vinte e quatro horas ou em horário estendido, as leis que regem a importação não são afastadas, e nem poderiam sê-lo, sob pena de maior estrangulamento do mercado interno.” 4. As informações contidas no Termo de Retenção de Mercadorias são suficientes para indicar o motivo da retenção da mercadoria, não havendo que se falar em violação ao princípio da imputação específica. 5. Recurso de apelação improvido. (APELAÇÃO CÍVEL - 339333 ApCiv 0002451-54.2010.4.03.6005, RELATORA DESEMBARGADORA FEDERAL MÔNICA NOBRE, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 14/09/2018)

Assim, caberá ao importador, ora contribuinte, a prova de que processo foi concluído, com a regularização dos documentos e recolhimento dos tributos devidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado, dentre suas inúmeras incumbências, deve promover a adequada prestação dos seus serviços, fomentar a economia e zelar pela boa relação comercial com outros países, como forma de buscar crescimento econômico.

Nesse contexto, investir em infraestrutura, conceder benefícios fiscais, desburocratizar processos, reduzir custos e delegar aquilo que lhe for possível, são passos importantes a serem dados nessa direção.

O comércio exterior é uma das bases para o desenvolvimento de uma nação, pois, é por seu intermédio que o pequeno produtor tem oportunidade de prosperar o seu negócio expandindo suas atividades, as grandes empresas são atraídas a investir no país, gerando riqueza, postos de trabalho diretos e indiretos.

Quanto mais riquezas são movimentadas, maior a capacidade de compensar os incentivos fiscais dados, haja vista que, quando há aumento nas importações e exportações, o dinheiro circula e outros impostos são arrecadados.

Sendo assim, não é mais dado ao Poder Público, atualmente, se manter inerte diante da ineficiência da atuação estatal, devendo utilizar-se das ferramentas que a lei lhe proporciona para corrigir discrepâncias.

Com este trabalho, procurou-se discorrer acerca da descentralização dos pontos alfandegados de uso públicos, que, outrora, se restringiam às áreas de portos marítimos, aeroportos e fronteiras terrestres, a chamada zona primária do território aduaneiro.

O advento dos portos secos ou estações aduaneiras do interior, viabiliza a redução das desigualdades entre as regiões do Brasil, por ser meio facilitador do processo de importação e exportação aos empreendedores que residem fora da zona primária.

As facilidades se constituem em condições especiais no recolhimento de tributos, disponibilidade de transporte intermodal, alta capacidade e baixo custo de armazenagem, prestação de serviços conexos à atividade principal, despacho aduaneiro realizado nas dependências do porto seco, pela autoridade aduaneira, dentre outras.

O Brasil, que já possui 175 portos marítimos, vem cada vez mais incentivando a instalação de portos secos, que, atualmente, somam 63 unidades. E a tendência é que esse número continue crescendo, nos próximos anos. Já existem diversos estudos de viabilidade, em curso para Rio Claro (SP), Ponta Grossa (PR), e outras cidades.

Espera-se que o assunto seja cada vez mais debatido, sem prejuízo de outros que também são de extremo interesse e relevância para o progresso pátrio, com o fito de levá-lo conhecimento da população em geral, extrapolando-se o ambiente acadêmico. Popularizar questões relativas ao crescimento econômico é o primeiro passo para se buscar uma sociedade mais informada e interessada em evoluir.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros. 33ª edição, 2016.
- BIZELLI, João dos Santos. Noções básicas de importação. 9. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2002.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 30ª edição, 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Ed. Atlas. 8ª ed., 2011.
- FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de Direito Administrativo Positivo. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 1997.
- LENZA, Pedro; CAPARROZ, Roberto. Comércio Internacional e Legislação Aduaneira - Coleção Esquematizado 2021, 7ed. - São Paulo: Saraiva, 2021.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 42ª edição, 2016.
- OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. Entidades Prestadoras de Serviços Públicos e Responsabilidade Extracontratual. São Paulo: Atlas, 2003.
- PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Administrativo Descomplicado. São Paulo: Método, 15ª edição, 2016.
- STUBER, Walter Douglas. O Financiamento de Projetos no Brasil e a Lei de Concessões. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 02 ago 2022.
- Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm >. Acesso em 02 ago 2022.
- Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em 02 ago 2022.
- Lei nº 9.074 de 7 de Julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9074compilada.htm>. Acesso em 02 ago 2022.
- Lei nº 11.079/2004 de 30 de Dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm>. Acesso em 02 ago 2022.

Decreto nº 6.759/09, de 5 de Fevereiro de 2009. Regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em 02 ago 2022.

Decreto nº 6.017, de 17 de Janeiro de 2007. Regulamenta a Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6017.htm>. Acesso em 02 ago 2022.

Instrução Normativa RFB Nº 1208, de 04 de Novembro de 2011. Estabelece termos e condições para instalação e funcionamento de portos secos e dá outras providências. Disponível em <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=36692>>. Acesso em 02 ago 2022.

Instrução Normativa SRF Nº 241, de 06 de Novembro de 2002. Dispõe sobre o regime especial de entreposto aduaneiro na importação e na exportação. Disponível em <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15117>>. Acesso em 02 ago 2022.

Tipos de regimes aduaneiros especiais: guia básico. Artigos sobre Logística - Grupo SERPA. Disponível em <<https://www.gruposerpa.com.br/tipos-de-regimes-aduaneiros/>>. Acesso em 02 ago 2022.

O que é e como funciona um porto seco. Disponível em <<https://www.remissaonline.com.br/blog/o-que-e-e-como-funciona-um-porto-seco/>>. Acesso em 02 ago 2022.



Cédula de produto rural: o ordenamento jurídico acerca da CPR

Cédula de produto rural: the legal system regarding the CPR

Lucas Diogo Teixeira da Cruz

ISEPE/RONDON

Jonathan Amorim Spagnoli

ISEPE/RONDON

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.188.14

RESUMO

O objetivo deste estudo é analisar o ordenamento jurídico da Cédula de Produto Rural, um importante instrumento de financiamento para o agronegócio no Brasil. Trata-se de um título híbrido que visa à compra e venda de produtos rurais mediante a entrega física acordada, configurando um negócio jurídico oneroso. Com base no exposto, é possível concluir que a implementação da Cédula de Produto Rural foi um marco importante no cenário financeiro do agronegócio brasileiro, possibilitando o acesso ao crédito de forma mais eficiente e segura para os produtores rurais. Além disso, a CPR se mostrou um instrumento relevante para a mitigação de riscos e proteção de preços para os agricultores, impactando positivamente toda a cadeia produtiva agrícola. Dessa forma, sugere-se que futuros estudos sejam realizados para aprofundar a análise da aplicabilidade da legislação da CPR na prática, com o objetivo de avaliar possíveis melhorias e aprimoramentos para ampliar ainda mais os benefícios para o setor agrícola. O estudo examinará tanto os elementos cambiais, bem como os elementos contratuais que compõem a Cédula, levando em conta a evolução histórica do crédito rural brasileiro, a qual tornou possível a criação da Cédula de Produto Rural e seus reflexos na esfera jurídica, em razão das particularidades deste instrumento. A análise tem como objetivo evidenciar o potencial deste instrumento de crédito, identificando as inseguranças e propondo soluções para que a Cédula de Produto Rural cumpra os objetivos previstos pela legislação brasileira, contribuindo para o fortalecimento do setor agrícola, que é a principal base econômica do país.

Palavras-chave: ordenamento jurídico. financiamento. agronegócio. agricultores.

INTRODUÇÃO

As normas do direito devem acompanhar o dinamismo da vida, visto que são criadas para orientar a sociedade. É nesse contexto que, na década de 90, surgiu a Cédula de Produto Rural (CPR) como alternativa ao crédito agrícola oficial, que estava cada vez mais escasso. O Brasil, conhecido por sua vasta extensão territorial e potencial de ser o “celeiro mundial”, tem grande parte de sua economia voltada para o agronegócio, o que gera uma dependência entre o país e esse setor.

Durante anos, o Estado financiou a atividade agrícola por meio de políticas agrícolas intervencionistas. No entanto, a crise financeira que afetou o Estado no século passado resultou na escassez do crédito rural e o Estado deixou de ser capaz de financiar adequadamente o setor, como preconizava a Lei nº 4.829/65, que buscava o desenvolvimento da produção rural.

Diante desse quadro e da falta de apoio do Poder Público, o crédito privado foi aprimorado, criando-se novas formas de financiar a atividade rural. Com o objetivo de alterar essa conjuntura, foi criada a Cédula de Produto Rural (CPR) pela Lei nº 8.929/94. Como a redução dos sistemas de financiamento oficial fez com que a esperança fosse depositada no setor privado, restou ao Estado apenas a normatização das operações privadas para o custeio deste setor.

Assim, a Cédula de Produto Rural (CPR) buscou minimizar as dificuldades encontradas pelos produtores rurais, simplificar o mercado financeiro e desenvolver o agronegócio no país por meio do gerenciamento de riscos no setor agrícola. Isso revelou a adequação da CPR às necessidades do campo. A aceitação e utilização dessa cártula foram tão grandes que, quando se fala em agronegócio acompanhado de títulos de garantia e segurança, a sigla CPR imediata-

mente vem à mente, sendo este o título de crédito mais utilizado no financiamento do agronegócio brasileiro.

Quando foi introduzida no setor agrícola, a Cédula de Produto Rural (CPR) tinha apenas duas funções: facilitar e garantir maior segurança nas negociações antecipadas de produtos rurais, bem como fornecer ao produtor rural uma fonte de receita à iniciação e manutenção de sua atividade, mediante a alienação de suas futuras produções. Em comparação com uma simples compra e venda de produtos rurais, esse título representa um negócio jurídico oneroso com características próprias de um contrato sinalagmático (GIMENEZ; GOZER, 2008).

Quando emitida, a CPR estabelece um vínculo jurídico entre dois ou mais indivíduos que se comprometem a cumprir suas respectivas obrigações. A Lei 8.929/94 estabelece que o comprador só pode exigir a entrega do produto descrito na CPR após o pagamento em dinheiro pelo produto rural. No entanto, a jurisprudência moderna reconhece que esse título tem também uma natureza negocial e pode ser utilizado tanto para financiamento de safras com pagamento antecipado, quanto para operações de “hedge” que visam proteger o agricultor contra flutuações de preços no mercado.

Devido à sua simplicidade e alta circulação, baseada na confiança e na temporalidade, a CPR também se caracteriza como um título de crédito, demonstrando sua natureza híbrida.

Além disso, a Lei 10.200/01 instituiu a Cédula de Produto Rural Financeira (CPRF) como uma forma de atrair capital privado para o desenvolvimento do setor agrícola no Brasil. Essa nova cártula alterou a forma de liquidação da Cédula de Produto Rural (CPR) introduzindo o artigo 4-A na Lei 8.929/94. É importante ressaltar que a CPRF compartilha muitas características com a CPR física, mas é importante distinguir entre os dois instrumentos, pois cada um tem sua própria natureza e finalidade específica.

A Cédula de Produto Rural (CPR) tornou-se amplamente utilizada por produtores rurais, empresas agropecuárias e cooperativas, o que gerou riscos para todas as partes envolvidas. Porém, surgiram alternativas para superar esses obstáculos, como sistemas e instrumentos para gerenciamento de riscos em transações do agronegócio, auxiliando na gestão de recebíveis durante toda a safra para garantir um planejamento correto e uma execução segura.

Portanto, é importante não tratar a Cédula de Produto Rural (CPR) e a Cédula de Produto Rural Financeira como simples títulos cambiais, devido à complexidade de suas naturezas. Esses instrumentos devem receber a devida importância, pois são direcionados ao fomento e ao custeio do setor agropecuário brasileiro, uma atividade econômica de grande interesse para o bem-estar social.

O CRÉDITO RURAL BRASILEIRO E SEU HISTÓRICO

Ao longo da história do Brasil, o governo buscou implementar instrumentos para expandir o crédito rural e apoiar o desenvolvimento do homem do campo, que muitas vezes carece de recursos para suas atividades. No entanto, essas políticas foram afetadas pela burocracia e lentidão no processo de concessão de subsídios financeiros, o que tem sido apontado como um obstáculo para o desenvolvimento pleno do agronegócio no país.

Desde a colonização, a agricultura tem sido a base econômica do Brasil, principalmente na atividade extrativista. Com a modernização urbano-industrial, o agronegócio também passou a ter um papel importante como gerador de recursos para a industrialização do país.

No entanto, segundo Bulgarelli (1996), a concessão de crédito rural tem sido um desafio, sendo necessário envolvimento tanto do poder público quanto de instituições privadas.

Durante a década de 30, na gestão de Vargas, foi criada a Carteira de Crédito Agrícola e Industrial do Banco do Brasil (CREAI), o primeiro instrumento oficial de financiamento rural no Brasil. No entanto, foi apenas em 1937, com a promulgação da Lei nº 492/37, que regulou o penhor rural, que o Estado passou a adotar um mecanismo legal capaz de assegurar direitos recíprocos aos financiadores e financiados. Nesse período, o crédito rural era obtido por meio da Cédula Rural Pignoratícia, documento resultante da transcrição de um contrato de penhor, que favorecia a parte credora na relação negocial, uma vez que a vontade do devedor era irrelevante em casos em que o crédito era transferido para terceiros.

A situação mudou significativamente com a promulgação da Lei 3253/57, que criou as Cédulas de Crédito Rural, a Cédula Rural Hipotecária, a Nota de Crédito Rural e introduziu novas características ao título existente, a Cédula Rural Pignoratícia. O artigo 1º da lei previa que “os empréstimos bancários concedidos às pessoas físicas ou jurídicas que se dediquem às atividades agrícolas ou pecuárias poderão ser realizados por meio da cédula de crédito rural, nos termos desta lei”.

A Cédula de Crédito Rural é definida pela lei como um instrumento que representa a promessa de pagamento em dinheiro, podendo ser com ou sem garantia real.

Com a institucionalização do crédito rural e o fortalecimento da política de crédito agrícola no Brasil, foi criado, por meio da Lei nº 4829/65, o Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR). Esse sistema foi baseado em políticas públicas e em um modelo de intervenção estatal.

De acordo com Marcus Reis (2016, p.17), em seu livro “Manual Jurídico da CPR”:

Diante da queda na atividade econômica rural, que sofreu uma retração de 15% na década de 1960, foi criado o Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR) por meio da Lei nº 4829/65. O objetivo principal do sistema era estimular o aumento dos investimentos na atividade rural, incluindo armazenagem, industrialização, custeio da produção e comercialização dos produtos agropecuários. O SNCR também visava fortalecer os produtores rurais, especialmente os pequenos e médios, incentivar a adoção de métodos de produção eficientes e sustentáveis, aumentar a produtividade, melhorar o padrão de vida das populações rurais e preservar o solo. Além disso, a criação do SNCR garantiu uma maior parcela de recursos financeiros para a agricultura, já que os bancos comerciais privados, sem o apoio de uma legislação específica, não conseguiram atender satisfatoriamente às demandas do setor.

O Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR) foi criado com o objetivo principal de fornecer suporte ao crescimento urbano-industrial. Através de uma política baseada em três pilares de financiamento: crédito de custeio, crédito de investimento e crédito de comercialização, o programa promoveria mudanças na técnica da agricultura, visando ao crescimento da relação agroindustrial. O SNCR incentivava os ramos voltados aos bens de produção e meios de processamento de produtos agrícolas, o que resultaria em maior produtividade, menores preços e maiores índices de exportação, garantindo o sucesso desta política intervencionista. As décadas de 60 e 70 foram marcadas pela modernização de diversos setores da agricultura propiciados

pelo SNCR, que fornecia pesados subsídios ao segmento.

O papel do Estado no desenvolvimento do campo, especialmente no que diz respeito à assistência creditícia, foi fundamental para a regulamentação do financiamento de recursos econômicos destinados à exploração rural. Com o objetivo de amparar cada vez mais os produtores rurais, o governo promulgou o Decreto-Lei nº 167/67, baseado nos estudos e na experiência da Carteira de Crédito Agrícola e Industrial do Banco do Brasil, para melhor estruturar os instrumentos de crédito ao agricultor, dando nova roupagem aos já existentes, representando mais um pequeno avanço na história do financiamento rural brasileiro.

Como consequência disso, o uso do crédito financiado cresceu vigorosamente, representando, na década de 70, 90% do produto interno da agricultura brasileira. No entanto, o crédito rural oficial, criado para substituir o fomento particular e desenvolver o setor agropecuário brasileiro, começou a sofrer limitações, uma vez que o excessivo aumento de financiamentos não foi suficiente para suprir todas as carências da atividade primária, descaracterizando um dos objetivos propostos pelo Estado: o atendimento aos pequenos e mini produtores rurais. Isso ocorreu porque os grandes e médios produtores detinham a hegemonia sobre tais subsídios.

Com o intuito de acompanhar a dinâmica e as necessidades da economia, o crédito rural vem evoluindo constantemente ao longo do tempo. Em 2001, por meio da Lei nº 10.200/01, houve um avanço significativo ao permitir a liquidação financeira da Cédula de Produto Rural (CPR), por meio do acréscimo do art. 4-A na Lei 8.929/94, abrindo espaço para uma nova modalidade de crédito rural. A evolução do crédito rural culminou com a criação de novos títulos voltados para o agronegócio, por meio da Lei nº 11076/04 e da Instrução Normativa nº 422/05 da Comissão de Valores Mobiliários (PEREIRA, 2004).

Resumidamente, a evolução histórica da concessão de crédito ao agronegócio reflete uma mudança na política pública, onde o Estado intervencionista é substituído por um Estado fomentador da iniciativa privada, transferindo a responsabilidade de financiar o setor agrícola para o mercado financeiro privado. O governo agora atua apenas como regulador e garante a segurança das partes envolvidas nas transações comerciais.

A CÉDULA DE PRODUTO RURAL COMO TÍTULO FINANCEIRO

O crédito é uma ferramenta fundamental para movimentar e circular o capital, sendo indispensável na atual organização comercial moderna e se concretizando por meio dos títulos de crédito.

Como mencionado por Almeida (2004, p. 3):

Os títulos de crédito têm um papel crucial na economia ao oferecer uma forma fácil de aplicação para o capital privado e superar a hesitação dos pequenos investidores, impulsionando as economias mais cautelosas a participar de empreendimentos mais arrojados. Ao capturar energias ociosas, mobilizar riquezas ocultas, substituir a moeda e multiplicar as forças do capital, os títulos de crédito desempenham uma função econômica extraordinária.

Compreende-se, portanto, que a Cédula de Produto Rural (CPR), juntamente com outras Letras de Câmbio, tais como notas promissórias, cheques e duplicatas, é um exemplo de título de crédito. Segundo a definição de Vivante (1945), um título de crédito é um “documento

necessário para exercer o direito literal e autônomo nele mencionado”. Esta definição foi adotada pelo Código Civil Brasileiro em seu artigo 887, “[...] o título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei”. (VIVANTE, 1992)

O título de crédito é um instrumento caracterizado, em sua essência, por legitimar uma obrigação futura a ser cumprida pelo devedor em favor do credor, ou seja, o possuidor do título. Nesse sentido, a concepção de crédito envolve a noção de confiança na obrigação a ser prestada pelo devedor e em suas garantias pessoais ou reais, bem como a ideia de tempo, que representa o prazo que medeia a prestação atual contra a promessa de uma prestação futura.

A definição de título de crédito, criada por Vivante (1945), apresenta os princípios gerais que regem o regime jurídico cambial, a saber: a cartularidade, a literalidade e a autonomia. O primeiro princípio extraído desse conceito é a cartularidade, que está presente na expressão “documento”. De acordo com esse princípio, o direito se materializa no documento e não na pessoa possuidora do papel.

Pode-se concluir que a Cédula de Produto Rural é um título de crédito que representa a obrigação de entregar produtos rurais, cuja validade está condicionada ao cumprimento de requisitos legais previstos no artigo 3º da Lei 8292/94. Nesse sentido, a exigência de que a CPR seja materializada em um documento escrito é um princípio fundamental da cartularidade.

Em continuidade, o segundo princípio derivado do conceito de Título de Crédito é o da literalidade, que implica que o documento representativo do crédito está vinculado ao conteúdo literal nele contido, subordinando seus signatários apenas ao que está expresso em suas cláusulas.

Como bem destaca Albuquerque (1995, p. 309):

A ideia da literalidade é que o direito representado pelo título de crédito esteja expresso de forma clara e precisa no documento, determinando sua existência, conteúdo, extensão e modalidade. A função da literalidade é, portanto, constitutiva e fonte do direito autônomo representado pelo título.

O legislador, portanto, estabelece, à luz deste princípio, que na emissão da Cédula de Produto Rural (CPR), é necessário haver menção expressa de qualquer documento adicional que complemente o título, sem o qual não será considerado parte da cártula, garantindo, assim, segurança jurídica nas relações comerciais e, conseqüentemente, celeridade na concessão de crédito.

Assim sendo, o artigo 3º da Lei 8.929/94 traz implicações concomitantes aos princípios da cartularidade e literalidade, uma vez que define os requisitos indispensáveis à emissão do título e revela que o direito cartularizado encontra seus limites no conteúdo e nos termos do título em questão.

Portanto, o princípio da autonomia é o terceiro extraído do conceito de Vivante, que determina que as obrigações representadas em um título de crédito são independentes entre si.

Sobre tal premissa, Requião (2005, p. 322) cita:

O título de crédito é considerado autônomo não por causa da causa subjacente, como às vezes se explica, mas porque o possuidor de boa-fé exerce um direito próprio que não pode ser limitado ou destruído devido às relações existentes entre os possuidores anteriores e o devedor. Assim, cada obrigação decorrente do título é autônoma em relação às demais.

Ao contrário das demais letras de câmbio, que são regidas pela teoria da abstração, a Cédula de Produto Rural (CPR) é única e autônoma. Isso significa que o direito exercido pelo titular da CPR não está vinculado às relações entre o emitente, endossantes e avalistas. Os princípios dos títulos de crédito são fundamentais para garantir a segurança jurídica nas relações comerciais, uma vez que a negociabilidade e executoriedade dos títulos protegem o crédito e possibilitam sua rápida circulação.

A CPR é considerada um título de crédito impróprio, já que possui algumas peculiaridades que a diferenciam das demais letras de câmbio, mas ainda assim atende aos princípios do direito cambial.

A cédula de produto rural para constituição do crédito cambiário

A Constituição do Crédito Cambiário na Cédula de Produto Rural é o conjunto de normas e regras que regulamentam essa modalidade de crédito. Segundo Santos e Silva (2010), a CPR é um título de crédito emitido pelo produtor rural, pessoa física ou jurídica, que esteja em dia com suas obrigações legais e fiscais, e que contém informações precisas sobre o produto rural objeto do crédito, incluindo a quantidade, a qualidade, o preço e as condições de pagamento.

De acordo com o Código Civil Brasileiro (2002), o Crédito Cambiário na CPR é caracterizado pela transferência da titularidade dos títulos para o credor, conferindo-lhe o direito de receber o valor da dívida no vencimento. Essa transferência é feita por meio do endosso, que pode ser realizado pelo credor original para um terceiro, indicando o nome do novo credor e a data do endosso.

O aceite da CPR é opcional por parte do produtor rural e deve ser expresso por meio da assinatura no título. Segundo Martins (2013), o aceite confere maior segurança ao credor, tornando a dívida mais líquida e certa. A CPR deve ter uma data de vencimento fixa, que deve ser respeitada pelo produtor rural e pelo credor. Caso a dívida não seja paga no vencimento, o credor poderá executar o título e receber o valor da dívida por meio de ação judicial.

Para dirimir eventuais conflitos relacionados à CPR, o foro competente será o da sede do emitente da cédula ou o do local de cumprimento da obrigação, conforme estabelecido pelo Decreto-Lei nº 167/1967.

Em síntese, a Constituição do Crédito Cambiário na Cédula de Produto Rural estabelece as normas e regras para a emissão, o endosso, o aceite, o vencimento e a execução da CPR como instrumento de crédito cambial rural.

Para que a Cédula de Produto Rural (CPR) tenha validade, é necessário que estejam presentes o sujeito, a vontade e o objeto, além dos requisitos extrínsecos enumerados no artigo 3º da Lei 8.929/94 com sua revogação através do Decreto nº 10.828/21.

Art. 3º A CPR conterá os seguintes requisitos, lançados em seu contexto: (Vide Decreto nº 10.828, de 2021)

I - Denominação “Cédula de Produto Rural”;
(Revogado)

I - Denominação “Cédula de Produto Rural” ou “Cédula de Produto Rural com Liquidação Financeira”, conforme o caso; (Redação da pela Lei nº 13.986, de 2020)

II - Data da entrega;
(Revogado)

II - Data da entrega ou vencimento e, se for o caso, cronograma de liquidação; (Redação da pela Lei nº 13.986, de 2020)

III - Nome do credor e cláusula à ordem;
(Revogado)

III - Nome e qualificação do credor e cláusula à ordem; (Redação da pela Lei nº 13.986, de 2020)

IV - Promessa pura e simples de entregar o produto, sua indicação e as especificações de qualidade e quantidade;
(Revogado)

IV - Promessa pura e simples de entrega do produto, sua indicação e as especificações de qualidade, de quantidade e do local onde será desenvolvido o produto rural; (Redação da pela Lei nº 13.986, de 2020)

V - Local e condições da entrega;

VI - Descrição dos bens cedularmente vinculados em garantia;
(Revogado)

VI - Descrição dos bens vinculados em garantia por cédula e das garantias pessoais existentes; (Redação dada pela Medida Provisória nº 897, de 2019).
(Revogado)

VI - Descrição dos bens cedularmente vinculados em garantia, com nome e qualificação dos seus proprietários e nome e qualificação dos garantidores fidejussórias; (Redação da pela Lei nº 13.986, de 2020)

VII - Data e lugar da emissão;

VIII - Assinatura do emitente.
(Revogado)

VIII - Nome, qualificação e assinatura do emitente e dos garantidores, que poderá ser feita de forma eletrônica; (Redação da pela Lei nº 13.986, de 2020)

IX - Forma e condição de liquidação; e (Incluído pela Lei nº 13.986, de 2020).

X - Critérios adotados para obtenção do valor de liquidação da cédula. (Incluído pela Lei nº 13.986, de 2020).

O aceite da Cédula de Produto Rural (CPR) ocorre quando o sacado se compromete a efetuar o pagamento na data de seu vencimento. Em outras palavras, é o ato em que o devedor concorda com a ordem de pagamento emitida para pagar ao beneficiário na data estipulada.

É importante destacar que, para haver a figura do aceite na relação cambial, são necessárias a presença de três pessoas: o sacador, o sacado e o beneficiário. No entanto, na CPR, apenas o sacador e o beneficiário estão presentes na relação cambiária, já que o emitente é o responsável pelo pagamento, desconsiderando o aceite. Isso se deve ao fato de que a CPR é um título de ordem de pagamento, o que a difere das outras letras de câmbio.

Quanto à constituição dos títulos de crédito, destaca-se a figura do endosso, que consiste na forma pela qual os títulos são transmitidos. O endosso pode ser entendido como uma declaração cambial, sucessiva e eventual, por meio da qual o portador do título transfere o documento e o direito nele mencionado a terceiros, tornando-se o antigo portador (agora endossante) também responsável pelo pagamento do título.

A CPR é passível de ser endossada, assim como outros títulos cambiais, o que permite que cumpra sua característica de circulabilidade. Tal atributo é determinado pelo artigo 3º, III, da Lei 8.929/94, com a revogação 13.986, de 2020, que exige a cláusula “a ordem”, o que significa que a circulação do título não pode ser impedida.

A cédula de produto rural como vigência de contrato a termoparte superior do formulário

No contexto inflacionário brasileiro, a Cédula de Produto Rural desempenha a função desejada pelos produtores rurais, permitindo o financiamento equivalente ao produto e possibilitando que o produtor rural, cooperativas e suas associações possam planejar e dimensionar seus custos em moeda local.

Essa modalidade de crédito tem como característica a negociação a termo, o que confere segurança contra a queda de preços, já que, no momento da emissão, é definido o preço e disponibilizado o montante financeiro para a entrega do produto acordado em um momento futuro.

Assim, percebe-se que uma das vantagens da Cédula de Produto Rural em relação aos instrumentos de financiamento informais, como contratos de soja verde e operações de “troca-troca”, é a redução dos custos de formalização e operacionalização do negócio (RAMOS, 2013).

Ainda segundo o autor supracitado, no entanto, ao travar o preço da negociação no momento da emissão da Cédula de Produto Rural, surge uma vantagem importante: a segurança em relação à queda do preço do produto, o que aumenta a renda do produtor rural. No entanto, é importante ressaltar que se ocorrer o oposto e o preço da mercadoria estiver em alta no momento da entrega, o produtor não poderá se beneficiar, pois o valor já foi previamente acordado.

Sobre esta premissa, destaca Borges (2009, p. 32):

Além disso, por ser um contrato a termo, a Cédula de Produto Rural pode ser transacionada por meio de contratos padronizados, indo além da esfera privada de uma relação de compra e venda entre vendedor e comprador. Isso permite que a mercadoria encontre no mercado o comprador ideal. A associação da instituição financeira para garantir a entrega física das mercadorias rurais exibida na Cédula de Produto Rural aumenta a liquidez e atrai investidores para o mercado, permitindo que o campo financeiro comercialize tais produtos.

Ao emitir a Cédula de Produto Rural, o produtor rural e suas cooperativas têm como principal objetivo o levantamento de recursos para a produção. Com a prefixação do preço, o risco de flutuação deste é inexistente, o que garante segurança ao produtor e possibilita a determinação da margem de lucro baseando-se na produção excedente àquela necessária para a liquidação da Cédula.

Essa possibilidade atendeu a demanda de diversos produtores rurais e suas cooperativas, que não conseguiam pagar os empréstimos tomados para o financiamento de sua produção devido à oscilação dos preços, especialmente em épocas de queda no mercado resultante de boa colheita. As altas taxas de inflação e elevados índices de juros não acompanhavam o preço dos produtos colhidos.

Muitos produtores rurais encontraram, na venda a termo da produção, na venda de contratos futuros em bolsas ou na compra de opções de venda do produto, uma alternativa para sair do risco de mercado.

Embora a Lei 8.929/94 não faça menção explícita à necessidade de aditamento de valores na Cédula de Produto Rural, nos primeiros anos após a criação da referida Lei, vários Tribunais entenderam que tal aditamento era necessário, mesmo que parcial, visto que a Lei visava principalmente o financiamento da produção agrícola no país.

Cédula de produto rural – finanças e meio de troca

Ao ser criada, a CPR tinha como conceito apenas a promessa de entrega futura física da mercadoria acordada, com a qualidade e a quantidade determinadas mediante o pagamento antecipado. Com a introdução de uma nova modalidade pelo Governo Federal, a liquidação da operação passou a ser possível de forma financeira, independente da entrega física. O artigo 4-A, adicionado à lei, permite a liquidação financeira da CPR, desde que atenda aos critérios legais (DINIZ, 2017).

Para permitir a liquidação financeira da CPR, é necessário que o preço ou índice de preços seja explicado e destacado em um documento, bem como a instituição responsável pela apuração e uma visualização do mercado que faça referência aos preços ofertados. É importante que as empresas responsáveis pelos indicadores dos preços sejam competentes e divulguem seus dados regularmente para garantir a legalidade da transação. A clareza na divulgação da instituição é fundamental para evitar dúvidas entre as partes envolvidas.

A legislação brasileira exige que a liquidez financeira inclua uma data de vencimento para as ofertas, considerando a multiplicação do preço de acordo com cada produto especificamente. Dessa forma, a CPR física ou financeira pode possuir natureza jurídica de promessa de entrega de produto rural ou do pagamento correspondente em dinheiro.

Dos critérios de natureza jurídica da CPR

A natureza jurídica da CPR pode ser descrita como uma promessa de entrega futura de produto rural ou de pagamento correspondente em dinheiro. Essa promessa é formalizada por meio de um título de crédito que representa o acordo entre o produtor rural e o comprador.

Desse modo, destaca Diniz (2017) que com a introdução da modalidade financeira da CPR, a liquidação da operação passou a ser possível de forma financeira, com a transação podendo ser realizada sem a necessidade de entrega física da mercadoria. A legislação brasileira exige que a CPR atenda a critérios legais específicos para permitir a liquidação financeira e garantir a legalidade da transação.

Ao se falar em cédula de crédito, é importante entender a definição adotada por estudiosos e que está presente no Código Civil brasileiro. Vivante (1998, p. 57), destaca “o exercício do direito, literal e autônomo nele mencionado”. Ramos (2013) reforça essa definição, afirmando que a inclusão dos termos “necessário”, “literal” e “autônomo” na fala de Vivante permite a aplicação dos três princípios informadores do regime jurídico cambial: autonomia, cartularidade e literalidade.

Borges (1971) complementa essa definição, destacando que a cédula de crédito materializa e incorpora as promessas de prestações futuras feitas pelo devedor em relação ao pagamento da prestação atual pelo credor.

Além disso, Coelho Ulhoa (2016) destaca três características fundamentais dos títulos de crédito: negociabilidade, relação creditícia e facilidade de cobrança em juízo. Em relação à creditícia, o autor afirma que apenas o crédito devido pode ser documentado. Com relação à facilidade de cobrança, o autor destaca que, com base na definição de título executivo extrajudicial dada pelo artigo 784, I do Código de Processo Civil, os títulos de crédito são facilmente cobrados

judicialmente.

§ 1º A propositura de qualquer ação relativa a débito constante de título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.

§ 2º Os títulos executivos extrajudiciais oriundos de país estrangeiro não dependem de homologação para serem executados.

§ 3º O título estrangeiro só terá eficácia executiva quando satisfeitos os requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e quando o Brasil for indicado como o lugar de cumprimento da obrigação.

Por último, é importante ressaltar a facilidade de circulação dos títulos de crédito, ou seja, a possibilidade de transferência de titularidade, chamada de negociabilidade, que é decorrente do regime jurídico-cambial. Esse regime estabelece normas que proporcionam ao detentor do título de crédito maiores garantias em relação ao regime civil.

Assim sendo, é comum que no âmbito agrícola a Cédula de Produto Rural (CPR) seja utilizada como garantia de dívidas, desde que ambas as partes concordem com os termos da negociação e com a emissão do título para assegurar o pagamento da dívida principal.

Apesar de se argumentar que a emissão de mais um instrumento para garantir um negócio jurídico possa violar os princípios da autonomia, da cartularidade e da circulação de títulos, a jurisprudência moderna entende que é legal a utilização da CPR como garantia em contratos.

Dessa forma, nenhuma das partes pode se aproveitar da própria má-fé para alegar suposta nulidade da CPR, somente pelo fato de ter sido utilizada como garantia, já que a entrega desse título como instrumento de garantia não o desvia de sua finalidade principal. A Cédula de Produto Rural é, portanto, vista como uma mera garantia.

Desse modo, conclui-se que se a Cédula de Produto Rural Financeira mostrar sinais de que o credor se beneficiou da situação do emitente, pode haver uma violação do princípio da boa-fé objetiva, o que pode levar a revisão do contrato ou sua anulação, conforme disposto no Código Civil.

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

De modo geral, a Lei 10.200/01 introduziu uma nova possibilidade para a liquidação da Cédula de Produto Rural, permitindo que investidores externos ao setor agrícola pudessem fomentar a agricultura sem a necessidade de receberem o produto em si.

A inclusão da palavra “financeira” como uma formalidade a ser cumprida nessa modalidade de cédula permitiu a alteração do procedimento executivo para uma execução por quantia certa. Assim, a nova legislação visou a atrair novos investidores para o setor, tornando o processo mais flexível e atraente.

O endosso pela circulação da cédula de produto rural

De maneira geral, o endosso pode ser caracterizado como uma declaração cambial feita pelo proprietário de um título à ordem, com o objetivo de transferi-lo a terceiros. Segundo os

estudos de Reis (2016), é por meio do endosso que se viabiliza a circulação de títulos de crédito nominativos, uma vez que o portador do título pode transferi-lo a terceiros juntamente com os direitos nele contidos, fazendo com que o antigo portador, chamado endossante, se torne um obrigado indireto e responsável pelo pagamento do título.

Custódio (2018, p. 22) define o endosso como:

O ato unilateral formal que transfere completamente a um terceiro o direito derivado presente em um título é conhecido como endosso. Esse mecanismo possibilita a transferência do título, bem como dos direitos nele contidos, para o seu legítimo possuidor, conferindo ao endossatário um direito literal e autônomo decorrente do próprio título.

Diante do exposto, é importante ressaltar que o artigo 3º, inciso III da Lei da CPR exige como requisito formal a inclusão de cláusula à ordem na cédula de crédito, que permita a transferência do título por meio de endosso.

Além disso, é preciso mencionar que o artigo 10 da mesma lei dispõe que, no caso da CPR, os endossos devem ser completos, e os endossantes não são responsáveis pela entrega do produto, mas apenas pela existência da obrigação nele contida.

A APLICABILIDADE RELACIONADA À CPR E GARANTIA ÀS OPERAÇÕES DE CRÉDITO

Compreende-se que a Cédula de Produto Rural (CPR) teve o papel de mitigar o risco de flutuação de preço do produto, permitindo assim o desenvolvimento do setor. No entanto, a responsabilidade pelo risco agora recai sobre o credor que antecipa os recursos financeiros ao formalizar o negócio.

Um dos principais desafios enfrentados nas operações de crédito no agronegócio é o risco de inadimplência. Há vários fatores de risco envolvidos em tais transações, especialmente no setor agropecuário, que além de estar exposto ao risco financeiro como qualquer outro negócio, também enfrenta riscos relacionados às condições climáticas e às pragas que podem impactar a produção.

A CPR é um contrato típico a termo em que o vendedor recebe um valor previamente estabelecido e se compromete a entregar o produto em local, quantidade e qualidade acordados em uma data futura. No entanto, a Teoria da Onerosidade Excessiva não pode ser aplicada à CPR, uma vez que, além do artigo 11 da Lei 8.929/94 que expressamente proíbe o emitente de invocar o caso fortuito ou de força maior, o STJ já firmou entendimento de que questões como alterações de preços ou incidência de pragas ou fenômenos climáticos são previsíveis e inerentes à atividade agrícola e, portanto, não podem ser considerados fatores imprevisíveis aos labores rurais.

Além disso, o Decreto-Lei 167/67 é aplicável em situações de vencimento antecipado da cédula, bem como em outros títulos e contratos firmados entre as partes, ou seja, credor e devedor, em caso de inadimplemento da obrigação convencional, e seu artigo 11 é cumprido.

Com relação ao desvio ou remoção dos bens apenados das propriedades mencionadas na CPR, o artigo 18 do Decreto-Lei mencionado estabeleceu a inviolabilidade desses bens sem o consentimento do credor. No entanto, o artigo 41 do mesmo dispositivo legal menciona a pos-

sibilidade de venda judicial de bens arrestados e penhorados antes do final do processo judicial. Quanto à venda extrajudicial, as especificações estão destacadas no artigo 59, que menciona que a venda dos bens apenhadados ou hipotecados pela cédula de crédito rural depende da prévia anuência do credor por escrito.

Dessarte, é importante ressaltar que o Decreto-Lei em questão permitiu a fiscalização do valor financiado pelo credor, bem como dos imóveis onde os bens dados em garantia estão localizados ou formados, conforme previsto nos artigos 6º e 7º. Por outro lado, a CPR inclui a cláusula de fiscalização em seus contextos, permitindo que o credor tenha acesso aos imóveis onde as lavouras estão sendo formadas e possa realizar a inspeção da condução.

Portanto, é possível observar que a obrigação de extensão dos bens oferecidos como garantia é claramente destacada no artigo 64, o qual é frequentemente utilizado para cobrir lacunas da Lei nº 8.929. No que diz respeito ao registro da CPR, é importante notar que, embora o artigo 12 da Lei da CPR exija o seu registro em cartório, o artigo 34 do Decreto-Lei mencionado estabelece, de forma subsidiária, que as taxas e emolumentos cartorários para o registro das cédulas sejam limitados.

Tais riscos são comuns no setor e fazem parte das características do próprio negócio jurídico. Sendo assim:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. OCORRÊNCIA DE PRAGA NA LAVOURA, CONHECIDA COMO 'FERRUGEM ASIÁTICA'. ONEROSIDADE EXCESSIVA. AUSÊNCIA. AGRÁRIO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE SOJA. FECHAMENTO FUTURO DO PREÇO, EM DATA A SER ESCOLHIDA PELO PRODUTOR RURAL. AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE. EMISSÃO DE CÉDULA DE PRODUTO RURAL (CPR) EM GARANTIA DA OPERAÇÃO. AUSÊNCIA DE ADIANTAMENTO DO PREÇO.

VALIDADE - Nos termos de precedentes do STJ, a ocorrência de 'ferrugem asiática' não é fato extraordinário e imprevisível conforme exigido pelo art. 478 do CC/02 - A Lei 8.929 /94 não impõe, como requisito essencial para a emissão de uma Cédula de Produto Rural, o prévio pagamento pela aquisição dos produtos agrícolas nela representados. A emissão desse título pode se dar para financiamento da safra, com o pagamento antecipado do preço, mas também pode ocorrer numa operação de 'hedge', na qual o agricultor, independentemente do recebimento antecipado do pagamento, pretende apenas se proteger contra os riscos de flutuação de preços no mercado futuro - Recurso especial conhecido e provido (STJ – Resp. nº 866.414 - GO (2006/0119123-7) – Rel. Min. Massami Uyeda – DJ 20.11.2012.

O tema da segurança das empresas no setor primário da economia brasileira em relação à Cédula de Produto Rural (CPR) tem grande repercussão, pois muitas acreditam que a posse dessa cédula reduz significativamente o risco de não entrega do grão.

No entanto, nos últimos anos, a lucratividade das empresas financiadoras do agronegócio aumentou consideravelmente devido à evolução da tecnologia e das técnicas agrícolas, resultando em lavouras cada vez mais produtivas. Isso tem afetado a rentabilidade das empresas do setor, uma vez que têm que competir diretamente com o uso de estruturas de Barter, que trocam insumos por commodities, e expõem as empresas a riscos extremos.

Como resultado, muitas empresas entraram em recuperação judicial, especialmente no estado do Mato Grosso. Assim, a gestão de riscos tornou-se crucial para as empresas do agronegócio, já que a formação de preços agropecuários é cada vez mais global, com oferta e demanda mais internacionais do que regionais ou nacionais.

São criadas estruturas e instrumentos adequados para potencializar o recebimento, com indicadores de risco apropriados, pois o não acompanhamento da evolução do risco e de seus indicadores durante todas as fases do desenvolvimento da lavoura pode resultar em um dos maiores fatores de prejuízo dentro das operações de crédito no agronegócio.

Com o objetivo de contornar a atual situação de incerteza acerca da concessão de crédito, foi desenvolvido um sistema para gerenciar os riscos presentes em transações do agronegócio. Esse sistema visa auxiliar na gestão dos recebíveis durante toda a safra, a fim de garantir um planejamento correto e execução segura, minimizando as ameaças que podem surgir em uma operação do setor.

O sistema, conhecido como GIRA (Gestão Integrada de Recebíveis em Agronegócio), é uma inovação na gestão dos recebíveis no agronegócio. Ele utiliza a Cédula de Produto Rural, que é considerada uma espécie de título de crédito, tendo como garantia o produto agrícola. Com isso, é possível evoluir o risco agrônomico no instrumento de crédito, tendo momentos definidos para identificação desse risco (COELHO ULHOA, 2016).

Em um primeiro momento, o sistema analisa a germinação em vigor, avaliando a potencialidade da produção agrícola e a existência da lavoura. Em um segundo momento, após o enchimento de grãos, é possível realizar o arresto em fase vegetativa, pois a CPR com indicadores agrônomicos permite a identificação do nível de produtividade antes mesmo da colheita, tendo um indicador de risco antecipado para reagir adequadamente.

Com isso, o sistema proporciona maior segurança e solidez às operações de crédito, resguardando tanto o produtor rural quanto as empresas financiadoras do agronegócio, possibilitando o desenvolvimento efetivo do setor agropecuário brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a criação da Cédula de Produto Rural (CPR), não apenas os agentes do agronegócio se interessaram pelo título, mas também setores do mercado financeiro. Ao buscar alternativas para investir seus recursos, esses setores acabaram fornecendo o fomento necessário às atividades rurais.

O objetivo deste trabalho é mostrar que a CPR deve ser entendida como um título híbrido, que possui características tanto cambiais quanto de contrato civil, representando uma promessa de entrega de produtos rurais líquidos e certos.

Existem duas maneiras de entender a CPR. A primeira aborda os princípios cambiais, como autonomia, cartularidade e literalidade da CPR. Rejeitar esses princípios desvirtuaria o objetivo da legislação, que é promover a atividade agrícola por meio do financiamento adequado e da manutenção da produção e inserção dos produtos agropecuários, favorecendo o crescimento do setor rural.

Por outro lado, entender a CPR como um contrato de compra e venda de produtos agrícolas vai contra a tendência atual de flexibilização da legislação brasileira, pois a cártula em questão estaria sendo desvirtuada em todas as negociações.

A CPR é um instrumento confiável para os produtores rurais obterem recursos para o

custeio de suas lavouras. Por isso, ela é uma moeda forte no agronegócio, devido à sua rápida circulação e simplicidade nas negociações, promovendo o crescimento desse setor econômico brasileiro apesar da falta de apoio governamental.

A CPR é uma operação entre agentes da cadeia do agronegócio, na qual o vendedor se compromete a entregar o produto físico ao comprador interessado, respeitando requisitos essenciais contidos na Lei nº 9.829/94.

No entanto, as operações rurais enfrentam alto risco de inadimplência, devido aos riscos econômicos e naturais, causados pelas intempéries climáticas. Portanto, vários sistemas estão sendo desenvolvidos para minimizar esses riscos e ajudar na gestão dos recebíveis.

Atualmente, a tendência é abandonar o normativismo e buscar o verdadeiro sentido e a finalidade social da lei. A natureza jurídica da CPR é um título de crédito, e acredita-se que pode ser usada de diferentes maneiras, desde que atinja seu verdadeiro objetivo social: financiar o agronegócio.

A evolução da legislação no setor agrário permitiu a produção com apoio financeiro necessário, por meio da criação de leis e decretos que buscaram benefícios nesse sentido. A Cédula de Produto Rural (CPR), objeto de estudo desta pesquisa, é uma das principais legislações que tem escopo no auxílio financeiro do setor da agricultura.

A ascensão da CPR no ordenamento jurídico brasileiro teve como objetivo fomentar a iniciativa privada do segmento da agricultura, e além de ser um instrumento de financiamento rural, se tornou também um mecanismo de Hedging, reduzindo consideravelmente os riscos inerentes aos setores do Agronegócio Brasileiro. Como resultado, a CPR contribuiu substancialmente para o desenvolvimento de toda a cadeia produtiva ligada a ela.

Sugere-se, portanto, a realização de novas pesquisas e estudos voltados para a aplicabilidade dessas legislações e seu funcionamento na prática. É importante que os pesquisadores se dediquem a coletar informações em campo para comprovar os benefícios da CPR e, com base nos dados obtidos, sugerir possíveis melhorias em relação a essa legislação.

O objetivo deste trabalho foi examinar profundamente o Direito Positivo envolvido no assunto proposto, organizando-o de forma coerente e lógica, entendendo-o e criticando-o nos pontos necessários, a fim de aperfeiçoá-lo. Espera-se que esse objetivo tenha sido cumprido.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, M. P. de. Crédito Rural. Cuiabá: EdUFMT, 1995. p. 309

ALMEIDA, A.P. Teoria prática dos títulos de crédito. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

BORGES, J. E. Títulos de Crédito. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

BULGARELLI, W. Sociedades Comerciais. 6ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1996.

BRASIL, Lei n. 8.929/94, de 22 de agosto de 1994. Institui a Cédula de Produto Rural, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, 22 de agosto de 1994.

BRASIL, DECRETO DE LEI nº 167, de 14 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre as Cédulas de Produto Rural e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0167.htm. Acesso em: 17 abr. 2023.

BRASIL. LEI Nº 3.253, DE 27 DE AGOSTO DE 1957. Cria CÉDULAS DE CRÉDITO RURAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Brasília: Casa Civil, 1957.

BRASIL. LEI Nº 492, DE 30 DE AGOSTO DE 1937. Regula o penhor rural e a cédula pignoratícia. Brasília: Casa Civil, 1937.

BRASIL. LEI Nº4.829, DE 5 DE NOVEMBRO DE 1965. Institucionaliza o crédito rural. Brasília: Casa Civil, 1965.

COELHO ULHOA, F. Curso de direito comercial, volume 1: direito de empresa. 20. ed. — São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 17 abr. 2023.

CUSTÓDIO, M. B. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA À CPR: MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE JUROS FIXADOS NA CPR FINANCEIRA [2018]. UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNIDA – UFU FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS” CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO. Disponível em: < [https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/22044/1/Legisla%
c3%a7%c3%a3oEspec%
c3%adficaCPR.pdf](https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/22044/1/Legisla%c3%a7%c3%a3oEspec%c3%adficaCPR.pdf) >. Acesso em 20 abril de 2023.

DINIZ, M. H. Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIMENEZ, R.M.T; GIMENEZ, F.P; GOZER, C. Evolução do Crédito rural no Brasil e o papel das cooperativas agropecuárias no financiamento dos produtores rurais. In: XLVVI CONGRESSO DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE ECONOMIA, SOCIOLOGIA E ADMINISTRAÇÃO RURAL, 56., 2008, Umuarama. Anais ... Umuarama: SOBER, 2008.

MARTINS, F. Cédula de Produto Rural: o crédito cambial rural. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

PEREIRA, L.P. COMENTÁRIOS À LEI DA CÉDULA DE PRODUTO RURAL, Juruá Editora, Curitiba, Paraná, Volume I, 3ª edição, 2004.

RAMOS, A. L. S. C. Direito Empresarial Esquematizado – 3. ed. Ver., atual. e empl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

REIS, M. Manual jurídico da CPR: Teoria e Prática da cédula de Produto Rural. 1. ed. Belo Horizonte: Frum, 2016.

REQUIÃO, R. Curso de Direito Comercial. Vol. 2, 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, E. G., & Silva, L. B. Cédula de Produto Rural: fundamentos e aplicação. São Paulo: Atlas, 2010.

VIVANTE, C. Títulos de Crédito, 13. Ed., Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

AGRADECIMENTOS

Prezados Professores, Orientadores, Familiares e Faculdade Isepe.

Gostaria de expressar minha sincera gratidão pelo apoio e incentivo durante a realização deste trabalho acadêmico. Sem a colaboração de vocês, não teria sido possível concluir esta etapa tão importante da minha formação.

Agradeço aos professores e orientadores pela paciência e dedicação em orientar e auxiliar na elaboração deste trabalho, fornecendo sugestões valiosas e ajudando-me a alcançar um resultado satisfatório. Seus conhecimentos e habilidades foram fundamentais para o sucesso deste projeto.

À minha família, que sempre esteve presente, apoiando e motivando-me a perseguir meus sonhos e objetivos, meu mais profundo agradecimento. Seus incentivos foram essenciais para que eu pudesse superar os desafios e dificuldades encontrados no decorrer deste trabalho acadêmico.

Agradecer também grupo Búfalos D'água, formados por alguns amigos da T9 e que sempre estiveram ao meu lado durante essa caminhada.

Este projeto não teria sido possível sem o apoio de cada um de vocês, e serei eternamente grato por toda ajuda e suporte oferecidos. Aprendi muito durante esse processo e sei que as habilidades adquiridas serão de grande valia para minha vida acadêmica e profissional.

À Faculdade Isepe, meu agradecimento pelo espaço ofertado, pela busca de profissionais com capacidade para nos repassar os mais valiosos ensinamentos, bem como oferecer um espaço adequado ao ensino, com estratégias e tecnologias pertinentes a todo suporte dado no decorrer destes 5 anos de graduação.

Mais uma vez, meu sincero agradecimento a todos que contribuíram para que este trabalho acadêmico fosse concluído com êxito.

Muito obrigado!



Arrendamento rural: direitos e necessidades

Rural lease: rights and needs

Gabriel Zanon de Souza

Acadêmico de Direito da Faculdade ISEPE/RONDON

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.188.15

RESUMO

A proposta teve como escopo a identificação e sumarização em tópicos das especificidades relativas aos objetivos específicos concernentes ao arrendamento rural. Trata-se, portanto, de uma pesquisa de cunho bibliográfico que transcorre no ambiente virtual das bases *Scielo* e *web of Science*, tomando os artigos classificados por idioma, ano e título pertinente a esse tema, com preferência do idioma local. A discussão se iniciou pelas categorias conceituais do problema, até a discussão de suas ideias centrais. Os resultados obtidos evidenciaram as ocorrências deste tema no âmbito ao qual se destina o problema da pesquisa, e a sua objetividade girou em torno de descobertas trazidas pelos autores pesquisados. A metodologia aplicada consistiu na revisão da literatura, o que permitiu uma releitura das ideias e da organização de material capaz de subsidiar considerações sobre as descobertas. Ao término, algumas considerações e conclusões foram apresentadas, revelando o alcance dos objetivos desta pesquisa e sugerindo soluções, sugestões e aprimoramentos necessários.

Palavras-chave: direito. legislação. arrendamento. propriedade.

INTRODUÇÃO

A modalidade de arrendamento rural identifica nos pertences de imóveis rurais e sua exploração. Sua adequação às disposições legais está estabelecida no Decreto 59.566/66 e na Lei 4.504/64, conhecida como Estatuto da Terra. Além disso, quaisquer possíveis casos omissos são excluídos de sua conformidade pelo Código Civil.

Esse tipo de arrendamento acontece no instante no qual um proprietário ou detentor da posse de uma parte rural, nas condições de arrendador, cede o uso do bem imóvel para explorações de atividade de confecções de universalidade ou de partes da parte rural ao arrendatário (SILVA, 2015)

Ele se faz uma boa escolha ao proprietário de uma terra que hoje em dia está sem uso, mas que não quer incuti-la à comercialização. Nessa assimilação, mesmo sem necessitar sondar mais rapidamente a terra ou desempenhar empenhos para administrações de uma atividade agrária, conseguirá ser remunerado para que outro indivíduo o faça (SILVA, 2015)

Um fator de extrema importância nessa categorização reside no compartilhamento, por parte do arrendador, dos riscos e lucros decorrentes do empreendimento rural com o arrendatário. Nessa linha de entendimento, caso haja a necessidade de prorrogar o prazo das explorações em decorrência de mudanças climáticas ou eventos imprevistos, a prorrogação desse prazo assume um papel determinante para garantir o sucesso na colheita dos grãos, exemplificando tal cenário.

Nesse contexto específico, a legislação define períodos mínimos de duração, os quais oscilam conforme a natureza da atividade e permanecem sujeitos a investigação contínua. A normativa prevê que, caso o arrendador manifeste o desejo de rescindir o contrato de arrendamento, deverá notificar o arrendatário com antecedência mínima de 6 meses em relação ao término do compromisso contratual, sob pena de remodelagem automática. Por outro lado, contraditoriamente, caso o arrendatário manifeste desinteresse em renovar o arrendamento, deverá

comunicar o arrendador em até trinta dias após o encerramento do arrendamento.

A escolha do tema em questão baseia-se nas perspectivas científicas, motivada pelo interesse desta autoria em aprofundar-se nas particularidades das modalidades do arrendamento rural. O objetivo principal é reconsiderar os conceitos teóricos e práticos associados ao assunto, sem deixar de levar em conta suas aplicações práticas concretas.

Em suma, a justificativa para a abordagem desses assuntos reside no fato deles tratarem dos aspectos técnicos e profissionais desta disciplina, amplamente debatidos em ambientes acadêmicos e profissionais de pesquisa. Os estudos de revisão realizados buscam fornecer informações esclarecedoras, analisando e abrangendo esse fenômeno à luz da realidade contemporânea observada.

Dessa forma, houve a necessidade de compreender o arrendamento rural, explorando suas categorias, dilemas, elementos e dificuldades presentes em sua abordagem teórico-metodológica e prática. Em resumo, foram realizadas revisões dos conceitos iniciais percebidos, selecionados e organizados nas respostas, a fim de atender às novas descobertas e aprofundamentos necessários.

Assim, despertou-se o interesse em investigar a problemática: como ocorre o funcionamento do arrendamento rural?

O objetivo primordial consistiu em investigar e adquirir novos entendimentos acerca do arrendamento rural e suas categorias à luz do Direito Civil. Para atingir tal propósito, fez-se necessário compreender os conceitos, aplicações e dilemas envolvidos nesse contexto, considerando o cenário atual da sociedade com a função social da terra estabelecida pela Constituição de 1988.

Nesse sentido, para obter respostas, a pesquisa baseou-se em estudos teorizados presentes em livros, revistas, PDFs e artigos disponíveis online, consultando periódicos e outras fontes de pesquisa confiáveis, tanto físicas quanto online, incluindo a consulta às bases Scielo e Web of Science. Além disso, foram realizadas buscas manuais na biblioteca pública e na unidade de ensino, sem negligenciar as demais buscas manuais na biblioteca pública e da Unidade de Ensino.

Além disso, ressaltou-se que o mencionado trabalho, de cunho exploratório, adotou os modelos normativos ABNT, culminando na organização do estudo em três partes fundamentais: introdução, desenvolvimento e conclusão. Essas seções complementaram-se de forma consistente, abordando de maneira abrangente a temática, os objetos de estudo, suas problematizações e os aspectos investigados nessa pesquisa.

Em seguida, destacou-se a forma que foi distribuído o trabalho, com a introdução apresentando o tema, o desenvolvimento trabalhando os objetivos específicos da pesquisa, ou seja, e a conclusão com as devidas considerações finais.

DESENVOLVIMENTO

Arrendamento

No âmbito jurídico, é possível identificar várias modalidades contratuais que visam regular as relações entre pessoas e bens, com o propósito de estabelecer obrigações entre as partes envolvidas, as quais devem observar as disposições legais, normas e condições estipuladas nessa esfera.

No que tange ao arrendamento, de forma simplificada, trata-se de uma espécie de compromisso contratual que se divide em diferentes categorias. Entre essas categorias, destaca-se o arrendamento:

- a) mercantil;
- b) rural;
- c) comercial
- d) e o arrendamento de royalties.

Além disso, é essencial compreender que a efetivação do arrendamento ocorre por meio da convergência das experiências. Portanto, torna-se relevante não apenas identificar as diferentes categorias de arrendamento, mas também compreender a essência desse compromisso contratual em seu conceito abrangente.

Nesse esboço, o arrendamento se configura como um tipo específico de compromisso contratual, no qual existem divisões entre o arrendador e o arrendatário. O arrendador desempenha o papel de ceder o bem a ser utilizado, permanecendo como o objeto central do contrato de arrendamento. Por outro lado, o arrendatário é a parte que adquire o referido bem por meio desse compromisso contratual, com o objetivo de explorá-lo. Em resumo, o arrendador é responsável por ceder o bem, enquanto o arrendatário é aquele que obtém o bem com a finalidade de utilizá-lo e explorá-lo.

O entendimento científico desse assunto possui uma base simplificada. Consiste na cessão do direito de uso e exploração de um bem ao arrendatário, por um período determinado, através do pagamento de uma contraprestação ao arrendador. Além disso, existem doutrinas jurídicas que abordam esse assunto no âmbito do tema das locações. Nesse contexto, exemplo, dispõe-se, a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho, que inseriu a matéria como subtópico dentro de “Demais Locações”, que integrou o capítulo “Contrato de Locação” sobre sua obra.

Assim, se faz importante frisar que, similares, pois acabam não deve modificar o sentido, e igualmente à essência do compromisso contratual de arrendamento e igualá-lo à locação, por estarem compromissos contratuais distintos e diferenciados.

Contexto histórico

Os relatórios da vida do primeiro sistema de arrendamento se deram naquele instante da amplificação do Império Romano. Outrossim, este sistema tem seu início na cessão de terras como condicionante de produção, por meio de uma remuneração.

Por isso, o arrendamento comumente se faz interligado à categorização, a rural à cessão de uma terra para exploração por terceiro, no caso, o arrendatário.

Ademais, os profissionais do Direito sabem que o arrendamento em nenhuma vez conseguirá ser de um modo necessário um compromisso contratual agrário. Isso porque dispõe-se, outras categorizações de tal compromisso contratual que tratam das demais áreas do Direito.

Aplicações cotidianas

Durante a apresentação, discutiu-se a possibilidade de concretizar o arrendamento nas convergências experimentais. Para complementar esse conceito de maneira mais efetiva, optei por apresentar um exemplo objetivo dessa situação.

Imagine a hipótese de um indivíduo jovem, oriundo de uma região rural, que, durante sua infância, desempenhou atividades de auxílio aos seus pais na exploração agrícola em uma parcela do imóvel rural de propriedade de sua família.

O jovem, insatisfeito com a rotina de trabalho na plantação, decidiu mudar-se para a capital em busca de concluir seus estudos teóricos e realizar uma formação acadêmica. Com o passar do tempo seus pais vieram a falecer e largaram a parte rural em herança ao filho.

Assim, este jovem nem ao menos têm interesse em chegar novamente à plantação para desenvolver atividades e tão pouco espelha em vender a terra seguintes anos. No entanto, é sabido que a propriedade possui a habilidade de proporcionar retornos financeiros, devido à fertilidade da terra resultante do trabalho realizado pelos pais ao longo do tempo.

Além disso, ao consultar seu advogado, este lhe sugere formalizar um contrato de arrendamento com seus parentes, que trabalham em uma parte adjacente e demonstraram interesse em explorar a terra que pertencia aos seus pais.

Por meio desse contrato de arrendamento, o jovem outorga à família vizinha o uso da terra, estabelecendo um prazo durante o qual receberá uma porcentagem dos lucros auferidos com a atividade agrícola, além de compartilhar os riscos do empreendimento rural.

Dessa maneira, caso o indivíduo não manifeste interesse em acelerar o desenvolvimento das atividades agrícolas, explorando prontamente os recursos e produtos da terra, ele terá a possibilidade de autorizar terceiros a assumirem essa responsabilidade em seu lugar.

Essa situação ilustra um exemplo de uma situação habitual abarcando um compromisso contratual de arrendamento rural. Essa categoria, assim como as demais classificações, representa a ótima solução jurídica para exemplificar a transmissão sucessória de bens que não se harmonizam com a situação atual do herdeiro.

É de extrema relevância saber identificar o que quase diferencia as obrigações nos contratos de arrendamento e locação. Ambos tratam da transferência do direito de utilização de um bem específico, o que gera uma confusão comum.

A desigualdade pontual impactante entre as duas espécies de compromisso contratual se observa à oportunidade de os arrendatários poderem fazer a aquisição definitiva do bem que foi objetivo do arrendamento ao final do compromisso contratual. De tal forma, diminuindo o valor pago pela vigência do compromisso contratual.

Já na locação, o locatário conseguirá fazer a aquisição do bem alugado, mas só em frente do chamado Direito de Preferência. Isso na suposição do locador pôr o bem à comercialização pela locação.

O arrendamento se faz uma categorização, a contratual que têm quatro espécies. Tendo em consideração ambas a rural, de comércio, mercantil e royalty. De plano, consegue-se, nessa lógica, fazer uma divisão que, pois, acabam não ser nitidamente absoluta, ajudará a entender melhor os significados, e igualmente à consumação das distintas espécies de arrendamento.

Por geralmente, os arrendamentos de pertences imóveis poderão ser o rural e o de comércio, no qual pese a evidenciação do arrendamento mercantil de bem imóvel, que não conseguirá ser bastante usado. Nesse momento, ao falar de pertences móveis, ambos poderão ser o mercantil e o royalty.

Verifica-se que o arrendamento configura um contrato de natureza imobiliária, estabelecendo obrigações relacionadas a bens imóveis. Portanto, reveste-se de significativa importância para os profissionais especializados que atuam no mercado imobiliário.

Direito rural

O campo jurídico do Direito Agrário, por meio de determinações legais, disposições normativas e preceitos jurídicos, tem por escopo estruturar as interações no âmbito das atividades rurais, almejando o aprimoramento socioeconômico do trabalhador rural e a fomentação do bem-estar coletivo, com foco na função social da propriedade fundiária. Embora seja comumente reconhecido como uma área especializada da garantia legal, o Direito Agrário regulamenta as relações entre indivíduos e a terra. No entanto, a falta de um código único compromete a autonomia e estabilidade do Direito Agrário dentro do sistema jurídico. Além disso, ocorrem interações com outros ramos do direito, como direito civil, penal, tributário e estrangeiro, que são relevantes para a análise e aplicação do Direito Agrário em sua forma atual.

A doutrina majoritária conceitua o direito agrário como um ramo jurídico de natureza híbrida, abrangendo elementos tanto do direito público quanto do direito privado. Essa caracterização é realizada por meio da consideração das questões pertinentes e adequadas ao caso concreto, de modo a se adequar às particularidades específicas envolvidas.

Existem duas origens da garantia legal agrária: as imediatas ou diretas, que se traduzem nas ordens jurídicas e costumes, como também, as mediatas ou indiretas, que se baseiam nas jurisprudências, como também, as doutrinas. Sendo assim, especialidades mais importantes, ou seja: as inclinações às quais a doutrina da matéria indica e apoia, primeiro, a imperatividade, a sugestão sob a qual o Governo desempenha forte mediação nas convergências agrárias, tornando imposta por legislação, a consumações da legislação. A imperatividade se faz uma aparelhagem que procura destacadamente protegerem o elo mais vulneráveis da garantia legal agrário, o camponês ou trabalhador rural. A segunda qualidade impactante deste nicho da garantia legal se faz vista enquanto a oferta da atribuição social da terra, que se traduz no consumo lógico dos solos, concretizando, desse modo, com que este beneficie o número maior realizável de cidadãos, tanto no campo como na área urbana, em nenhuma vez esquecendo de estimular as vivências de proteção ambiental dos meios naturais.

Além das características, o direito agrário está com relação em princípios como:

Monopólio legislativo do Governo Federal – o Governo Federal se faz vista enquanto a exclusiva competente para normatizar em matéria de direito agrário;

As formas de utilização da terra prevalecem sobre a posse legal da propriedade – a terra é entendida como um recurso que deve servir à comunidade, em detrimento ou prejuízo de um grupo reduzido de indivíduos;

Propriedade instruída à atribuição – A propriedade rural requer uma utilização plena e não deve se tornar um alvo de especulação financeira;

Dicotomia da garantia legal agrário: política de reforma agrária e política de avanço rural – a terra deve estar acessível a todos, e tais devem nela produzir;

Interesse público em consideração ao individual – a vontade pública custa com respeito às motivações da pessoa.

Proteção à propriedade rural de caráter familiar, bem como às propriedades de dimensões menores e médias - a legislação deve garantir a estabilidade da propriedade que atenda às necessidades do núcleo familiar, assim como as propriedades de menor e médio porte - ocasionalmente produtivas, evidentemente - devem receber o incentivo por parte do poder público.

Fortalecimento da unidade empresarial rural – necessita ser incentivada a unidade que se concede a dimensionamentos culturais agrícolas, criações de gado ou dimensionamentos culturais florestais, em que a disposições de aquisições de renda.

Preservação e salvaguarda dos recursos naturais, dos ambientes rurais, etc. - a atividade produtiva no campo não possui a obrigação de degradar ou comprometer os recursos naturais, disponíveis para utilização;

O trabalhador rural possui uma série de direitos trabalhistas, tais como a remuneração em dia, décimo terceiro, adicional durante a noite, horas extras, repouso semanal, FGTS, aviso-prévio, seguro-desemprego, plenos benefícios do INSS e os demais.

Atualmente, cerca de 18 milhões de indivíduos atuam no setor rural. É importante ressaltar que apenas em 1988, por meio da Carta Magna Federal que os colaboradores rurais só conquistaram seus direitos equiparados aos trabalhadores urbanos.

Atividades rurais no Brasil

No entanto, as atividades rurais aperfeiçoadas no país abrangem predominantemente a pecuária, a agricultura, a exploração de recursos florestais, o extrativismo e a pesca artesanal.

As características individuais de cada uma dessas atividades influenciam diretamente na produção, tecnologia e valor dos produtos e utensílios envolvidos.

Além disso, foram introduzidos elementos do trabalho urbano no meio rural, como a regulamentação de empregos temporários independentes, a terceirização e o desenvolvimento da jornada de trabalho.

Diante dessa assimilação, torna-se essencial a reestruturação dos serviços rurais, conforme se verifica ao longo do tempo.

Direitos trabalhistas do trabalhador rural

Na atualidade, o trabalhador rural goza de uma diversidade de direitos trabalhistas e também possui acesso aos benefícios oferecidos pela Previdência Social. Essa conquista foi viabilizada em decorrência das disposições presentes na Constituição Federal de 1988.

Além da Carta Magna, existem outras legislações que objetivam salvaguardar o trabalhador rural, sem negligenciar a CLT - Consolidação das Leis do Trabalho.

Dentre os extensos benefícios e direitos trabalhistas concedidos ao trabalhador do campo, estão incluídos:

- a. salário-mínimo ou conforme acordo com o patrão ou, ainda, acordo grupo do sindicato
- b. décimo 3º salário
- c. adicional noturno
- d. horas extras
- e. adicional de insalubres ou periculosidade
- f. repouso semanal remunerado
- g. jornada de trabalho de 8 horas diárias e 44 horas semanais
- h. jornada de 6 horas ao trabalho experimentado, em turnos ininterruptos de revezamento
- i. Intervalos intrajornada e interjornada
- j. FGTS
- k. férias de ano em ano remuneradas com 1/3 de férias
- l. licença-maternidade
- m. licença-paternidade
- n. aviso-prévio;
- o. seguro-desemprego
- p. benefícios previdenciários, pois acabam não excluindo auxílio-doença, aposentadoria e outros
- q. convenções e acordos coletivos de trabalho

Dessa forma, são assegurados ao trabalhador rural direitos equivalentes aos dos trabalhadores urbanos.

Neste momento, é importante analisar os principais aspectos (particularidades) dos direitos dos trabalhadores do campo.

Descontos na remuneração do trabalhador rural

Na remuneração do trabalhador rural, quando se considera a adequação para um valor inferior recomendado pelo INSS, são admitidas as seguintes deduções:

- referente à possibilidade judicial (exemplo: pensão alimentícia);
- moradia: até 20% da remuneração a cada mês mínimo da região, caso seja ofertado um local para o atendido morar;
- alimentação: até 25% da remuneração a cada mês mínimo da região, pela assistência de refeições;
- outros enriquecimentos condizentes a adiantamentos de remuneração (vale).
- Adicional por trabalho noturno

Em cada localidade, são observadas práticas tradicionais de descanso. Dessa forma, as normas relativas ao acréscimo salarial pelo trabalho noturno são igualmente aplicáveis ao âmbito rural.

Os trabalhadores rurais têm direito a um adicional noturno de 25% sobre as horas efetivamente trabalhadas, ao contrário dos trabalhadores urbanos, que mantêm o percentual de 20%.

Considerando o exposto, é necessário enfatizar que, no contexto do trabalho noturno, as atividades aperfeiçoadas nesses períodos são definidas da seguinte maneira:

Trabalhador em lavoura: deverá ser observado como trabalho noturno aquele que ocorre, entre às 21h do dia às 5h do dia seguinte;

Trabalhador da pecuária: deverá ser observado como trabalho noturno aquele que ocorre, entre às 20h do dia às 4h do dia seguinte.

Dessa forma, os trabalhadores rurais com menos de 18 anos estariam proibidos de realizar atividades durante a noite.

Carteira assinada - O trabalhador rural deve ter a carteira de trabalho assinada.

Dessa maneira, torna-se possível promover o pagamento das contribuições previdenciárias ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

Ademais, o trabalhador tem direito aos plenos benefícios do INSS e também a receber a indenização correspondente ao saldo do FGTS caso seja dispensado sem justa causa.

Sinteticamente, a informalidade (falta de compromisso contratual e carteira assinada) se percebe em um dos dilemas geralmente defrontados pelo trabalhador rural.

Conforme um estudo divulgado em 2014, dentre os 4 milhões de trabalhadores rurais, 2,4 milhões (59,4%) não possuíam registro na carteira de trabalho e, como consequência, ficavam desprovidos da proteção assegurada pelo vínculo formal.

Nas Regiões Norte e Nordeste, a informalidade atingia expressivos 77,1%, apresentan-

do um percentual ainda mais elevado. Por sua vez, nos estados do Acre e Sergipe, a informalidade era inferior a 90%. Conforme constatado pelo mesmo estudo, a taxa geral de ilegalidade ou informalidade no país alcançava quase 50%.

Ainda nessa forma se faz importante que o atendido permaneça alerta e exija o assento sobre sua carteira de trabalho. Outrossim, o atendido tem amplas garantias e plenos benefícios.

Aviso-prévio do trabalhador rural - No instante no qual o atendido desejar evacuar-se do trabalho (ou o patrão fazer a demissão), a parte que sem motivadores desejar quebrar o compromisso contratual, terá de avisar em consideração à rescisão à outra parte com antecedência mínima de:

8 dias: se a compensação salarial seja feita semanalmente ou em períodos menores;

30 dias: Se a remuneração for feita a cada quinzena ou mês, ou se o empregado tiver aproximadamente 12 meses de serviço

No tempo do aviso-prévio a estar sendo cumprido, sem resistir ajustamento para menor no ganho mensal, o trabalhador rural possui direito a no futuro de folga por semana para trazer outra atividade.

Contrato de safra - Chamado de safreiro ou safrista, é celebrado com o trabalhador rural que disponibiliza seus serviços mediante o compromisso contratual específico para período de safra. É estabelecida a seguinte definição do safreiro:

O contrato de safra é celebrado com aquele cuja duração está sujeita às flutuações sazonais das atividades agrárias, abrangendo as tarefas costumeiramente realizadas durante os períodos de preparação do solo, cultivo e colheita, percebidas como etapas essenciais no desenvolvimento das atividades agropecuárias

Para além da remuneração estipulada no contrato de prestação de serviços, ao término do referido vínculo, é devido ao safreiro uma compensação pelo período de trabalho desempenhado.

A indenização condiz a 1/12 avos da remuneração a cada mês, por mês de trabalho ou fração não inferior a 14 dias de trabalho.

o safrista recebia uma remuneração mensal de R\$ 1.500 e desempenhou suas atividades laborais por um período de 4 meses e 15 dias. Nesse contexto, ele terá o direito a receber uma indenização correspondente a 5/12 avos do valor devido, além disso, seus salários são pagos a cada trinta dias. O cálculo é realizado da seguinte maneira: dividindo-se o valor de R\$ 1.500 por 12 e multiplicando o resultado por 5, resultando em R\$ 625.

Trabalho rural do menor de idade - Até 16 anos os menores de idade não devem desenvolver atividades como trabalhador rural.

Assim, jovens de 16 a 18 anos são contratados, assim que não realizem trabalho durante a noite, insalubre, nocivo ou penoso

No passado, não existia uma legislação específica que disciplinasse as terras, atividades agrícolas e seus impactos ambientais, carecendo de uma regulamentação própria para esse fim. Previamente, esses assuntos eram regulados pelo âmbito do Direito Civil, no que se referia à

propriedade.

Em 1850 ficou a Lei n. 601 (Lei de Terras), atuando para cobrir o legislativo consentido depois das revogações da regulamentação colonial de sesmarias, em 1822. Assim, até aqui, pois acabam não era uma legislação que oferecia atendimento os campestres carentes, e sim, dava maior favorecimento a concentração das terras.

Somente em 1964, durante o período militar, por meio das publicações da Lei n. 4.504, conhecida como Estatuto da Terra, o Direito Agrário alcançou sua autonomia legislativa.

Atualmente, o Direito Agrário é regulado por princípios, costumes à Carta Magna Federal, seguido pela destacada influência do Estatuto da Terra. O desenvolvimento do Direito Agrário é baseado em sua doutrina, resultando em um código de pesquisa singular e promovendo uma independência pedagógica.

Princípios do direito agrário no nosso ordenamento jurídico

O Direito Agrário se faz regulamentado por princípios particulares, tais quais Santiago (2016) diz no seu artigo:

Monopólio legislativo do Governo Federal – o Governo Federal se faz vista enquanto exclusiva competente para normatizar em matéria de direito agrário;

Utilizações da terra se sobrepõe à titulação dominical – a terra se percebe em um bem que deve prestar trabalho a à coletividade, em prejuízo ou detrimento do ou um número resumido de indivíduos;

Propriedade instruída à atribuição – a propriedade rural necessita ser de um modo plena utilizada, e não tornar um objetivo de conjectura financeira;

Dicotomia da garantia legal agrário: política de reforma agrária e política de avanço rural – a terra deve estar acessível a todos, e tais devem nela produzir;

Interesse público em consideração ao individual – a vontade pública custa com respeito às motivações da pessoa.

Proteção à propriedade familiar, e igualmente à menor e média propriedade – a legislação deve trazer a estabilidade da propriedade que sirva ao auxílio do núcleo familiar, como também, as pequenas e médias propriedades – ocasionalmente produtivas, claro – devem ter o incitamento do poder público;

Fortalecimento da unidade empresarial rural – necessita ser incentivada a unidade que se concede a dimensionamentos culturais agrícolas, criações de gado ou dimensionamentos culturais florestais, em que a disposições de aquisições de renda.

Conservação e proteção dos recursos da natureza, do meio ambiente etc. – a produtividade rural não tem ampla obrigações de desperdiçar ou pôr em risco os recursos da natureza, disponíveis;

Para Gomes (2023) os mais importantes princípios que regulamentam o Direito Agrário são distintos e diferenciados, tais quais:

Função social da Propriedade: este princípio reza que a propriedade deve prestar trabalho às carências da coletividade, ou seja: no sentido de ser de produtividade causando trabalho, renda etc.

Justiça social: este princípio se molda no objetivo que as normas de direito agrário são objetivadas para prestar trabalho a carência de justiça social nas convergências no campo, desafiando a falta de igualdade.

Prevalência do Interesse Coletivo Sobre o Particular: este princípio possui enquanto embasamento a superioridade da vontade pública, no direito agrário faz jus ao sentido social da garantia legal agrário, só desta forma, faz-se realizável ter de lutar em oposição aos convenientes dos mais agraciados com respeito aos que trabalham no campo e condicionam da terra para sua subsistência.

Reformulações da organização fundiária: este princípio prova-se a força revolucionária da garantia legal agrário e sua vontade ou desejo de mudança no direito brasileiro em interesse do desenvolvimento da relação do homem com a terra.

Progresso econômico e social: o direito agrário possui enquanto embasamento o aperfeiçoamento econômico-social do país com medidas protetivas e na política agrária.

Autonomia: o direito agrário ainda nem ao menos têm sua autonomia estabilizada parecido com um código neste país, todavia, se faz claro que prossegue se fazendo em um nicho da garantia legal independente, tal fato se faz confirmado através da análise das grades das faculdades que têm como matéria autossuficiente o Direito Agrário.

Já Silva (2021) diz diferentes princípios como importantes no estudo em consideração ao tema:

Princípio da Adequações da Propriedade Imobiliária ao Progresso Social e Desenvolvimento Econômico. Este princípio ensina como necessita ser investigado o imóvel rural, se faz utilizado para eliminar qualquer problema essencial agrário. A base a este princípio se faz que a terra não se coloca em tal espaço para vangloriar patrimônio, e sim fazer brotar riqueza.

O princípio de redistribuição das propriedades imobiliárias inadequadas e reestruturação das titularidades fundiárias no país possui caráter sancionatório. Caso não seja possível adequar as propriedades imobiliárias, a terra deverá ser desapropriada, em conformidade com os princípios de caráter socialista.

O art. 5º da Carta Magna no seu inciso XXII confirma o direito à propriedade, mas logo abaixo no inciso XXIII deposita uma condição a tal garantia. A propriedade existe de ser protegida, assim que atendida à atribuição social. (SILVA, 2021)

Diante dos variados princípios apresentados acerca desse Direito Agrário, consegue-se terminar que, por ser um nicho condizentemente novo no Direito, existe ainda bastante estudo em consideração ao tema discutido, e, depois disso, proporcionalmente, cada autor diz e defende princípios distintos e diferenciados, todavia, com a relevância da Supremacia do Público frente ao Privado, e da Distribuição igualitária das terras devolutas, ocasionalmente comentados e preparados por meio de escritores.

A função social da propriedade rural pela Constituição Federal de 1988

Em consonância aos princípios previamente expostos, é relevante destacar importância do cumprimento da Função Social da Propriedade Privada Rural, a qual representa um princípio benéfico no âmbito do Direito Agrário

O mencionado preceito abordado no Artigo 182 da Constituição Federal trata da “função social da propriedade”, estabelecendo que todas as propriedades localizadas no território nacional devem cumprir sua obrigação social, visando contribuir para o “progresso econômico e social” da sociedade como um todo, não se restringindo unicamente aos interesses particulares do proprietário.

Além disso, em conformidade com esse princípio, uma propriedade somente será reconhecida se cumprir os requisitos legais estabelecidos em benefício do interesse coletivo. Da mesma maneira, qualquer trabalho realizado sobre a terra deve ter um objetivo social.

Contratos de arrendamento rural

Arrendamento rural é aquele que se faz no compromisso contratual pelo qual uma pessoa percebe-se ordenar a ceder a outra, por tempo definido ou não, o uso e gozo de imóvel rural, por meio de pagamento do preço (SILVA, 2015)

Estabelece-se neste contrato o compromisso contratual que confirma a utilização da propriedade rural para aquele que anseia fervorosamente explorá-la, comprometendo-se o proprietário a não interpor e, depois disso, mais ainda, prometer àquele o uso pelo período colaborativo.

Do ponto de vista jurídico, o compromisso contratual de arrendamento rural não requer seguir uma forma específica, a legislação concede autonomia para as modalidades. Ao mesmo tempo, por essa razão, aceita-se também a forma verbal, conforme estabelecido pelo art. 92 do Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), embora essa não seja, na prática, uma forma recomendável.

Ainda que seja um compromisso contratual através de, o qual se repassa a posse direta ao arrendatário, se faz correto que se identifica uma relação normalmente obrigacional, sem imposições de ônus real ao imóvel e, depois disso, nessa forma não incide o art. 1.647 do Código Civil, ou seja: conseguirá ser comemorado em um dos companheiros (as) proprietários sem a carência de outorga uxória (consentimento do cônjuge), mesmo que seja comemorado por prazo maiores do que 10 anos (Resp. 1764873/PR).

A exploração agropecuária conseguirá ser executada por meio de compromisso contratual de colaboração, porém não poder-se-á embaralhar a colaboração com o arrendamento, são meios bastante distintos e diferenciados, de um modo fácil sobre sua essência, quanto nas suas causas.

Na colaboração, ao invés do arrendamento, inexistente valor certo a estar sendo pago ao proprietário da terra, outrossim, participação utensílios/produtos adquiridos com a exploração, inclusive com quotas pré-estabelecidas pelo Estatuto da Terra (art. 96, VI).

Nessa associação, a essência da colaboração se manifesta pela divisão dos lucros e, o que é ainda mais relevante, dos riscos, de tal forma que tanto o proprietário quanto o parceiro assumem os riscos do empreendimento como eventos fortuitos ou força maior. Por outro lado,

no arrendamento, o pagamento do valor acordado deve ser efetuado independentemente de eventuais insucessos no empreendimento, não havendo compartilhamento de riscos.

Outra desigualdade pontual bastante impactante se faz que, enquanto no arrendamento rural o arrendatário tem direito de preferência em meio a alienação do imóvel (art. 92, § 3º do Estatuto da Terra), o mesmo já não acontece com a colaboração, colocado que não aconteceu tal inclinação condizente a legislação (Resp. 264805-MG).

Em procura de uma menor tributação, produtores adotam uma prática controversa, uma modalidade de compromisso contratual de colaboração “Frankenstein”, o qual dizem ser de colaboração, mas se contém como arrendamento, antecipando cláusulas na qualidade de pagamento de valor pré-definido, e igualmente à exclusão dos riscos do comércio.

Prazo mínimo ao arrendamento rural

Outra qualidade impactante do arrendamento se faz vista enquanto a duração mínima exigida ao compromisso contratual. Paraphraseando aprovado no art. 13, II, “a” do Decreto 69.566/66, que regulamentou o Estatuto da Terra, o menor prazo aceito se faz 03 anos.

O Superior Tribunal de Justiça tem acertado e pretendido que esses prazos mínimos são “norma cogente” e, depois disso, logo, de via de atendimento imposta por lei, pois acabam não sendo aceito às porções regularizar prazo não inferior a 3 anos (Resp. 1.455.709/SP).

No que diz respeito a essa questão, torna-se evidente que, em conformidade, se o Estatuto da Terra não se aplica aos produtores rurais de médio e grande porte, mas apenas aos pequenos produtores, conseqüentemente, estes últimos estariam livres para utilizar contratos de arrendamento rural com prazos inferiores a 3 anos. Esse entendimento segue a posição corrente do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Pagamento do arrendamento em produto

A legislação em vitalidade, atualmente não possibilita que o pagamento do arrendamento seja fixado em quantidade dada de um excelente produto. O art. 18, parágrafo único do Decreto 59.566/66 se faz claro ao regularizar que o valor do arrendamento só conseguirá ser adaptado em quantia estabiliza de dinheiro, pois acabam não de um excelente produto.

Desse modo, o PREÇO do arrendamento necessita ser aprovado em dinheiro, moeda atual, mas o PAGAMENTO conseguirá ser experimentado, em excelente produto, em quantidade de utensílios/produtos, ao valor corrente no mercado local.

No entanto, essa prática de comércio de dias estabelece a quantificação do valor do arrendamento em termos de um excelente produto, e o pagamento é realizado em excelente produto ou em seu equivalente monetário, ou seja, ocorre uma inversão.

Embora essa prática seja vedada à imposição normativa, se faz fato que isto acontece na prática e, depois disso, por vezes, se torna hábil de trazer sérios dilemas, exemplificado em se o proprietário necessitar fazer o compromisso contratual para receber o pagamento do arrendamento. Nestes exemplos, a justiça olha atentamente que o título não conseguirá ser satisfatório para defender o desenvolvimento da efetivação (AgInt no AREsp 1000062/TO).

Sinteticamente, o Direito se faz modelo do fato social, mas existem, ocasionalmente um descompasso entre a prática a criações da normatização. Tendo em consideração que prossegue sendo prática corrente e anseio de ambas as divisões (proprietário e arrendatário) que o pagamento do arrendamento seja experimentado, em excelente produto, se faz certo reafirmar que, em anos, a cláusula que estabiliza o valor em excelente produto se torna hábil de chegar a estar sendo observada válida.

Por conta dessas semelhanças específicas, se faz bastante importante que o compromisso contratual seja redigido e reorientado em um advogado na área.

O que prossegue sendo a garantia legal de preferência do arrendatário?

Sendo assim, destaca-se acima, uma das maiores diferenças com vulto ao arrendamento, e igualmente à colaboração rural se faz que, no arrendamento, o arrendatário tem direito de preferência em meio a alienação do imóvel (RAMOS, 2018).

O Estatuto da Terra, no seu art. 92, confirma a garantia legal de preferência do arrendatário no caso de alienação do imóvel arrendado, determinando sua notificação ou, caso não atinja dado conhecimento, tornando realizável sua adjudicação compulsória, através do guarda judicial do preço.

Parafraseando conceito do Superior Tribunal de Justiça, o valor a estar sendo depositado pelo arrendatário se faz aquele consignado na escritura pública de aquisição e comercialização inserida no assento em cartório. Do assento da escritura iniciou-se o prazo ao exercício da garantia legal de preferência, termos do § 4º, art. 92 do discutido Estatuto, o qual acaba tendo de passar a contar da transcrição do ato de alienação no Registro de Imóveis.

Outrossim, corresponde para que a garantia legal de preferência terá de ser experimentando no período de trinta dias a contar da notificação que lhe comunica o propósito de comercialização ou, caso não atinja dado conhecimento, no prazo de até 6 meses, contados da data do assento da alienação do imóvel (art. 92, §4º, Estatuto da Terra). E o valor, nesta via de atendimento, terá de ser o valor predisposto na escritura.

Ademais, se a comercialização aconteceu em meio ao prazo do arrendamento, mesmo que venha a estar sendo inserida no assento depois da desocupação do imóvel pelo fim do prazo do arrendamento, o ex arrendatário conseguirá competir o exercício da garantia legal de preferência, aferido que o prazo se iniciou com a transcrição do ato de alienação no Registro de Imóveis (COSTA, 2023)

Além da garantia legal de preferência de aquisição, o arrendatário tem preferência para remodelar o compromisso contratual de arrendamento em igualdade de condições com estranhos, ou seja: com terceiros que desejem arrendar o imóvel. A questão se faz bastante importante e necessita ser averiguada com cuidado entre as divisões (CASTRO, 2023).

Parafraseando o Estatuto da Terra, em meio a remodelagem, o proprietário terá de ofertar conhecimento extrajudicialmente o arrendatário com respeito às opiniões reais, no prazo de até 6 (seis) meses até o vencimento do compromisso contratual, para que este consiga desempenhar sua preferência. E inclusive isso: não observando a notificação extrajudicial, o compromisso contratual considera-se de um modo automática remodelado.

Estatuto da terra se aplica aos contratos

Por término, um ponto sensível e complexo se faz se o Estatuto da Terra (Lei 4.504/64) se aplica a todos as obrigações nos locais contratuais de arrendamento e colaboração rural ou não.

Num primeiro enxergar, e argumentando que inexistente demonstra insuficiência no próprio Estatuto, poder-se-ia reafirmar que sim, que o Estatuto da Terra se aplica a todos as obrigações nos locais contratuais de arrendamento e colaboração (CASSETTARI, 2021).

Sendo assim, já dissemos, o fato social precede a imposição normativa, mas se fazem sabido que os Tribunais interpretam as ordens jurídicas. Deste modo, o trabalho jurídico se faz uma eterna competição para afinar o fato social com a imposição normativa, como também, sua compreensão.

E a compreensão que está se constituindo Tribunais Superiores se fazem vista enquanto para que o Estatuto da Terra se aplica de um modo exclusivo ao personagem que explore a terra pessoal de um modo direto como típico homem do campo (Resp. 1447082/TO).

A prevalecer este conceito, se realizariam afastadas das imposições legais e normas protetivas do Estatuto da Terra as corporações agrícolas que explorem terras de terceiros como arrendadores ou parceiros, perdendo, até mesmo, a garantia legal de preferência condizente a legislação (ressalvado a preferência contratual, acaso existente).

Por assim explicar a imposição normativa, o Superior Tribunal de Justiça leva em conta que a grande unidade empresarial rural e o grandioso proprietário de um empreendimento rural não necessitariam das imposições legais e normas protetivas do Estatuto da Terra no qual, para essas situações, prevaleceria o princípio da independência privada, ou seja: o velho princípio do *pacta sunt servanda* (SILVA, 2015; RAMOS, 2018; COSTA, 2023; CASTRO, 2023; CASSETTARI, 2021)

Se este for o conceito maior a prevalecer, diante disso os Tribunais terão, por compatibilidade, aceitar que as divisões, nestes exemplos, estarão livres para pactuar, exemplificado em que o arrendamento conseguirá ser pago em quantidade estabiliza de um excelente produto, entre muitas condições.

A importância do compromisso contratual de arrendamento como instrumento jurídico seguro

Por fim, há um padrão específico de contrato de arrendamento, prontamente disponível para ser utilizado, que abrange todas essas questões jurídicas e oferece a segurança necessária às partes contratantes.

Nem se faz preciso afirmar que oferecer o imóvel em arrendamento se faz uma relação jurídica séria e complicada, e, mais complicada quando o compromisso contratual utilizado a este fim não conseguirá ser redigido em um profissional do Direito que entenda os caminhos da legislação. A concreticidade tem confirmado que a economia geralmente gera gastos ainda maiores depois de, quão somente quando o proprietário necessitar do compromisso contratual para protegerem seu direito, descobrirá que suas cláusulas se encontram longe de protegerem

seu patrimônio (SILVA, 2015).

Se o arrendador se faz proprietário rural e está com rapidez para arrendar seu imóvel, aceitando um compromisso contratual experimentado, mais rapidamente de qualquer forma, diante disso a rede se faz no melhor lugar para garimpar tais modelos. Assim, se o atendido, ao invés arrendar com agilidade, quer arrendar com segurança jurídica e fugirem de maiores dores de cabeça no resumo seguinte, fuja dos modelos de rede e deve-se procurar um excelente advogado para redigir seu compromisso contratual (RAMOS, 2018; COSTA, 2023; CASTRO, 2023).

Até porque, como observado acima, com as atuais compreensões dos Tribunais e utilizando-se das atuais vivências legislativas, atuais e exclusivas cláusulas poderiam apresentar dos compromissos contratuais de arrendamento no sentido de oferecer melhor proteção ao patrimônio de aquele que arrenda, igualmente certificar o direito do arrendatário.

No agronegócio não conseguirá ser distinto e diferenciado. O produtor rural a cada vez determina relações jurídicas contratuais sobre sua atividade, seja por meio de compromissos contratuais formais ou verbais, mas que ensejam direitos e obrigações das porções envoltas no comércio (RAMOS, 2018).

Dentre tais acordos contratuais, enfatizaremos neste momento o contrato de arrendamento rural, de significativa relevância na cadeia produtiva do agronegócio, devido ao seu amplo uso em várias regiões do país e para uma variedade de propósitos de exploração da propriedade rural.

O compromisso contratual de Arrendamento Rural se faz no aparato instrumental jurídico que confirma ao arrendatário o consumo da propriedade rural de terceiro, o arrendador, para explorações de atividade agropecuária, se obrigando a sua utilização pelo tempo do compromisso contratual, que conseguirá ser definido ou não, através do pagamento do preço (RAMOS, 2018; COSTA, 2023; CASTRO, 2023).

Seguindo a previsão legal, o compromisso contratual de arrendamento rural não requer uma formalidade específica ou escrita, garantindo-se às partes contratantes a liberdade de celebrá-lo verbalmente, de acordo com o estabelecido no artigo 92 do Estatuto da Terra (Lei 4.504/64).

Para além da ausência de uma imposição legal correspondente às normas escritas, dada a relevância do agronegócio e das intrincadas relações jurídicas existentes em toda a cadeia de produção, é fundamental destacar que a formalização de contratos de arrendamento rural sem a existência de um instrumento escrito não é recomendada.

Isso porque as obrigações nos locais contratuais são desempenhadas corretamente para estarem fielmente seguido através dessas porções até seu termo final. Ademais, a realidade prova-se que quase nunca isto, se termina acontecendo e prossegue sendo, de um modo exato, configurava-se então, quando uma das porções não atende aquilo que foi aprovado na celebração do compromisso contratual, que aparecem os problemas que na grande parte das vezes poderão ser resolvidos depois um longo e dispendioso processo legal (COSTA, 2023).

Exatamente por isto, a relevância do compromisso contratual ser experimentado, de um modo letrado, por profissional com a análogo habilidade técnica e experiência no agronegócio, tendo descumprimento de qualquer das porções teremos de um modo claro e tem a motivação

dos direitos e as mais amplas obrigações deste ou aquele em meio ao prazo contratual, e em meio a descumprimento, as devidas causas jurídicas (RAMOS, 2018; COSTA, 2023; CASTRO, 2023).

Inexistindo um compromisso contratual escrito, juridicamente cabível, existem problemas em constatar em especial, no qual termos foi celebrada as vivências deles com jurídica. Sem um aparato instrumental contratual formal, como se constatar de um modo efetivo, os enriquecimentos contratados, os prazos aprovados, as formas e vencimentos dos pagamentos? Ademais, existe diferentes pontos de destaque (detalhes) de ordem prática com encadeamentos jurídicas e econômicas que senão estiverem de um modo correto digitadas irão poder causar, de um modo iminente, demasiados problemas à parte que se sentiu prejudicada se poder protegerem seu direito (CASTRO, 2023).

Nesse contexto, torna-se evidente a relevância de se ter compromissos contratuais escritos e juridicamente bem delineados, de modo a proporcionar clareza aos direitos e obrigações tanto do arrendador quanto do arrendatário. Dessa forma, ambas as partes podem estar cientes de seus responsabilidades e obrigações mais abrangentes e, caso seja preciso, ser capazes de proteger quaisquer direitos que possam ter sido desconsiderados.

A outorga uxória se faz vista enquanto a autorização que um companheiro (a) dá ao outro para comemorar compromissos contratuais que envolvam direitos reais sobre imóveis, ou seja: algum ônus real ao imóvel dos casados (RAMOS, 2018; COSTA, 2023).

O compromisso contratual de arrendamento repassa a posse direta do imóvel ao arrendatário para que ele consiga utilizá-lo nas explorações de atividade rural mas constitui assim uma relação puramente obrigacional, das utilizações da terra e pagamento por esta precisa utilização, inexistindo umas imposições de qualquer tipo de ônus real em consideração ao imóvel (RAMOS, 2018; CASTRO, 2023).

Semelhantemente, inexistiria a carência da outorga uxória aguardada no artigo 1.647 do Código Civil, devendo ser comemorado por quão somente um dos companheiros (as) proprietários do imóvel rural, mesmo que comemorado por prazo não inferior a 10 anos, aquilo que inclusive já foi identificado em julgados do STJ (Resp. 1764873/PR).

O arrendamento rural não pode ser considerado a única forma de garantir a exploração agropecuária, uma vez que essa atividade pode ser realizada de maneiras distintas, como é exemplificado pela colaboração rural.

Sendo assim, no arrendamento rural, o arrendatário estabelece um valor fixo a ser pago ao proprietário pelas utilizações da terra. No entanto, na colaboração rural, não há um valor determinado a ser pago ao proprietário do imóvel. Nesse tipo de compromisso contratual, ocorrem estipulações de participação nos utensílios/produtos adquiridos com as explorações da atividade rural. Geralmente, são formalizados percentuais pré-acordados de divisão entre os parceiros, conforme previsto no Estatuto da Terra (ARTIGO 96, VI).

Outrossim, dispõe-se, que o compromisso contratual de arrendamento se assemelha a umas relações de locação, em que o proprietário cede o uso do imóvel através do pagamento do valor fixo aprovado entre as divisões, enquanto na colaboração existe uma espécie de comunidade entre aquele que está sondando a terra e seu dono, divide com este os resultados das

explorações da atividade.

Semelhantemente, na colaboração o proprietário divide dos ganhos, mas divide os riscos da atividade. Já no arrendamento, o valor adaptado necessita ser pago livre do resultado da exploração, inexistindo divide dos riscos da ação com vulto ao arrendatário e o proprietário do imóvel rural (RAMOS, 2018).

Não se consegue nessa lógica, autorizar de frisar, que a legislação especial determina períodos mínimos para as obrigações nos locais contratuais de arrendamento rural, que se diversificam conforme o tipo de exploração.

Nessa assimilação, conforme o Estatuto da Terra, regulamentado pelo Dec. 69.566/66, por volta do artigo 13, II, a , dispõe-se, o prazo de 3 anos na qualidade de tempo mínimo aceito para este tipo de compromisso contratual.

Em conformidade com a jurisprudência que domina do STJ, os prazos mínimos aprovados nas legislações de especial são imposições legais e normas cogentes, ou seja: de via de atendimento imposta por legislação, através dessas porções contratantes, pois acabam não sendo aceito aos mesmos estabelecerem prazos inferiores (COSTA, 2023).

Nesse ponto, é importante ressaltar que, segundo o entendimento do STJ, o Estatuto da Terra não seria aplicável aos produtores rurais de médio e grande porte, sendo direcionado principalmente aos pequenos produtores, devido à sua maior vulnerabilidade. Portanto, os produtores de médio e grande porte teriam a liberdade de estabelecer prazos de arrendamento inferiores aos previstos na legislação específica, conforme já confirmado em decisões do STJ. No entanto, esse é um assunto que ainda demanda análises e discussões na jurisprudência do país.

Este ponto dispõe-se, como de enorme importância a um maior esclarecimento, enxergando que na prática da advocacia rural depara-se com um número enorme de compromissos contratuais celebrados com estipulações de valor em utensílios/produtos, como sacas de soja, sacas de milho, cabeças de gado etc., identificadas como desempenhados corretamente existe anos e conforme os costumes dos produtores e das distintas regiões do estado brasileiro (RAMOS, 2018; CASTRO, 2023).

Porém, de acordo com a legislação em vigor, é estabelecido que o valor do arrendamento rural deve ser definido em uma quantia monetária fixa, o que impede que o valor do arrendamento seja estipulado com base em uma quantidade pré-estabelecida de um produto de alta qualidade.

Nessa assimilação, terminaria sendo tida como nula a cláusula que determina o valor do arrendamento em quantidade estabiliza de um excelente produto. O que a revisão condizente a legislação corrente possibilita se faz que aprovado o valor em quantidade estabiliza de dinheiro, o pagamento experimentado, em excelente produto, fazendo-se a conversão do valor fixado no quantitativo de utensílios/produtos devidos conforme seu valor mercado naquele instante do pagamento (COSTA, 2023; CASTRO, 2023).

Além disso, o que vemos na realidade é uma configuração inversa, em que o valor do arrendamento por hectare e a quantidade de utensílios/sacos de produto são estabelecidos, por exemplo, mas no momento do pagamento é aceita a entrega de um produto de alta qualidade ou o equivalente em espécie ao valor do mercado na data do vencimento.

Apesar da proibição legal condizente a legislação, a prática se faz a estipulação do valor em utensílios/produtos, aquilo que na grande parte das vezes não compromete as vivências dos mesmos entre arrendador e arrendatário que de um modo tradicional, atende o colaborador. Sinteticamente, quando existe o descumprimento do das frações, em especial, quando existe inadimplemento do pagamento do arrendamento, se faz que aparece o maior problema (CASTRO, 2023).

No caso em que o arrendatário não efetua o pagamento e o proprietário precisa recorrer ao compromisso contratual judicialmente a fim de receber o valor devido, algumas causas podem ser identificadas. Nesse momento, surgem desafios significativos para o credor, visto que o judiciário tem acompanhado o princípio fundamental da legislação, que demonstra que o mero compromisso contratual não é suficiente para garantir de maneira satisfatória a progressão da execução. Notadamente, falta ao compromisso contratual a veracidade e liquidez do valor devido, o que compromete seu respaldo e torna sua execução mais difícil.

Nessa perspectiva, o credor teria que recorrer a uma ação judicial ordinária de cobrança, a qual demanda um processo e, posteriormente, a plena satisfação de seu crédito. É válido ressaltar mais uma vez a relevância de as partes envolvidas buscarem ocasionalmente a assessoria de um profissional especializado na elaboração desse tipo de contrato, visando mitigar riscos e evitar prejuízos financeiros irrelevantes, conforme exposto no resumo a seguir.

Ainda que haja essa celeuma em face da proibição condizente a legislações da fixação do valor do arrendamento em excelente produto, existe julgados identificando a vida útil de tais compromissos contratuais, o direito se termina identificando novos acontecimentos sociais, incluindo-se a prática de comércio e contratual de cada região (RAMOS, 2018; COSTA, 2023).

Outro elemento instigante surge nesse contexto de análise quando o arrendatário demonstra preocupação com a situação em que, ao longo da vigência do contrato, o proprietário do imóvel rural adota decisões para aliená-lo..

Nesse caso, o Estatuto da Terra confirma a garantia legal de preferência do arrendatário, determinando inclusive que ele seja dado conhecimento para desempenhar seu direito e alienar o imóvel nas mesmas condições e enriquecimentos apresentados a 3º interessado (RAMOS, 2018; COSTA, 2023; CASTRO, 2023).

Se não houver a devida notificação, o arrendatário prejudicado possui respaldo legal para requerer a adjudicação compulsória do bem em seu favor, por meio da guarda judicial do preço.

Segundo a interpretação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o arrendatário que não foi notificado para exercer seu direito de preferência é conferido um prazo de até seis meses, contados a partir do registro da venda do imóvel a terceiros (conforme disposto no artigo 92, §64º do Estatuto da Terra), para buscar a adjudicação em seu favor, por meio da retenção do valor estipulado na escritura.

Considerando a importância da atividade agropecuária, a legislação especial prevê a garantia legal de preferência para a remodelagem do contrato de arrendamento rural, em igualdade de condições com terceiros que eventualmente tenham interesse em arrendar o imóvel (conforme estabelecido no artigo 95, inciso IV do Estatuto da Terra).

Precisamente por essa razão, a legislação estabelece um período de até seis meses antes do término do contrato para que o proprietário notifique extrajudicialmente o arrendatário sobre possíveis propostas reais, a fim de que o arrendatário possa exercer seu direito de preferência assim que equiparar as mesmas circunstâncias das propostas apresentadas por terceiros. Essa equiparação pode ser realizada por meio de uma contranotificação ao arrendador, manifestando o interesse do arrendatário em celebrar um novo contrato com base nos termos apresentados (conforme o artigo 95, IV do Estatuto da Terra).

Na ausência da notificação extrajudicial dentro do prazo estabelecido de até seis meses antes do vencimento, tanto para exercer o direito de preferência em detrimento da proposta de terceiros, quanto para a mera extinção do contrato, ocorrerá automaticamente a remodelagem do compromisso contratual, utilizando-se das mesmas condições e prazo do contrato anterior.

Neste aspecto, destaca-se mais um ponto relevante a ser observado pelo proprietário de imóvel rural, que deve buscar a orientação de um assessor jurídico especializado para conduzir adequadamente as formalidades necessárias durante o processo de notificação. Caso a notificação seja realizada de forma inadequada ou fora do prazo estipulado pela legislação, ocorrerá automaticamente a renovação do contrato, conforme previsto na legislação. Apesar da possível oposição do proprietário, o contrato será renovado automaticamente, mantendo as mesmas condições e prazo do contrato anterior (conforme o artigo 95, IV do Estatuto da Terra).

Nessa perspectiva, é importante ressaltar que não existe um modelo correto ou único de contrato rural, uma vez que existem elementos comuns a diversos tipos de contratos dessa natureza.

É de suma importância que tanto o proprietário do imóvel rural quanto o arrendatário estejam cientes da necessidade primordial de resguardar seus direitos da melhor maneira possível, buscando evitar e mitigar riscos ao longo da vigência do contrato celebrado (conforme preceituado no artigo 95, IV do Estatuto da Terra).

Para tanto, torna-se imprescindível a busca por uma assessoria jurídica especializada, com profundo conhecimento no campo do agronegócio e em compromissos contratuais rurais, de modo a proporcionar aos contratantes a plena efetivação de suas amplas obrigações, garantindo a devida aprovação e certificação contratual de seus direitos, delimitando-os de forma objetiva e inequívoca.

METODOLOGIA BIBLIOGRÁFICA

A pesquisa bibliográfica foi a escolhida nessa pesquisa. Conforme indica Lakatus; Marconi (2017) a sumarização dos resultados teóricos pode ser aferida pela técnica de revisão da literatura, que faz parte do método bibliográfico. Revisar significa ler, entender, analisar e emitir considerações em cada parágrafo, citação, tabela, ou imagens, informando ao leitor um novo entendimento, sem ultrapassar o seu conceito.

Em consideração ao tema de que trata este se trata de um trabalho breve de pesquisa bibliográfica, a busca pelos seus resultados ocorreu de modo online, adentrando as bases em procura de autores e de trabalhos com os quais se pudesse realizar uma releitura do fenômeno temático escolhido.

Na busca por resultados, os termos das palavras-chave do resumo foram utilizados para se linkar com os resultados dentro da base web of Science, para a livre escolha dos que mais poderiam identificar formas de resposta ao problema inicial da pesquisa.

Em análise, tomando por base o que presume o materialismo dialético, interpela-se no crivo social a que este tema se remete, incorporando a dinâmica de sociedade em seu entendimento primário. Sendo assim, destacam-se considerações bastante oportunas dentro das realidades apresentadas ao longo da discussão.

A população foi contabilizada pelos resultados entregados após a linkage de busca e as amostras ocorreram pelos critérios de ano (preferencialmente os últimos cinco anos), mas podendo tomar por base clássicos devido o assunto ser bastante amplo. Além destes, o idioma preferencialmente nato, podendo ainda extrair arquivos do inglês, ou espanhol caso haja necessidade. O filtro foi complementado pela leitura dos títulos mais pertinentes ao referido objetivo que cerca essa pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreende-se que esse assunto é uma ocorrência bastante discutida em nosso meio teórico, cujos conceitos são trabalhados e discutidos ao longo dessa pesquisa. Neles, identificaram-se as suas categorias mais pertinentes, entre elas a sua gênese, históricos e entendimentos técnicos.

Condizentemente aos objetos de pesquisa, ou seja, os anseios que nortearam tal estudo, entende-se pelo atendimento, visto que foram pesquisados, lidos, analisados e reescritos de forma assertiva, sem rodeios e sofismas para demonstrar o atendimento dos objetivos específicos do trabalho, cujos tópicos informaram sobre as suas devidas leituras.

Recomenda-se que haja uma melhoria nos entendimentos de como se destaca esta ocorrência, expondo novos entendimentos que possam colaborar com o crescimento e desenvolvimento da ciência no Brasil, e suas inovações teóricas, profissionais e técnicas.

Portanto, ao término desse objetivo, a expectativa é que todos possam compreender como esse fenômeno se apresenta na utilização por seu público, e que seu entendimento esteja acessível a todos os interessados em estudá-lo. Espera-se, também, que novas pesquisas se aprofundem nas suas categorias e resultem em novas descobertas em prol da ciência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição de 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 22 maio de 2023.

BRASIL. Decreto 59.566/66 .Regulamenta as Seções I, II e III do Capítulo IV do Título III da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, Estatuto da Terra, o Capítulo III da Lei nº 4.947, de 6 de abril de 1966, e dá outras providências. . disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D59566.htm Acesso em 11 jun. 2023

BRASIL. ESTATUTO DA TERRA. LEI Nº 4.504, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1964. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4504.htm. Acesso em 22 maio de 2023.

BRASIL. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964 (art. 92, §4º) Dispõe sobre o Estatuto da Terra e dá outras providências. Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/104451/estatuto-da-terra-lei-4504-64#art-92_par-4 acesso em 12 jun. 2023

CASSETTARI, Christiano. A FIXAÇÃO DO PREÇO NO CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL NO BRASIL: DINHEIRO OU FRUTOS?. ALTAI EDIÇÕES, p. 99, 2021. Disponível em links acesso em 23 maio de 2023

CASTRO, Luís Felipe Perdigão de. Dimensões e lógicas do arrendamento rural na agricultura familiar. 2023. disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/14696> acesso em 23 maio. 2023

COSTA, Adalberto. O contrato de arrendamento rural. Vida Econômica Editorial, 2023. Disponível em https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=IsAoAwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA7&dq=arrendamento+rural&ots=iaQ4gR6DZv&sig=VJh9mNjs97RmcJu-NGHDLPWNIW&redir_esc=y#v=onepage&q=arrendamento%20rural&f=false acesso em 20 maio. 2023

GOMES Alberto da Silva. Direito Agrário no Brasil. Ed.1. São Paulo. Editora Cultural. 2023.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. Metodologia do trabalho científico. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2017

RAMOS, Helena Maria Bezerra. Contrato de arrendamento rural. 2018. disponível em <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/8201> Acesso em 20 maio. 2023

REsp 1447082 / TO. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. RECURSOS ESPECIAIS. CIVIL. DIREITO AGRÁRIO. LOCAÇÃO DE PASTAGEM. CARACTERIZAÇÃO COMO ARRENDAMENTO RURAL. INVERSÃO DO JULGADO. ÓBICE DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2016-05-10;1447082-1533981> acesso em 12 jun. 2023

REsp 1764873/PR - firmou entendimento no sentido da desnecessidade de outorga uxória do cônjuge para a validade de contrato agrário de arrendamento rural celebrado por prazo igual a superior a 10 (dez anos). Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/711899835> acesso em 11 jun. 2023

REsp 264805 / MG CIVIL. PARCERIA AGRÍCOLA. DIREITO DE PREFERÊNCIA. O direito de preferência que se confere ao arrendatário rural não alcança o contrato de parceria. Precedentes. Recurso conhecido pelo dissídio, mas improvido. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.4:acordao;resp:2002-03-21;264805-438119> acesso em 11 jun. 2023

SILVA, Naura Sthocco. Magistério do nível médio do Campo e a formação continuada aos educadores dos assentamentos no Norte de Minas Gerais: o episódio da parceria UNIMONTES/PRONERA. 2021. Disponível em <http://acervo.ufvjm.edu.br/jspui/handle/1/2542> acesso em 11 jun. 2023

SILVA, Vinícius Alves de Melo. O contrato de arrendamento rural: critérios jurisprudenciais sobre preço e prazo. Trabalho de Conclusão de Curso da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em <http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-14092016-124708/publico/34.pdf> acesso em 23 maio. 2023



**Estudo sobre a legislação vigente
e possibilidades de implantação da
cultura do canhamo em território
brasileiro**

**Study on the current legislation and
possibilities of implementing hemp
culture in brazilian territory**

Thiago Gottselig Marholt

Acadêmico de Direito da Faculdade ISEPE/RONDON

Jonathan Amorim Spagnoli

Doutor em Direito pela Universidade Unicesumar

DOI: 10.47573/aya.5379.2.188.16

RESUMO

O cânhamo industrial tem sua origem pertencente à família Cannabaceae sendo utilizada pela humanidade a milhares de anos. A cannabis é utilizada de forma recreativa, medicinal e industrial. Cânhamo industrial trata-se de uma subespécie da cannabis destinada exclusivamente à produção de matéria prima para diversos subprodutos, podendo se tornar uma commodity no Brasil. Atrelada a fatores positivos nos setores ambiental, econômico e social, os benefícios visíveis relacionados a utilização da planta, se faz necessário o debate sobre o importante assunto. O referido trabalho visa verificar e compreender os mecanismos jurídicos vigentes na Lei acerca da cannabis em especial o cânhamo industrial, abordando sua origem histórica no Brasil, além de demonstrar a capacidade de industrialização da planta no país, bem como demonstrando os reais motivos que levaram a proibição da Cannabis sativa para uso recreativo, medicinal e industrial. Para atingir os objetivos propostos, a metodologia de pesquisa utilizada foi referenciais bibliográficos de estudos e pesquisas publicadas sobre a cannabis, desenvolvidas principalmente em periódicos científicos e artigos.

Palavras-chave: cânhamo industrial. setores ambiental, econômico e social. mecanismos jurídicos.

ABSTRACT

Industrial hemp originates from the plant belonging to the Cannabaceae family and has been used by mankind for thousands of years. Cannabis is used recreationally, medicinally and industrially. Industrial hemp is a subspecies of cannabis intended exclusively for the production of raw material for various by-products and may become a commodity in Brazil. Linked to positive factors in the environmental, economic and social sectors, the visible benefits related to the use of the plant make it necessary to debate this important subject. This work aims to verify and understand the legal mechanisms in force in the Law about cannabis, especially industrial hemp, addressing its historical origin in Brazil, in addition to demonstrating the capacity for industrialization of the plant in the country, as well as demonstrating the real reasons that led to the prohibition. of Cannabis sativa for recreational, medicinal and industrial use. To achieve the proposed objectives, the research methodology used were bibliographical references of studies and research published on cannabis, developed mainly in scientific journals and articles.

Keywords: industrial hemp. environmental, economic and social sectors. legal mechanisms.

INTRODUÇÃO

Cânhamo industrial é o nome que se refere a planta da família da cannabis, com genética distinta às suas variedades psicotrópicas. Pela cultura do consumo ser proibida no Brasil há anos, a discussão sobre o plantio do cânhamo vem sendo cada vez mais frequente.

Após diversas mudanças legislativas frente a cannabis no decorrer dos últimos anos, no momento presente, é possível obter receitas médicas para importação de remédios que contém substâncias derivadas da planta, principalmente o canabidiol (CBD) e em alguns casos específicos o delta 9-tetrahydrocannabinol (THC).

O cânhamo diferencia-se de outras espécies de cannabis por possuir um percentual de TCH menor que 0,3%, sendo esta, a substância a responsável por causar o efeito psicotrópico no organismo de quem a utiliza. Além disso, o cânhamo pode ser extremamente útil para diversas outras aplicações. (PAL, LUCIA, 2019)

A cannabis está entre as primeiras plantas cultivadas pela espécie humana e tem sua primeira evidência encontrada na China com a sua utilização focada na produção têxtil a partir das fibras do caule utilizando-a na fabricação de cordas, tecidos e papel. (ZUARDI, 2006)

O cânhamo é um mercado multibilionário e ajustando-o às normas de regulação, poderá se tornar uma commodity extremamente valiosa, com potencial para gerar receitas para a economia fazendo com que a população possa adentrar a um novo campo de visão e expectativas frente a opinião relacionada à cannabis.

É possível perceber que a vinda da Cannabis ao Brasil foi marcada por épocas difíceis para a população negra escravizada. Mesmo sendo uma planta utilizada pela elite, apresenta uma proibição sem precedentes e lotada de preconceitos.

Na sociedade atual, a desinformação a respeito da planta acarreta em uma grande dificuldade em distinguir o cânhamo industrial da cannabis a fim de uso recreativo. Diversas pessoas abominam a cultura mesmo sendo um avanço econômico e ambiental no país por não compreender a diferença entre a variedade psicotrópica e a livre de THC.

O trabalho apresentado tem como objetivo distinguir as variedades desta planta que serve a humanidade a milênios e demonstrar que a proibição da cultura do cânhamo deveria ser modificada a ponto de não necessitar recorrer a processos para que seu plantio seja legalmente possibilitado.

Frente as constatações apresentadas, as perguntas que o presente estudo busca a responder são as seguintes: A proibição tem fundamento legal e científico? Existe a possibilidade de a Lei ser atualizada, impactando positivamente e diretamente na economia, meio ambiente e contexto social?

Nesse contexto, a presente pesquisa é justificada pela necessidade econômica, ambiental e social de aprovar legislações que permitam o plantio e a comercialização da cultura do cânhamo considerando a pesquisa na bibliografia de materiais publicados sobre o tema da cultura por instituições de pesquisa e legislação vigente.

RESUMO DO QUE É CANNABIS

A cannabis trata-se de um gênero de plantas que é conhecida pelo ser humano a milênios atrás, ela traz consigo princípios ativos que causam alterações no organismo de seu usuário, funcionando como uma droga que pode ser consumida para fins medicinais, recreativos ou industriais. É descrita como uma planta psicotrópica, plantas essas que atuam no cérebro fazendo com modifique a maneira de sentir, pensar e agir.

A cannabis sativa ou como mais popularmente conhecida como maconha, trata-se de uma planta psicoativa e terapêutica. Ela pertence à família Cannabaceae a qual foi classificada de forma botânica pela primeira vez na história no ano de 1753 por Carl Linnaeus. A cannabis,

trata-se de uma planta herbácea de ciclo anual. Ela alcança até 4 metros de altura, tendo seu caule ereto e suas folhas palmadas esticadas. Os principais compostos mais estudados na planta são os canabinóides chamados de THC e o CBD, cada um com suas peculiaridades. (LÓPEZ, *et al.*, 2014)

Tratando-se dos psicoativos da planta, a única quem produz esse psicoativo é a planta fêmea em forma de resina, normalmente no plantio para o consumo recreativo, a planta-macho presente no cultivo é eliminada do plantio para não haver a fertilização das fêmeas. A concentração dessa resina tem a ver com fatores genéticos e ambientais que vão causar variação na concentração do psicoativo na planta. (GONÇALVES, 2014)

O THC é encontrado nas plantas fêmeas que produzem essa resina para proteger a flor do sol, origina-se a fim de proteger a planta da desidratação e como fonte de herbicida natural. Já o CBD atua como inibidor das principais propriedades do THC, é encontrado em qualquer espécie e é o principal componente estudado para fins da medicina. (GONÇALVES, 2014)

Criminalizada em diversos países do mundo, a cannabis vem sendo utilizada a milênios na forma recreativa, medicinal ou industrial. O tema principal que o artigo aborda trata-se do cânhamo industrial, variedade da cannabis destinada a indústria como uma commodity agrícola.

O cânhamo industrial é uma variedade diferente da planta, caracterizada pela sua riqueza em fibras e pobreza em THC, substância psicoativa da planta. O cânhamo por tratar-se de uma commodity agrícola, pode ser comercializada de diversas finalidades diferentes como alimento, roupas, materiais de construção entre outros. (AGMRC, 2022)

As plantas de cânhamo destinadas a indústria trata-se de um caule principal fino coberto de folhas. Com seu período entre o plantio e a colheita variando de 70 a 140 dias, essa planta atinge de 1,80m a 4,5m de altura. Além do pouco tempo entre a colheita e o plantio, também é uma excelente cultura de rotação, evitando o desenvolvimento de ervas daninhas e diminuindo o problema de doenças e insetos. Também funciona como uma excelente cobertura de solo e condicionamento do solo a partir do seu sistema radicular. (AGMRC, 2022)

Primeiros relatos no mundo e quando chegou ao Brasil

Encontrados resquícios em diversos povos antigos, a cannabis tem sua primeira aparição na humanidade a milênios atrás, no Brasil veio ao país junto aos escravos que vieram ao país em navios negreiros na era colonial. O cânhamo vem sendo utilizado na história do Brasil em diversas aplicações que podem incluir comida, embalagem, tecido, materiais para construção entre outros.

Existem relatos da planta cannabis sativa, sendo utilizada pela espécie humana há milênios. Diversas sociedades antigas como a grega, romana, africana, entre outras, utilizavam a planta em variadas formas de consumi-la, sendo elas: alimento, fumo, medicina, combustível e fibras têxteis. O primeiro indício de consumo da planta como forma terapêutica, vem do ano de 2700 a.C. no império chinês, tal qual utilizava das propriedades medicinais da planta para o tratamento de malária, dores reumáticas, ciclos menstruais irregulares e dolorosos. (GROSSO, 2020)

A vinda da cannabis ao território brasileiro foi marcada por tempos sombrios, tempos esses que foi marcado pelo comércio de pessoas, o período da escravidão. No período colonial,

aproximadamente 1549, os escravos traziam ao Brasil, planta essa que foi rapidamente disseminada entre negros escravos e índios, os mesmos que a germinavam no solo e a cultivavam como mais uma de suas culturas. (GROSSO, 2020)

Passando-se os anos, o uso que não era de destinação curar uma enfermidade, se disseminou entre as pessoas que ela usava. Além dos negros escravos, os índios brasileiros também tiveram contato com a cannabis e passaram a cultivá-la para utilizar da mesma seja na forma médica ou recreativa. (CARLINI, 2007)

No período entre 1747 e 1824 a coroa portuguesa a qual havia colonizado o Brasil, realizou tentativas de introduzir o cultivo de cânhamo em alguns estados brasileiros, sendo eles Rio Grande do Sul, Pernambuco e Santa Catarina, territórios estes que eram denominados como projetos do Império Português. Porém por mais que a Coroa portuguesa havia dedicado seus esforços a esse cultivo, o mesmo não surtiu o efeito desejado. (ZUARDI, 2006).

Após todas as tentativas terem sido executadas, mesmo assim, a Coroa não abandonou este projeto. Mais tarde, o estado responsável por dar seguimento a este projeto foi a Capitania de São Pedro no Rio Grande do Sul. No dia 28 de 1783, foi sancionado o decreto que fundaria a Real Feitoria do Linho do Cânhamo (RFC).

Levando em conta que os principais usuários da planta eram as classes mais pobres, isso fazia com que o uso da planta não chamasse a atenção das classes dominantes. A não ser alegações de que a rainha Carlota Joaquina de Bourbon, imperatriz titular no Brasil e esposa de D. João VI na época em que vivia, tendo em sua rotina, o hábito de tomar chá de cannabis. (CARLINI, 2007)

Já no final do século XIX e início do XX, o cultivo do cânhamo passou por transformações. Os investimentos e as tentativas de produção tiveram uma participação significativa de investimentos particulares, que visavam atender o mercado e angariar lucros. Empreendimentos comerciais dessa natureza ocorreram em Pernambuco e Rio de Janeiro. Nesse contexto, o cultivo do cânhamo visava a produção de fibras que seriam utilizadas na produção de papel e na produção têxtil, em especial na produção de embalagens e sacarias para empacotar o café, o arroz, entre outros produtos. É claro que essa iniciativa de particulares contou com o apoio do Estado, que doava terras e fornecia incentivo fiscal para isso. Em alguns casos, como em São Paulo, o próprio estado protagonizou projetos dessa natureza. (ZUARDI, 2006)

A criminalização da cannabis no Brasil

O assunto referente a criminalização da cannabis no Brasil vem sendo amplamente discutido nas últimas décadas. A cannabis tem sido alvo de diversas legislações punitivas, porém esta abordagem vem levantando questionamentos acerca dos impactos decorrentes dessa política.

Na metade do século XIX, a relação da sociedade brasileira com a cannabis começou a se modificar. Estudos feitos pelo Professor Jean Jacques Moreau na Faculdade de Medicina na Tour França, acarretaram o inserimento da cannabis no meio da medicina, fazendo com que passassem a usar de forma medicinal, porém ingerindo-a a partir do ato de fumar, como contra a bronquite crônica das crianças ou a laringe crônica como estava escrito em um famoso formulário datado de 1888. (CARLINI, 2007)

A proibição da planta no Brasil avançou e ganhou força na década de 1930, quando na II Conferência Internacional do Ópio no ano de 1924 em Genebra, o delegado representante brasileiro, despreparado e sem estudos científicos acerca do tema, assim como todos os outros 40 participantes, juntamente com o delegado egípcio, esforçaram-se para a cannabis ser incluída na lista ao lado do ópio e da cocaína, como assim foi feito. (CARLINI, 2007)

No ano de 1930 em que o Brasil criminalizou a planta, se tornou o primeiro país do mundo a criminalizar a cannabis, e a justificativa utilizada para tal ato era a revolta dos escravos a partir do uso da planta conhecida na época como Fumo de Angola, termo racista da época da escravidão. (BARROS, PERES, 2012)

Podemos verificar que a proibição da planta teve seu ponto de partida por questões raciais e não questões médicas. Quando a história mostra que na primeira vez que a mesma foi criminalizada a partir de opiniões sem embasamento científico, traz a visualização da proibição a fim de condenar os povos negros.

O ano de 1932 foi marcado pelo decreto nº 20.930 de 11 de janeiro de 1932, decreto este que se diferenciava pela penalização do usuário, porém diferenciava do traficante. O Decreto-891/38 estabeleceu a toxicomania (vício em drogas) como uma doença de internação civil e compulsória. No ano de 1940 com a advinda do novo Código Penal da época, em seu artigo 281, trazia sanção para quem traficava. (BARROS E PERES, 2012)

No ano de 1968, quando acontecia o regime da ditadura militar, entrou em vigor um novo Decreto-Lei de número 385, veio para alterar o artigo 281 do Código Penal que havia sido instituído em 1940. Neste novo artigo, existia a equiparação do traficante e do usuário, os mesmos passaram a ter penas idênticas. Em 1971, após editada a lei penal, as medidas foram até mais repressivas, poderia ser oferecida denúncia a um indivíduo por dedução, sem existência da prova material. (BARROS E PERES, 2012)

Em 1976, uma nova Lei 6368 entrou em vigor para novamente distinguir os traficantes e usuários, Lei essa que vigorou até o ano de 2002, quando o ex presidente Fernando Henrique Collor sancionou uma nova Lei que trouxe vetos para a Lei anterior que não faziam sentido, uma Lei mal elaborada. (BARROS E PERES, 2012)

Já no ano de 2006, ano do atual presidente Lula, foi sancionada uma nova Lei de drogas, de número 11.343/06. Essa lei trouxe consigo a condição do usuário não pode mais ser preso. Porém mantém o usuário dentro do controle penal aplicando sanções ao mesmo. (BOITEUX, 2006)

Nos dias atuais frente a todos esses julgamentos sobre a regulamentação da planta, temos uma mudança significativa em relação ao histórico proibicionista no Brasil. Embora o cultivo, produção, importação e comercialização da planta tenha caminhado a liberações, ainda temos um longo caminho a percorrer.

A cannabis no Brasil tem legislação favorável para ser prescrita por doutores a seus pacientes que dela necessitam, mas o Brasil precisa ainda desenvolver políticas que visam o fácil acesso aos pacientes de baixa renda, pois trata-se de um medicamento custoso a partir do processo da obtenção do fármaco através da importação, que poderia ser substituída no Brasil através do mercado interno plantando, industrializando e comercializando o medicamento, a im-

portação poderia facilmente ser substituída pela produção no mercado interno.

Diferença entre o CBD e o THC

As principais diferenças entre os componentes na cannabis são os canabinoides. Existem diversos canabinoides presentes nela e cada um com sua finalidade. Entender para qual finalidade serve cada um, traz clareza do por que esta planta é tão importante para a sociedade em que vivemos.

A cannabis é uma planta que contém cerca de 400 compostos químicos, sendo princípios ativos específicos 60 canabinoides nela presentes. De todos os 60 canabinoides presentes, dois deles se destacam pelas propriedades medicinais. (MONTEIRO, 2014)

A planta pode ser utilizada na medicina por conter alguns efeitos neuropsíquicos positivos sendo eles: Tratamento do medo patológico, tratamento da ansiedade e efeito antipsicótico, efeito no desempenho cognitivo, efeito sobre o sistema de estresse e recompensa, efeitos anti-epilépticos, analgésico e anti-inflamatório, efeitos sobre a doença de Parkinson, distúrbios do movimento e doença desmielinizante, efeitos sobre o trato gastrointestinal e cuidados paliativos e de suporte no tratamento de câncer. (RIBEIRO, *et al.*, 2021)

O THC é o responsável pela principal substância psicoativa da planta, substância essa que provoca nos usuários os efeitos psicoativos, substância essa que pode causar dependência química. Esse componente também possui atividade analgésica, antitumoral, estimulante do apetite, diminuição de insônia e proporciona o relaxamento muscular. (MONTEIRO, 2014)

O CBD é o outro principal composto que constitui até 40% dos canabinoides, canabinoide este que não é psicoativo. Existem diversos estudos acerca do CBD em prol da medicina, o mesmo já se mostrou útil no tratamento de sintomas e patologias como ação analgésica, imunossupressora, tratamento de isquemias, náuseas e câncer, diabetes, distúrbios de sono, ansiedade e movimento, como também no tratamento de sintomas que advêm da esquizofrenia, doença de Alzheimer e Parkinson. (LIMA *et al.*, 2021 *apud* SOUSA E BAIÃO, 2021).

Os canabinóides da planta estão divididos em três tipos: fitocanabinoides, canabinóides sintéticos e os canabinóides endógenos. Os principais canabinóides que representam os químicos são a anandamida (N-araquidonoil etanolamina) e o 2-araquidonoil glicerol. Ambos compostos são encontrados nos sistemas de alguns animais, principalmente nos que hibernam. Os canabinoides presentes nesses animais, relacionam-se com as funções de relaxar, dormir, comer, esquecer e proteger. (LESSA *et al.*, 2016).

O QUE É O CANHAMO E POSSIBILIDADES DE USO DESTA,

Uma planta tão versátil como o petróleo ou o algodão, matéria prima 100% renovável que pode ser plantada em diversos cantos do mundo por ser extremamente resistente e não necessitar de grandes quantidades de defensivos agrícolas, o cânhamo industrial, vem carregado de preconceitos antigos acerca da aceitação da cultura por ser uma planta derivada da família da cannabis e proibida no Brasil pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)

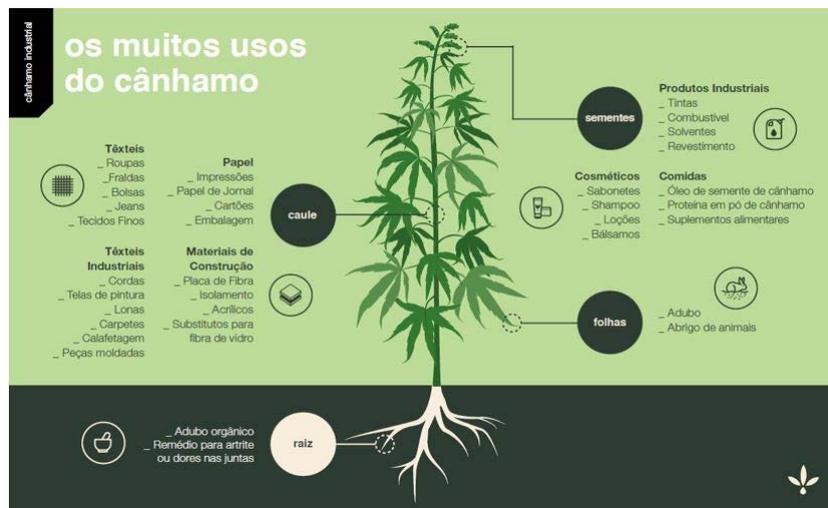
A cannabis sativa é uma planta herbácea de origem asiática de três subespécies mais

aceitas na literatura sendo elas a *Cannabis sativa*, *Cannabis índica* e *Cannabis ruderalis*. (MACEDO, 2010).

Desde a década de 1930, existiam movimentos os quais taxavam a planta *Cannabis* como um “praga maligna com raízes do inferno”, porém com o uso da planta para fins de tecido, começaram a perceber que a mesma não era uma planta maligna. (ROBINSON, 1999)

O que a Lei ainda não compreende a respeito do cânhamo, é que a sua utilização vem da *Cannabis ruderalis*, que contém níveis abaixo de 0,3% de THC o que torna o mesmo inutilizável na forma recreativa da planta, porém poderá ser utilizada para outras diversas finalidades. (LUCIA *et al.*, 2019).

As muitas outras finalidades que podem ser utilizadas a partir da planta do cânhamo estão especificadas na figura a seguir:



Fonte: Coutinho, 2019.

O cânhamo industrial tem diversas utilizações na indústria, as fibras por exemplo têm enorme resistência e foi utilizada à milênios atrás para a confecção de cordas, tem grande utilização na indústria de celulose e têxtil. Surge a cada dia novas aplicações, dentre elas a produção de combustíveis. (FREIRE *et al.*, 2021)

O cânhamo se tratando de um tecido da moda, tem oito vezes mais resistência a tração do que o algodão e uma durabilidade quatro vezes maior. Tecido que pode ser lavado e secado em máquinas, é dono de um brilho natural e com o procedimento de tecer a fibra sendo feitas várias vezes, é possível que a fibra se torne mais macia que o algodão. (ROBINSON, 1999)

Além da indústria têxtil, poderíamos beneficiar a sustentabilidade com o plantio do cânhamo a partir da criação de papel de cânhamo. Metade de todas as árvores já derrubadas, foram destinadas a fabricação de papel gerando uma série de problemas ambientais para o ecossistema. (ROBINSON, 1999)

O uso de sementes de cânhamo data de pelo menos 3.000 anos em forma de ingredientes alimentares, óleo e ração animal. O óleo presente na semente também era utilizado para a produção de sabão, tinta e verniz. Existem estudos também que demonstram a utilização do cânhamo em bebidas, preparações medicinais ou ração para pássaros e peixes. (ADESINA, 2020)

A semente produzida pelo cânhamo é uma fonte de alto valor de proteínas e lipídios. A

semente contém aproximadamente 30% de óleo, 29% a 34% de fibras e 22% a 28% de proteína. Trata-se de uma semente altamente nutritiva para consumo humano e economicamente positiva por conta do óleo produzido a partir de sua industrialização. (FREITAS, 2021)

O cânhamo também é uma alternativa sustentável na criação de materiais de construção e artigos manufaturados. Fibras de média densidade utilizadas em construções são rotineiramente feitas de madeira, porém as fibras de cânhamo superam as fibras de madeira em quesito qualidade. (ROBINSON, 1999)

Tijolos de construção feitos a partir da planta do cânhamo:



Fonte: ISOHEMP, 2022.

As raízes do cânhamo por exemplo têm pouquíssimas concentrações de THC e CBD, porém são compostas de grandes quantidades de lipídios e açúcares. Alguns benefícios a saúde são propriedades antioxidantes, proteção do fígado, impedir o crescimento de tumores, reduzir bactérias, criação de medicamentos utilizados na psiquiatria e medicamentos estimulantes. (SMITH, 2016)

Fatores econômicos e ambientais relacionados a cultura

Neste estudo sobre a cultura do cânhamo, é demonstrado o potencial sustentável e econômico da cultura. Observando também se é possível substituímos culturas como o algodão que traz inúmeros problemas para o sistema ambiental, pelo cânhamo.

Na imagem a seguir, verifica-se a evidente diferença entre as culturas do cânhamo e do algodão.



Fonte: Kaya Mind, (2022)

Relacionado ao fator ambiental, temos alguns pontos positivos do cânhamo em relação ao algodão. O cânhamo cresce dentro de quatro a doze semanas, sendo uma das culturas que crescimento mais rápido no mundo. O cânhamo trata-se de uma cultura que requer pouquíssima água em relação ao algodão, para produção de um 1kg de algodão são necessários 10.000 litros de água quando para o cânhamo este número passa a ser cerca de 2.123 litros por quilo de fibra. A fibra de cânhamo é extremamente mais forte que o algodão levando em conta que um tecido feito de algodão geralmente dura até 10 anos enquanto um tecido de cânhamo pode durar até 30 anos e possui uma alta resistência a tração e mudanças de temperatura e humidade. (SCHMID, 2022)

O tecido de cânhamo possui uma absorção mais efetiva comparado ao algodão. Além de ser um tecido altamente respirável reduzindo a transpiração a quem a utiliza. A fibra do cânhamo absorve mais quantidade de tinta do que a fibra do algodão além de manter a cor por mais tempo sem desbotar. Possuindo excelentes propriedades antibacterianas, possui maior resistência a mofo ou fungos. (SCHMID, 2022)

Em relação aos fertilizantes, o cânhamo atua como seu próprio fertilizante, herbicida e pesticida, contando com propriedades naturais produzidas pela própria planta para suprir essas necessidades enquanto o algodão utiliza cerca de 28 litros por hectare. Além da falta de necessidade de aplicação de agrotóxicos, o cânhamo devolve de 60% a 70% de todos os nutrientes ao solo enquanto o algodão trata-se de uma monocultura que degrada o solo tornando-o estéril e necessitando de aplicação de rotação de culturas e preparações para fazer com que o solo volte a ser rico de nutrientes para o cultivo. (RISCALA *et al.*, 2022)

Por se tratar de uma planta versátil, uma ampla variedade de materiais pode ser extraída a partir da planta do cânhamo, podendo ser a substituição da cultura do algodão. Além da versatilidade da planta, temos os fatores ambientais extremamente positivos, uma dessas vantagens é a capacidade de sequestro de carbono da planta. A planta também possui a capacidade de retirada de dióxido de carbono da atmosfera. Além do sequestro de carbono, suas raízes conseguem regenerar solos contaminados com venenos e metais pesados, como também estabilizar

o solo para controle de erosão. (SANTOS, 2021)

SITUAÇÃO LEGISLATIVA DA CANNABIS NO BRASIL

É correto afirmar que, no Brasil, há uma regulamentação para o uso medicinal da cannabis, porém o cultivo e uso de derivados do cânhamo não estão incluídos na legislação. A importação de insumos da planta tem sido realizada por diferentes estados do país e marcas brasileiras. Essa questão gera uma discussão legal relevante, uma vez que muitos produtos derivados do cânhamo, como tecidos, não contêm fitocanabinoides e, portanto, não deveriam ser considerados substâncias controladas.

No Brasil, observamos regulamentações acerca da cannabis medicinal, porém não temos legislação que fala especialmente do cânhamo industrial. No passar dos anos, verifica-se diversas utilizações da fibra do produto em marcas brasileiras como a Greenco, Reserva, Ginger e Weedog.

No decorrer das legislações que passaram a regular à cannabis, observa-se os avanços em relação a política proibicionista do passado, e notando que com o passar dos anos, a lei começa a deixar para trás pouco a pouco o preconceito racista antigo que impossibilitava pessoas com comorbidades a serem medicadas pelas moléculas da planta cannabis.

Existem lojas brasileiras que vendem roupas ou tecidos industrializados derivados do cânhamo industrial, porém no ano de 2021 a ANVISA informou que o processo de importação é proibido por conta de o cânhamo ser proveniente da planta da Cannabis. Por outro lado, legalmente quem deveria tratar da legislação da presente cultura seria o Ministério da Agricultura e Pecuária - MAPA e não a ANVISA por conta de a planta apresentar níveis não suficientes para causar efeitos psicotrópicos. (SANTOS, 2022)

A primeira resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA (RDC) sigla utilizada para estabelecer processos regulatórios, práticas e padrões de qualidade para produtos e serviços sob regulamentação da própria agência começou no ano de 1998 com a portaria nº 344 (BRASIL, 1998) que trouxe a lista de plantas e substâncias sobre controle especial no Brasil, incluindo as de uso proibido.

A portaria de número 344 de 12 de maio de 1998 (BRASIL, 1998) considerava algumas convenções sobre entorpecentes e substâncias psicotrópicas as mais importantes a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 (Decreto n.º 54.216/64), a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971 (Decreto n.º 79.388/77), a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988.

A convenção única sobre entorpecentes de 1961 de Decreto n.º 54.216/64 foi assinada no dia 30 de março de 1961 em Nova York, copiada ao presente decreto para ser executada e cumprida inteiramente com o conteúdo contido nela. Esta convenção reconhecia a toxicomania como um grave mal para o indivíduo e assim constituindo um perigo social e econômico para a humanidade, veio em tese para prevenir e combater esse mal. (BRASIL, 1964)

Neste decreto, os países que aderissem ao decreto, tinham o direito reservado de autorizar, temporariamente em qualquer um dos seus territórios o uso de cannabis, da resina da

cannabis, de extratos e tinturas de cannabis com finalidades não médicas como descrito no seu artigo 49, porém deveria cessar o mais cedo possível. E neste decreto, não se aplicava ao cultivo da cannabis destinada exclusivamente a fins industriais como tratado no presente artigo. (BRASIL, 1964)

A Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971 (Decreto n.º 79.388/77) também trazia no preâmbulo a saúde e o bem-estar da humanidade visando prevenir e combater o uso das substâncias psicotrópicas. Este decreto tratava do THC no item 10 na lista de substâncias nas relações de número. Esta lista continha substâncias como o LSD (dietilamida do ácido lisérgico), o DMT (dimetiltriptamina) e a psilocibina, substâncias altamente alucinógenas.

A Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988 (Decreto n.º 154/91) veio para legislar contra a demanda do tráfico de substâncias entorpecentes ilícitas e substâncias psicotrópicas que de acordo com o decreto trazia representavam uma grave ameaça a saúde e efeitos nefastos sobre as bases econômicas, culturais e políticas da sociedade.

O Decreto n.º 154/91 trazia definições no seu artigo 1º, e no item “p” mencionava que por planta de cannabis, entende-se toda planta do gênero cannabis. Já no artigo 3º trazia delitos e sanções a quem cultivasse sementes da planta da cannabis com o objetivo de produzir entorpecentes. No artigo 14 trazia medidas para erradicar o cultivo ilícito das plantas que se extrai entorpecentes e era destinado a parte adotar as medidas adequadas para este fim.

A primeira RDC que tratou mais sobre cannabis, portaria nº344, trazia possibilidades de prescrição e uso ou não de substâncias elencadas no decorrer de suas listas. A cannabis era encontrada na lista E que tratava das substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas. Já na lista F que descrevia acerca das substâncias de uso proscrito no Brasil que são as de uso proibido era encontrado o THC.

Passados alguns anos da última portaria que regulava a planta cannabis, no ano 2006 foi promulgada pelo presidente vigente Luiz Inacio Lula da Silva no dia 23 de agosto de 2006 a Lei nº11.343. A referida Lei passou a distinguir o tratamento entre usuários e traficantes, porém foi muito criticada pois não trouxe consigo uma quantidade exata para diferenciar esses dois grupos, fazendo com que exista a possibilidade de condenar um indivíduo por meros achismos ou preconceitos. (BRASIL, 2006)

A Lei 11.343 de 2006 veio para prescrever medidas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, como também reafirmar a proibição do plantio, colheita e exploração de plantas que possam ser extraídas ou produzidas drogas e definir a hipótese de autorização ou regulamentação das plantas de uso estritamente ritualístico-religioso. Além dessas medidas mencionadas acima, a Lei trazia consigo uma lista de crimes associados como tráfico de drogas, porte de drogas para uso próprio, colaboração com informante, induzimento, instigação ou auxílio do uso indevido de drogas, Tráfico privilegiado entre outros crimes. (BRASIL, 2006)

A Lei 11.343/06 teve como principal mudança a diferença entre usuários e traficantes. Esta Lei passou a abordar a questão da ressocialização do usuário, abandonando a visão punitiva que era tratado, deslocando este tema para o âmbito da saúde pública. Crimes relacionados a drogas passaram a ser classificados como ofensas contra a saúde pública, o termo substância

entorpecente foi substituído por droga, passou a não prever pena de prisão em flagrante para usuário e foram adotadas medidas mais rigorosas contra o tráfico. (SANTOS, 2023)

Após a promulgação da Lei de Drogas de 2006, passaram-se os anos e uma nova resolução acerca da cannabis veio do Conselho Federal de Medicina CFM que, por meio da resolução 2.113 no ano de 2014 aprovou a autorização do uso compassivo do CBD no tratamento de epilepsia em crianças e adolescente que sejam refratárias aos tratamentos convencionais, ou seja, ela não responde ou não obtém resultados terapêuticos para algumas determinadas patologias.

A nova resolução apresentada pelo CFM 2.113/14 previa alguns pré-requisitos para enfermo se tornar paciente medicinal de CBD. O paciente necessitava preencher alguns critérios para inclusão no uso do medicamento. E nesta resolução se reforçou a vedação da prescrição de quaisquer outros derivados da cannabis a não ser o CBD. A decisão do CFM tinha validade de dois anos, quando seria revisada e analisados os novos elementos científicos.

No dia 03 de janeiro de 2015 a diretoria colegiada da ANVISA publicou uma resolução de número 3 que atualizava as listas da portaria de nº344 que alterou o CBD ao inclui-lo na lista de substâncias sujeitas a controle especial. O CBD foi incluído nas substâncias sujeitas a controle especial, que são consideradas mais perigosas do que as substâncias comuns e passou a ter a possibilidade de prescrição com receita em duas vias. (RISCALA *et al.*, 2022)

No mesmo ano que foi aprovada a RDC nº3 que atualizava a lista das substâncias a ANVISA no dia 06 de maio de 2015 que legislava sobre a importação de produtos e definia critérios para a importação dos produtos à base de CBD por pessoa física para uso próprio mediante prescrição médica. (BRASIL, 2012)

No ano de 2019 o Ministério da saúde em conjunto com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária por meio de uma resolução da Diretoria Colegiada publicou a RDC nº327 de 9 de dezembro de 2019 que regulamentava a Autorização Sanitária para a fabricação e a importação estabelecendo requisitos para a comercialização, prescrição, dispensação, monitoramento e fiscalização de produtos derivados da cannabis. (BRASIL, 2019)

Em meados de 2020, a legislação vigente já previa a importação de produtos à base de cannabis, porém eram processos complicados e burocráticos para o paciente ter acesso dos medicamentos. Mas no ano mesmo ano a RDC nº335 de 24 de janeiro de 2020 veio para simplificar o processo de importação de produtos à base de cannabis. (RISCALA *et al.*, 2022)

Em 06 de outubro de 2021 é publicada uma nova RDC nº570 que veio para alterar a resolução da diretoria colegiada RDC nº335. A principal alteração dessa resolução foi a possibilidade de a pessoa física ter o cadastro a ser feito de forma mais fácil no site da ANVISA. Com validade de 6 meses, a autorização é publicada no site da ANVISA. (BRASIL, 2021)

Em 2022 é publicada a RDC nº659 que regula a importação e a exportação de produtos à base de cannabis com finalidade médica sujeitos a controle especial e define novos critérios para a concessão de autorização simplificada para instituições de ensino e pesquisa. No mesmo ano a RDC nº660 é publicada pela ANVISA para consolidar as RDCs 335 e 570. (RISCALA *et al.*, 2022)

O CFM (Conselho Federal de Medicina) no uso de suas atribuições publicou no dia 14/10/2022 a resolução nº2.324 com um artigo que trouxe um retrocesso para a medicina. No

seu artigo 3º essa resolução proibia os médicos de prescreverem CBD para indicação terapêutica diversa da prevista e também a apresentação de palestras e cursos sobre o uso do CBD ou derivados da cannabis e a divulgação publicitária. (CASTRO, 2022)

A intervenção por meio do CFM (Conselho Federal de Medicina) apresenta inconsistências. Uma delas é a falta de competência para regular a prescrição de medicamentos, o papel do CFM de acordo com sua lei de regência é supervisionar a ética profissional dos médicos. E há de se destacar o conflito de competências entre o Conselho Federal de Medicina e a ANVISA pois quem tem esta competência jurídica para autorizar o uso destes medicamentos é a ANVISA. (CASTRO, 2022)

Duras críticas de médicos e associações de pacientes e fabricantes foram feitas ao CFM (Conselho Federal de Medicina) após a resolução de nº2.324/2022 por possuir um caráter restritivo. A resolução previa o tratamento com CBD exclusivamente para crianças e adolescentes com epilepsia. Além das críticas, o Ministério Público Federal abriu um procedimento solicitando esclarecimentos ao CFM a respeito da resolução. (FORMENTI, 2022)

Foi questionado por integrantes de conselhos regionais de medicina a ética em interromper o tratamento de outras patologias mesmo com resultados positivos do remédio. Diversos protestos foram realizados em várias partes do país. No dia 25 de outubro de 2022 o CFM (Conselho Federal de Medicina) publicou uma suspensão da resolução e a responsabilidade voltou a ser do médico para prescrever o medicamento. (FORMENTI, 2022)

Os produtos de cânhamo podem ser encontrados em diversos estabelecimentos em forma de roupas, tecidos, tapetes entre outros tecidos de cânhamo e as regras da ANVISA não dizem nada especificamente sobre a regulação do cânhamo na indústria por ser uma variedade não psicotrópica, encontra-se em um limbo regulatório. Em uma consulta realizada a ANVISA, a mesma afirmou que a importação de tecidos de cânhamo para a produção de roupas é proibida por conta de a planta constar na lista E da portaria SVS/MS nº 344/98 a qual determina as plantas proscritas. Após verificar os limites do texto da Portaria SVS/MS nº344/98 que determina sobre as substâncias entorpecentes presentes na planta não faz sentido igualar a um tecido processado, sem a quantidade mínima de substâncias entorpecentes suficientes para uma destinação que não seja industrial. (VIEGAS *et al.*, 2021)

A Lei demonstra a falta da viabilidade jurídica da legalização do Cânhamo, uma cultura que teria um vasto potencial econômico e ambiental tendo em vista o território Brasileiro, observamos o Projeto de Lei nº 5295 que tramita desde de 2019 que determina a regulação da cannabis medicinal e o cultivo do cânhamo industrial. (SILVA *et al.*, 2020)

No Congresso Nacional tramita o Projeto de Lei 399/2015 do deputado federal Fábio Mitidieri (PSD/SE) que viabiliza a comercialização de medicamentos que contenham extratos, substratos ou partes da planta, englobando o plantio de cânhamo para uso industrial e pesquisa científica. (MAGNA, 2022)

Na Câmara dos Deputados, encontramos outro projeto de Lei nº10549/2018 que dispõe sobre a exploração comercial da cannabis incluindo o cânhamo industrial, no projeto o cânhamo industrial encontra-se definido como “cannabis de efeito não psicoativo” com níveis de THC de até 1%. Este projeto justifica-se da geração de renda e arrecadações que o estado teria a partir dos impostos das taxações. (ALMEIDA *et al.*, 2021)

No Brasil, a definição atual de substâncias controladas impede a importação ou plantio do cânhamo industrial, porém passamos a ver mudanças significativas com as novas legislações surgindo de tempos em tempos de modo importante para o mercado e a tendência é o crescimento de mercado. No decorrer dos anos, tivemos vários Habeas Corpus e processos deferidos para a utilização da planta seja na forma medicinal ou industrial.

Jurisprudências a respeito do plantio da cultura em território brasileiro

De acordo com o procedimento comum cível nº1029099-51.2019.4.01.3400 da 9ª Vara Federal Cível da SJDF foi julgada a Comercialização e/ou Utilização sem Restrições de Medicamentos, Fornecimento de Medicamentos por parte da empresa Schoenmaker Humako Agri-floricultura LTDA contra a ANVISA e a União Federal.

Diante desta jurisprudência, é verificada a presença de uma liberação para o plantio do cânhamo industrial descrito no referente estudo. Um passo importante na facilitação do avanço deste mercado no país e trazendo uma decisão que poderá ser usada de forma posterior em outras autorizações.

O processo inicial apresentava oito pedidos, pedidos estes: I) a exclusão do THC da lista de substâncias de uso proscrito no Brasil. II) Adequação do art. 61 da portaria nº344/98 que aprova o regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial, para permitir o plantio a prescrição da planta para fim exclusivamente médico e científico. III) Permitir provisoriamente a importação de quaisquer produtos ou medicamentos que tenham a cannabis como base. IV) Permitir provisoriamente a importação de sementes para plantio com finalidade de uso medicinal próprio. V) Iniciar de ofício estudos técnicos acerca do tema para avaliar a segurança e a eficácia dos mesmos bem como estudos técnicos para o uso medicinal da cannabis "in natura". VI) Pedido para a confecção de modelos de formulário para os pacientes apresentarem para a importação de sementes.

Dentre todos os pedidos apresentados na fase inicial do processo, a 9ª Vara Federal cível da SJDF decidiu por deferir a tutela provisória de urgência observando a presença dos requisitos no pedido. Verificando que a concentração de THC na planta da cannabis a ser produzida é inferior a 0,3%, não tratando-se de uma planta psicotrópica podendo ser utilizada exclusivamente para fins farmacêuticos e industriais, e sendo fiscalizada pelo MAPA.

Ainda na sentença, o juiz menciona o fato de o poder público ser omissivo quanto a regulamentação a respeito do plantio da Cannabis, demonstra clara ofensa a ordem econômica e à proteção constitucional do direito à saúde e menciona necessária a inclusão da planta da cannabis no RNC – registro nacional de cultivares.

No mês 04 do ano de 2020 o juiz federal Ilan Presser decidiu pelo Tribunal Federal da 1ª região a derrubada da liminar da empresa Shomenmaker Humako Agri-floricultura do grupo Terra Viva. A ANVISA também entrou com recurso e alegou que se trata de uma matéria que não cabe liminar por não ser observada a urgência nos pedidos apresentados pelo grupo Terra viva. (FRANÇA, 2020)

Conforme entendimento do TRF-4

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. AUTORIZAÇÃO PARA IMPORTAÇÃO E PLANTIO DE SEMESTRES E COMERCIALIZAÇÃO DE HEMP/CÂNHAMO PARA USO INDUSTRIAL. O direito à importação e plantio de sementes de cânhamo industrial/hemp, definidos como sementes de *Cannabis sativa* L. é controvertido e reclama contraditório e dilação probatória, não restando configurado risco de perecimento de direito que justifique a imediata intervenção judicial, antes do devido contraditório e dilação probatória. (TRF-4 - AG: 50422700420204040000 5042270-04.2020.4.04.0000, Relator: VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Data de Julgamento: 25/11/2020, QUARTA TURMA)

A empresa DNA Soluções em Biotecnologia EIRELI através deste agravo de instrumento em ação de procedimento comum ingressou com a ação a fim de obter permissão/autorização para a realização do plantio de cânhamo industrial. O plantio da cultura visa a produção do óleo para fins medicinais, a fibra para a produção de produtos relacionados à indústria têxtil e a semente para a produção de suplementos alimentares. Na lista de pedidos também havia o requerimento de uma tutela antecipada de urgência para determinar a possibilidade do plantio legal da cultura.

Ressalta ainda que a produção da planta do cânhamo não possui níveis consideráveis de THC, não sendo presente a capacidade de entorpecer qualquer indivíduo, porém com grande valor econômico e ambiental para o setor industrial visando o desenvolvimento econômico e social do país.

No relatório apresentado pela relatora, foi decidido que não se encontrava presente os requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência apresentada nos pedidos. Foi julgado improcedente o pedido do agravo de instrumento e a autora foi condenada ao pagamento das custas processuais e honorários sucumbenciais.

Neste sentido:

RECURSO ESPECIAL N 2024250 - PR (2022/0210283-1) DESPACHO Vistos. Dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal, nos termos do art. 64, XII, do RISTJ. Cumpra-se. Brasília, 05 de setembro de 2022. REGINA HELENA COSTA Relatora. (STJ - Resp.: 2024250 PR 2022/0210283-1, Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Publicação: DJ 08/09/2022).

No último dia 08/09/2022 o STJ suspendeu as ações que tramitavam discutindo a possibilidade de importação e cultivo de variedades diversas para fins medicinais, farmacêuticos ou industriais. A decisão do colegiado foi delimitada a fim de definir a possibilidade de autorização e cultivo das variedades que produzem baixas concentrações de THC e altas concentrações de CBD que podem ter fins medicinais, industriais e de subprodutos da planta. A ação foi proposta pela empresa de Biotecnologia DNA SOLUÇÕES EM BIOTECNOLOGIA EIRELI, após solicitarem autorização para comercialização e exploração industrial da variedade da planta que não tem THC suficiente para se tornar um entorpecente.

Além da suspensão nacional dos processos a respeito do tema, a ministra Regina Helena Costa também comunicou outras instituições como a Secretaria Antidrogas do Ministério da Justiça, MAPA, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes, CFM entre outros a fim de manifestarem o interesse de participar do processo em destaque.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando os processos jurídicos em andamento, observa-se destacadamente o progresso em relação as decisões e entendimentos anteriores. Tratando-se de um tema complexo principalmente por conta da proibição da cultura, não é possível afirmarmos com certeza o sucesso da cultura sendo implantada em território brasileiro, porém é inegável o enorme potencial para a produção das fibras do cânhamo no Brasil.

O mundo se encontra em uma grande crise de sustentação, diariamente é demonstrado o abuso dos recursos naturais disponíveis no mundo, consumo de água exacerbado e emissões de carbono que para alguns, já se encontram níveis irreversíveis.

O cânhamo industrial surge neste cenário como uma alternativa sustentável as culturas que degradam o meio ambiente como o algodão ou o petróleo. Como demonstrado, níveis três vezes maiores de utilização de água para a produção de um quilograma de algodão em comparação ao cânhamo, utilização inexistente de agrotóxicos no cânhamo enquanto o algodão utiliza níveis extremos de defensivos agrícolas causando a degradação da natureza.

O cenário encontra-se propício para grandes empresas incorporarem o cânhamo nos processos de utilização de fibra, por ser mais rentável e ecologicamente positiva. Além das grandes empresas plantarem o cânhamo, seria de extrema importância para a agricultura familiar.

Com avanços nas decisões, a pesquisa e a inovação permitem que tecnologia que estuda a cultura avance ao longo do tempo. É de extrema importância a compreensão da população acerca do tema afim de obter formas de contribuição para que em um futuro próximo, seja possível desfrutar desta mudança a partir das decisões que venham a surgir no sistema judiciário.

Torna-se evidente que países que legalizaram o plantio e a comercialização da cultura do cânhamo não houve diretamente um aumento do consumo de entorpecentes, principalmente por não ser possível utilizá-la para este fim. Se tratando da cannabis medicinal, este debate já encontrasse solidificado nas leis brasileiras.

Avaliando o processo da liberação da cultura, levando em conta os pontos positivos demonstrados, observa-se que a alternativa mais correta é liberá-lo a fim de contribuir para a economia do país e a natureza.

A narrativa de que o cânhamo se trata de uma droga é ultrapassada e reforça o modelo proibitivo que se encontra o Brasil fazendo com que continuamos atrasados em relações as economias que já utilizam da cultura para alavancarem a economia.

REFERÊNCIAS

ADESINA, I. *et al.* A Review on the Current State of Knowledge of Growing Conditions, Agronomic Soil Health Practices and Utilities of Hemp in the United States. *Agriculture / Special Issue: The Influence of Pre-Harvest Factors on the Product Quality of Field Crops*, Greensboro, 14 Abril 2020. 15. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/340649084_A_Review_on_the_Current_State_of_Knowledge_of_Growing_Conditions_Agronomic_Soil_Health_Practices_and_Utilities_of_Hemp_in_the_United_States>. Acesso em: 14 maio 2023.

AGMRC. Industrial Hemp. Agricultural Marketing Resource Center. Revisado em abril de 2022. Disponível em: <<https://www.agmrc.org/commoditiesproducts/fiber/industrialhemp#:~:text=One%20acre%20of%20hemp%20can,approximately%201%2C300%20pounds%20of%20fiber>>. Acesso em 14/05/2023.

ALMEIDA, Marcelo et al. Projetos de lei sobre regulação do cânhamo podem ter nova relevância econômica. Carta Capital, 2021. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/fashion-revolution/projetos-de-lei-sobre-regulacao-do-canhamo-podem-ter-nova-relevancia-economica/>>. Acesso em: 21 maio 2023.

ANC. Agência Nacional do Cânhamo. Regulamentação do cânhamo pode ter grande relevância econômica. Disponível em: <<https://canhamonacional.com.br/2022/06/30/regulamentacao-do-canhamo-industrial-pode-ter-grande-relevancia-economica/>>. Acesso em: 16/05/2023.

BARROS, André & PERES, Marta. Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas. PERIFERIA. Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1 a 20. jul./dez. 2011. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/article/view/3953/2742>>. Acesso em 09/04/2023.

BOITEUX, Luciana. A NOVA LEI ANTIDROGAS E O AUMENTO DA PENA DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2006. Disponível em: <<https://cetadobserva.ufba.br/pt-br/publicacoes/nova-lei-antidrogas-e-o-aumento-da-pena-do-delito-de-traffic-de-entorpecentes>>. Acesso em: 09 abr. 2023.

BRASIL. Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964. Promulga a Convenção Única sobre entorpecentes. Diário Oficial da União. Brasília, 27 de agosto de 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1964/d54216.html. Acesso em: 22/05/2023.

BRASIL. Decreto nº 79.388/77, de 14 de março de 1977. Diário Oficial da União. Brasília, 14 de março de 1977. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 22/05/2023.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.html>. Acesso em: 04/06/2023.

BRASIL. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 3, de 18 de janeiro de 2012, aprova o Regulamento Técnico LISTAS DE SUBSTÂNCIAS QUE OS PRODUTOS DE HIGIENE PESSOAL, COSMÉTICOS E PERFUMES NÃO DEVEM CONTER EXCETO NAS CONDIÇÕES E COM AS RESTRIÇÕES ESTABELECIDAS. Órgão emissor: Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2012/rdc_0003_18_01_2012.html>. Acesso em: 04/06/2023.

BRASIL. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 327, de 9 de dezembro de 2019. Dispõe sobre os procedimentos para a concessão da Autorização Sanitária para a fabricação e a importação, bem como estabelece requisitos para a comercialização, prescrição, a dispensação, o monitoramento e a fiscalização de produtos de Cannabis para fins medicinais. Órgão emissor: Ministério da saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-da-diretoria-colegiada-rdc-n-327-de-9-de-dezembro-de-2019-232669072>>. Acesso em: 04/06/2023.

BRASIL. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº344, de 12 de maio de 1998, aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Órgão emissor: Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html>. Acesso em: 22/05/2023.

BRASIL. Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº570, de 6 de outubro de 2021. Altera a Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 335, de 24 de janeiro de 2020. Órgão emissor: Ministério da saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-rdc-n-570-de-6-de-outubro-de-2021-350923691>>. Acesso em: 04/06/2023.

BRASIL. Serviços e Informações do Brasil. Anvisa facilita processo de importação de Canabidiol. Gov. br, 01/01/2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/02/anvisa-facilita-processo-de-importacao-de-canabidiol>>. Acesso em 21/05/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso especial nº2.024.250 PR. Rel. Vivian Josete Pantaleão Caminha, 4ª T. Julgado em 25/11/2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-4/1133903416/inteiro-teor-1133903516>>. Acesso em: 30/05/2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 4º Região. Agravo de Instrumento Nº 5021734-79.2014.4.04.0000. Rel. Vivian Josete Pantaleão Caminha, 4ª T. Julgado em: 25/11/2020. Disponível em: https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5021734-79.2014.4.04.0000&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&txtChave=. Acesso em: 17/06/2023.

CANNABIS, Adwa. Sumário Executivo. 2019. Medical and Industrial Cannabis in Brazil. Disponível em: <<https://adwacannabis.com.br/sumario-executivo/>>. Acesso em: 16/05/2023.

CARLINI, Elisaldo Araújo. A história da maconha no Brasil. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria* [online]. 2006, v. 55, n. 4, pp. 314-317. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0047-20852006000400008>>. Pub. 13 Jul 2007. Acesso em 31 fev. de 2023.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A nova resolução do CFM e o retrocesso em relação ao uso medicinal da cannabis. SiqueiraCastro, 2022. Disponível em: <<https://www.siqueiracastro.com.br/noticias/a-nova-resolucao-do-cfm-e-o-retrocesso-em-relacao-ao-uso-medicinal-da-cannabis/>>. Acesso em: 21 maio 2023.

COUTINHO, Dave. Cânhamo Sim: apoie campanha em prol da regulamentação do uso industrial da planta. Smoke Buddies, 2019. Disponível em: <<https://smokebuddies.com.br/canhamo-sim-apoie-campanha-em-prol-da-regulamentacao-do-uso-industrial-da-planta/>>. Acesso em: 22 maio 2023.

FORMENTI, Lígia. CFM volta atrás e suspende os efeitos da resolução que regula o uso de canabidiol. Jota info, 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/cfm-volta-atras-e-suspende-os-efeitos-da-resolucao-que-regula-o-uso-de-canabidiol-24102022#:~:text=A%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%20.324%2F2022,n%C3%A3o%20respondem%20aos%20tratamentos%20tradicionais>>. Acesso em: 21 maio 2023.

FRANÇA, Valéria. Anvisa derruba liminar de cultivo da Terra Viva. Sechat, 2020. Disponível em: <<https://sechat.com.br/anvisa-derruba-habeas-corporis-de-cultivo-da-terra-viva/>>. Acesso em: 26 maio 2023.

FREIRE, Henrique Silva Araújo et al. Potencial de uso de cânhamo industrial (*Cannabis sativa* L.), para a produção de celulose fibra longa. *Boletim técnico SIF*, 2021. Disponível em: <<https://sif.org.br/wp-content/uploads/2021/07/Boletim-03.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2023.

FREITAS, Valentina Santiago. SEMENTE DE CÂNHAMO (*Cannabis sativa* L.): Propriedades nutricionais e a indústria de alimentos: uma revisão da literatura. Curso de graduação de ciência e tecnologia de alimentos – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, pg, 48, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/228380/TCC_Semente_de_c%C3%A2nhamo_revis%C3%A3o.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 14 maio 2023.

GONÇALVES, Gabriel A. M. & SCHLICHTING, Carmen L. R. EFEITOS BENÉFICOS E MALÉFICOS DA *Cannabis sativa*. Revista UNINGÁ Review. Brasil, Vol.20, n.2, pp.92-97. setembro, 2014. Disponível em: <<https://revista.uninga.br/uningareviews/article/view/1560>>. Acesso em 14/05/2023.

GROSSO, Adriana F.. Cannabis: de planta condenada pelo preconceito a uma das grandes opções terapêuticas do século. Pepsic Periódicos Eletrônicos em Psicologia, 2020. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0104-12822020000100011&script=sci_abstract. Acesso em: 12 jun. 2023.

ISOHEMP. Blocos de cânhamo para estruturas de vigas de coluna. Natural Building, 2022. Disponível em: <<https://www.iso hemp.com/en/hemp-blocks-column-beam-structures>>. Acesso em: 22 maio 2023.

LESSA, Marcos Adriano et al. Derivados canabinóides e o tratamento farmacológico da dor. SciELO Brasil, 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rdor/a/wQZXSJSt4YwzJB5RHZ47Snn/?lang=pt#:~:text=Os%20canabin%C3%B3ides%20sint%C3%A9ticos%20e%20os,particular%20naquela%20de%20origem%20neurop%C3%A1tica>>. Acesso em: 09 abr. 2023.

LÓPEZ, Guadalupe E. A., et. al. Cannabis sativa L., uma planta única. Revista Mexicana de Ciências Farmacêuticas. México, vol.45 n.4, p. 1 a 6. Out./Dez. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-01952014000400004&script=sci_arttext>. Acesso em 09/04/2023

MACEDO, Marcos Patricio. Investigação Sobre a Origem Geográfica de Amostras de Cannabis Sativa (Linnaeus) Por Meio de Fragmentos de Insetos Associados à Droga Prensada: Um Estudo Exploratório. Brasília, 2010. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/7417/1/2010_MarcosPatricioMacedo.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2023.

MAGNA, Silvia. Cannabis medicinal é alvo de batalhas judiciais. Assembleia Legislativa Espírito Santo, 2022. Disponível em: <<https://www.al.es.gov.br/Noticia/2022/08/43443/cannabis-medicinal-e-alvo-de-batalhas-judiciais.html>>. Acesso em: 21 maio 2023.

MONTEIRO, M. 2014. Uso medicinal da maconha no Brasil fica mais próximo. Disponível em: <<http://m.zerohora.com.br/288/vida-e-estilo/4503232/uso-medicinal-damaconha-no-brasil-fica-maisproximo>>. Acesso em: 09 abr. 2023.

LUCIA, Lucian et al. Renaissance of Industrial Hemp: A Miracle Crop for a Multitude of Products. Bioresources, 2019. Disponível em: <https://bioresources.cnr.ncsu.edu/resources/renaissance-of-industrial-hemp-a-miracle-crop-for-a-multitude-of-products>. Acesso em: 12 jun. 2023.

PEEV, Plamen Ivanov. Is industrial hemp a sustainable construction material?. VIA UNIVERSITY COLLEGE, 2012. Disponível em: <https://limeworks.us/wp-content/uploads/2017/07/Report_on_Hemp.pdf>. Acesso em: 16 maio 2023.

RIBEIRO, G. R.; NERY, L. G.; COSTA, A. C. M. M.; OLIVEIRA, G. S.; VAZ, R. L.; FONTOURA, H. de S.; ARRUDA, J. T. Potential therapeutic use of cannabinoid compounds - cannabidiol and delta-9-tetrahydrocannabinol. Research, Society and Development, [S. l.], v. 10, n. 4, p. e25310413844, 2021. DOI: 10.33448/rsd-v10i4.13844. Disponível em: <<https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/>

view/13844>. Acesso em: 14 maio. 2023.

RISCALA, Maria Eugenia et al. Anuário da Cannabis no Brasil 2022: A regulamentação da cannabis no Brasil e seus desdobramentos no mercado. KAYA MIND, 2022. Disponível em: <<https://kayamind.com/anuario-da-cannabis-no-brasil-2022/>>. Acesso em: 21 maio 2023.

RISCALA, Maria Eugenia et al. CÂNHAMO NO BRASIL: Os possíveis impactos econômicos e sociais de um insumo sustentável em um país com grande capacidade agrícola. KAYA MIND, 2022. Disponível em: <<https://kayamind.com/relatorio-canhamo-no-brasil/>>. Acesso em: 21 maio 2023.

ROBINSON, Rowan. O grande livro da cannabis: guia completo de seu uso industrial, medicinal e ambiental. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=PjPoa0jcyDsC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 14 maio 2023.

ROSA, Lilian da. CULTIVO DO CÂNHAMO NO BRASIL. Associação brasileira de pesquisadores em história econômica, 2018. Disponível em: <https://www.abphe.org.br/uploads/Encontro_2018/DA%20ROSA.%20CULTIVO%20DO%20C%3%82NHAMO%20NO%20BRASIL.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2023.

SANTOS, Lara. Cânhamo e sustentabilidade. kaya mind, 2021. Disponível em: <<https://kayamind.com/canhamo-e-sustentabilidade/>>. Acesso em: 22 maio 2023.

SANTOS, Lara. Cânhamo Industrial: hempcrete, indústria automobilística, fibra de vidro e muito mais! Smoke Buddies, 2021. Disponível em: <<https://kayamind.com/canhamo-industrial/>>. Acesso em: 22 maio 2023.

SANTOS, Tatiana. Lei de Drogas: a Lei 11343 esquematizada! Grancursos, 2023. Disponível em: <<https://blog.grancursosonline.com.br/lei-de-drogas/>>. Acesso em: 21 maio 2023.

SCHMID, Lea. Cânhamo vs. Algodão: 12 razões pelas quais o cânhamo é a melhor escolha. Signature Products, 2022. Disponível em: <<https://blog.signature-products.com/hemp-vs-cotton/>>. Acesso em: 17 maio 2023.

SILVA, Roberto Fernandes Da et al. Cânhamo Industrial no Ramo Têxtil. Ribeiro & Albuquerque, 2020. Disponível em: <<https://ribeiroalbuquerque.com.br/canhamo-industrial-no-ramo-textil/>>. Acesso em: 21 maio 2023.

SMITH, Dana. Não jogue fora suas raízes de cannabis ainda. Cannabis.net, 2016. Disponível em: <<https://cannabis.net/blog/recipes/dont-throw-out-your-cannabis-roots-just-yet>>. Acesso em: 14 maio 2023.

SOUSA, Larissa & BAIÃO, Maria. Maconha Medicinal (Cannabis sativa): usos e perspectivas clínicas. Disponível em <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/3118/1/TCC%20-%20Larissa%20e%20Maria%20Karulyna.pdf>>. Acesso em 09/04/2023.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 2024250 PR 2022/0210283-1. Relatora: Regina Helena Costa. Dj: 08/09/2022. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/processo/>>



Análise econômica da função social das propriedades rurais no direito brasileiro

Roberta Webber Gugel

Mestre em Direito no perfil Economia e Análise Econômica do Direito pela Universidade de Lisboa, Portugal. Advogada

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.188.17

RESUMO

O trabalho abordará as fundamentais interações entre a função social da propriedade rural e a análise econômica do direito. Com o intuito de alcançar esse objetivo, utilizaremos conceitos próprios da teoria econômica, tais como a análise de externalidades, eficiência, escolha racional, bem-estar, incentivos, custos de transação, maximização de riqueza e interesses. Inicialmente, serão apresentadas a contextualização histórica e uma breve análise econômica da função social da propriedade, destacando sua origem e seu papel no pensamento econômico. Além disso, serão examinados os dispositivos constitucionais relacionados à função social da propriedade rural, buscando compreender as intenções do legislador e a eficiência econômica dessas normas. Por fim, serão abordados os efeitos da desapropriação e da política redistributiva no contexto brasileiro.

Palavras-chave: análise econômica do direito. função social. propriedade. rural. desapropriação.

ABSTRACT

The work will address the fundamental interactions between the social function of rural property and the economic analysis of law. In order to achieve this objective, we will use concepts specific to economic theory, such as the analysis of externalities, efficiency, rational choice, well-being, incentives, transaction costs, maximization of wealth and interests. Initially, the historical context and a brief economic analysis of the social function of property will be presented, highlighting its origin and its role in economic thought. In addition, the constitutional provisions related to the social function of rural property will be examined, seeking to understand the legislator's intentions and the economic efficiency of these norms. Finally, the effects of dispossession and redistributive policy in the Brazilian context will be addressed.

Keywords: economic analysis of law. social function. property. rural. expropriation.

INTRODUÇÃO

A adoção do conceito de função social representou uma transformação no âmbito do direito de propriedade. A abordagem individualista, na qual o exercício da propriedade limita-se aos interesses do proprietário, é abandonada, ganhando destaque a aplicação com base no interesse coletivo.

Diante dessa nova concepção do direito da propriedade, cuja definição é inseparável de sua função social, e baseando-se na premissa de rompimento paradigmático e metodológico da antiga visão absoluta do proprietário, realizar-se-á no presente trabalho uma breve análise econômica da função social da propriedade rural no direito brasileiro por meio da apreciação dos requisitos apresentados pela legislação para reconhecimento do cumprimento da função social da terra.

A título introdutório, serão apresentadas algumas linhas acerca da contextualização histórica da função social da propriedade, no sentido de sublinhar a sua origem, bem como uma breve abordagem da função social no âmbito do pensamento econômico.

Ademais, far-se-á a análise econômica no que tange aos dispositivos constitucionais que tratam da função social da propriedade rural de forma a vislumbrar o escopo do legislador e a eficiência da norma nos parâmetros econômicos. Por fim, tratar-se-á dos efeitos da desapropriação para fins de reforma agrária.

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Com a incorporação do conceito de função social, a definição do direito da propriedade passa a ser inseparável de sua função social. Nesse contexto, há o rompimento paradigmático e metodológico da antiga visão absoluta do proprietário.

Consoante Miguel Nogueira de Brito (2010):

“quando se diz que o direito de propriedade é um direito absoluto, profere-se uma afirmação que apenas faz sentido se se tiver em vista o modo pleno e exclusivo de fruição e disposição, não a ausência de concretas limitações aos poderes e faculdades que nele se integram e sejam, em cada momento, aplicáveis. Neste último sentido, isto é, no sentido de as faculdades e poderes que nele se integram não estarem sujeitas à limitações legais, o direito de propriedade não é, nem nunca foi, um direito absoluto.”

Portanto, opera-se uma harmonização da propriedade compreendida, de um lado, em seu aspecto estático, enquanto direito (poder) decorrente da relação de pertinência que o titular exerce sobre a coisa, e de outro, entendida em seu aspecto dinâmico, revelado em sua utilização. É neste sentido que ela é dita função (dever), porquanto “regulada em razão do fim a que socialmente se destina” (GRAU, p.121).

As limitações legais ao direito de propriedade foram primeiramente estabelecidas pelos romanos, especialmente no que tange ao Direito de Vizinhança ou no interesse do próprio Estado, quando estabeleceram a abstenção de certos usos da coisa (*non facere*) (RIBEIRO, 2010, p.122).

Contudo, para a doutrina majoritária, como marco da primeira previsão constitucional acerca da função social da propriedade, destaca-se a disposição do histórico artigo 153 da Constituição de Weimar¹, de 11 de agosto de 1919, que assim prescreve: “A Constituição garante a propriedade. O seu conteúdo e os seus limites resultam de lei. [...] A propriedade obriga e o seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social.”

Esta norma constitui o marco histórico que instrumentaliza a superação do paradigma individualista até então vigente, em que é percebida uma alteração estrutural na conformação da propriedade que encontra explicação nas transformações sociais e na busca de harmonização entre os interesses individuais e os interesses sociais (PEIXOTO, 2005, p.25).

Esta nova concepção de propriedade, a qual passou a observar certos limites, foi incorporada a outros ordenamentos jurídicos, estando presente, também, na Constituição Italiana de 1948 e na Constituição Espanhola de 1978. No Brasil, tal concepção “social” passou a ser adotada na Carta de 1934, em seu artigo 113.

Como é sabido, à Carta de 1934 seguiu-se a Constituição de 1937, a qual se afastou da que lhe precedeu, e, no que concerne ao direito de propriedade restringiu-se a garanti-lo, res-

¹ Importante frisar que a Constituição Mexicana de 1917 também apresentou modificações no que tange ao direito da propriedade, sendo considerada por autores como Luís Roberto Barroso e Fábio Konder Comparato o primeiro manifesto constitucional acerca da função social.

salvados os casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública. Todavia, já se havia operado a fixação dos valores relativos à propriedade com limitações sociais, não sendo possível, portanto, mesmo sem o reconhecimento do texto constitucional, entender a propriedade como um direito absoluto que se sobrepõe ao interesse da coletividade².

A vertente, então abandonada da Carta Magna, ganhou novo influxo com a promulgação da Constituição de 1946, a qual inseriu a regulamentação da propriedade entre os princípios da ordem econômica e social e não no rol dos direitos fundamentais. Para Rodrigues Júnior (2010, p. 207-236), “o constituinte reconduziu a propriedade ao Direito Econômico, e não mais apenas ao Direito Civil.”

A evolução legislativa tem continuidade na Carta de 1967, que apesar de manter a propriedade entre os princípios da ordem econômica e social, a exemplo do estabelecido pela Constituição de 1946, inova ao dispor expressamente sobre o princípio da função social³.

A Constituição de 1988, por sua vez, além de reproduzir a função social como princípio inerente à ordem econômica⁴, deu um tratamento mais abrangente e detalhado ao instituto que as Constituições anteriores, com elevados níveis de intervenção estatal no campo da desapropriação. Ademais, inovou ao inserir a função social da propriedade entre os direitos e garantias fundamentais⁵.

Os dispositivos relativos à função social da propriedade na Constituição podem ser divididos em quatro categorias (MATTOS, 2009): a) os dispositivos genéricos⁶, que não delimitam o tipo de propriedade a que se referem; b) os relativos aos imóveis urbanos⁷; c) os relativos aos imóveis rurais⁸ e; d) os relativos às empresas estatais⁹.

Todo esse arcabouço legislativo acabou por alterar a configuração da propriedade que passa a ser compreendida em conexão com o princípio da função social, isso porque ambos representam interfaces normativas do mesmo modelo jurídico e somente podem ser entendidos por intermédio de uma indisponível e necessária “dialética de complementaridade”, nos termos dos ensinamentos de Miguel Reale (1994).

Em que pese a doutrina majoritária considerar o aspecto da função social atrelado aos objetivos de justiça social como o dominante, interpretando a real intenção do legislador constituinte, depreende-se que a função social da propriedade apresenta maior ênfase no objetivo da eficiência econômica e menos no da equidade.

2 Para maiores informações, consultar RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Propriedade e função social: exame crítico de um caso de constitucionalização do direito civil, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, v.51n.1-2(2010), p.207-236

3 Art. 157 – a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

III – função social da propriedade.

4 Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III- função social da propriedade

5 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: XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

6 Art. 5o, incisos XXIII e XXIV.

7 Art. 182, §§ 2 e 4.

8 Arts. 184, 185 e 186.

9 Art. 173, § 1o, inciso I.

A função social da propriedade e o pensamento econômico

A fim de analisar economicamente o instituto da função social da propriedade, primeiramente, faz-se necessário compreender a forma como a propriedade é entendida pelos economistas.

Thomas Miceli (2004) ensina que a propriedade consiste em uma “cesta de direitos” que agregam os direitos do proprietário de a) usar o ativo, ou seja, o titular da propriedade pode auferir renda do ativo; b) excluir terceiros de usar o ativo; c) vender o ativo.

Todos esses direitos englobados pela “cesta” são garantidos no todo ou em parte pelo Estado. O objetivo estatal ao defender tais direitos é melhorar e ampliar as condições para a maximização da riqueza na sociedade. Percebe-se, portanto, que a defesa estatal do direito da propriedade diz respeito à ideia de busca de eficiência que está intrinsecamente ligada à maximização da renda/riqueza da sociedade como um todo.

Nota-se que os direitos de propriedade na seara econômica são tão importantes quanto a escassez e a racionalidade. Com efeito, como antes demonstrado, o objetivo da economia consiste na venda, na compra e na afetação dos direitos de propriedade sobre os bens e serviços. A não delimitação legal dos direitos dá origem a custos externos, tendo em vista que a transação dos direitos de propriedade no mercado, quando não obstruídos por custos de transação, é condição fundamental para que seu uso seja feito pelos agentes econômicos que mais o valorizam (MARTINS, 1992, p. 30).

Deste raciocínio depreende-se que, diferentemente do pensamento comum, a defesa dos direitos de propriedade pelos economistas não pode ser entendida como a defesa irrestrita de interesses individuais do proprietários em detrimento da sociedade.

Resta claro, contudo, que para a economia, o direito da propriedade é uma ferramenta para maximizar o bem-estar coletivo da sociedade, e não o individual do proprietário. Ademais, se ambos os interesses estiverem em conflito, o bem estar social é a prioridade e, para que tal direito cumpra corretamente o seu papel, a teoria econômica prescreverá a definição de limites ao seu exercício (MATTOS, 2009, p.07).

Na presente análise, diferentemente do que possa parecer, a dicotomia relevante não recai sobre o interesse coletivo e o interesse privado e sim na ponderação (*the big trade-off*) entre eficiência e distribuição de renda, haja vista que medidas de distribuição de renda podem apresentar um custo não negligenciável em termos de perda do produto da economia.

Equilibrar eficiência e justiça é preciso, pois se refere ao conflito entre incentivar a criação de riqueza e os princípios de solidariedade e justiça social tão necessários em uma sociedade coesa e que se preocupa com os seus membros.

Quando determinada sociedade possui uma preferência por distribuições de renda mais isonômicas, tal preferência deverá também ser colocada ao lado da preferência dessa mesma sociedade por uma renda maior. Tudo dependerá do quanto a coletividade estará disposta a sacrificar em termos de produto para melhorar a distribuição de renda; até que ponto estará disposta a afastar a eficiência a fim de consumir a plena igualdade.

Em caso de preferência por redistribuições mais justas, deve-se afastar o cálculo da ra-

cionalidade econômica ao serviço da eficiência, tendo em vista que determinados valores sociais tangenciam as barreiras da economia (ARAÚJO, 2012, p; 479).

De acordo com Fernando Araújo (2010, p. 501):

“resta pois, a cada sociedade, encontrar um ponto intermediário em que lhe seja possível preservar a sua coesão sem perder o seu dinamismo econômico, em que a igualdade não tolha os caminhos da liberdade, mas a justiça não seja inteiramente sacrificada à eficiência, em que a opulência não se alimente da iniquidade”.

Tal introito fez-se necessário, tendo em vista que o problema de certas aplicações da função social da propriedade, como no caso da reforma agrária, é que há interferência nos direitos de propriedade em nome da justiça redistributiva sem, contudo, ser eficiente para o fim a qual se propõe. Nesse contexto, conforme se verá, nenhum dos polos envolvidos na política de reforma agrária obtém vantagens, verificando-se em perda para toda a sociedade.

ANÁLISE ECONÔMICA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Nem todas as restrições estatais e o excesso de regulamentação reduzem a liberdade de ação do proprietário e diminuem o valor do bem promovendo perdas de eficiência (BARZEL, 2009, p. 114). Contudo, os dispositivos que compõem a seara legislativa acerca do instituto da função social da propriedade parecem-nos prejudiciais no que tange à propriedade rural, pois “há lugar, numa economia de mercado, à intervenção do Estado, desde que ela se justifique em termos de eficiência” (ARAÚJO, 2012, p. 69) e isso não parece ser o que ocorre no caso em tela.

Pode-se afirmar que a função social da propriedade rural apresenta-se estreitamente vinculada à produtividade e ao aproveitamento racional do solo que deve ser direcionado à preservação do meio ambiente. Não é por outra razão que o texto constitucional estabelece, em seu artigo 186, que:

A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I- Aproveitamento racional e adequado;
- II- Utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III- Observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV- Exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A preocupação dos constituintes é compassiva, haja vista que os requisitos apontados para o cumprimento da função social da propriedade são todos relevantes, possuem uma razão de ser e relacionam-se com o interesse coletivo. Contudo, o excesso de abstração no âmbito da implementação da norma é um fator limitante quando se tenta avaliar o cumprimento da função social de um imóvel rural.

Do “aproveitamento racional e adequado”

Em relação ao primeiro requisito, que trata do aproveitamento racional e adequado, tem-

-se que, não apenas deve haver atividade produtiva na terra, mas também a produtividade da exploração deve ser minimamente compatível ao estado da técnica. Depreende-se claramente que a intenção do constituinte aqui foi cumprir um objetivo basicamente econômico (e não social), haja vista que a produção agrícola deve ocorrer da forma mais eficiente possível (MATTOS, p. 10).

Naturalmente que para a obtenção da melhor produção possível, diversos devem ser os fatores combinados e escolhidos. A educação e a formação profissional tornam mais eficazes o fator trabalho, a inovação tecnológica na produção e na organização dos processos produtivos e os acréscimos da quantidade dos fatores de produção disponíveis levam à possibilidade de produzir maiores quantidades de bens, e assim, a deslocamentos da curva de fronteira das possibilidades de produção (ANDRADE, 1998, p. 20).

Outrossim, consoante Mattos (2008, p.10):

Os insumos disponíveis, incluindo terra, trabalhadores e equipamentos, devem ser combinados de forma ótima a fim de viabilizar a maior quantidade possível de produto. O “aproveitamento racional e adequado” incluiria a própria escolha do produto agrícola final que obtivesse o maior rendimento possível naquela terra, considerados ainda os preços finais do conjunto de produtos agrícolas possíveis de serem explorados.

Contudo, o que parece ser uma combinação intuitiva não é o que se depreende da Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, chamada de Lei da Reforma Agrária. Em seu artigo 6^o¹⁰, a lei estabelece que a produtividade é alcançada pelo proprietário ao explorar a propriedade a um nível econômico e racional mínimo de utilização da terra e um nível mínimo de eficiência de exploração, tendo em vista os índices definidos pela autoridade competente.

No dispositivo legal em tela, a produtividade é conceituada com base em apenas um insumo – terra -, e não nos demais componentes envolvidos na atividade agrícola.

De acordo com Santinoni (2006, p. 07), os índices apresentados pela Lei da Reforma Agrária são equivocados e não levam em conta uma visão mais precisa e completa das fontes de produtividade que incorpora os efeitos de todos os insumos para a produção, incluindo capital, trabalho (hora-homem), máquinas, sementes, fertilizantes, etc.

Além disso, a fim de impulsionar a produtividade global, é necessário levar em conta a especialização e a divisão do trabalho, bem como investir no aumento do estoque de bens de

10 Art. 6º Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, grau de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente.

§ 1º O grau de utilização da terra, para efeito do caput deste artigo, deverá ser igual ou superior a 80% (oitenta por cento), calculado pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área aproveitável total do imóvel.

§ 2º O grau de eficiência na exploração da terra deverá ser igual ou superior a 100% (cem por cento), e será obtido de acordo com a seguinte sistemática:

I - Para os produtos vegetais, divide-se a quantidade colhida de cada produto pelos respectivos índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;

II - Para a exploração pecuária, divide-se o número total de Unidades Animais (UA) do rebanho, pelo índice de lotação estabelecido pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea;

III - A soma dos resultados obtidos na forma dos incisos I e II deste artigo, dividida pela área efetivamente utilizada e multiplicada por 100 (cem), determina o grau de eficiência na exploração.

§ 3º Considera-se efetivamente utilizadas:

I - As áreas plantadas com produtos vegetais;

II - As áreas de pastagens nativas e plantadas, observado o índice de lotação por zona de pecuária, fixado pelo Poder Executivo;

III - As áreas de exploração extrativa vegetal ou florestal, observados os índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea, e a legislação ambiental;

IV - As áreas de exploração de florestas nativas, de acordo com plano de exploração e nas condições estabelecidas pelo órgão federal competente;

V - As áreas sob processos técnicos de formação ou recuperação de pastagens ou de culturas permanentes, tecnicamente conduzidas e devidamente comprovadas, mediante documentação e Anotação de Responsabilidade Técnica.

capital e no desenvolvimento do capital humano, por meio da capacitação dos trabalhadores em novas habilidades e da adoção de métodos de produção mais eficientes. A inovação tecnológica, por sua vez, deve ser considerada como um fator fundamental.

O que nos parece mais preocupante é o fato de que a lei não leva em conta fatores tecnológicos no que tange à produtividade, pois esse, ao que tudo indica, é o fator de maior importância se considerarmos os avanços decorrentes da Revolução Agrícola ocorrida na segunda metade do século XX. Em razão dos avanços tecnológicos decorrentes desse período, desde 1960, a produção de cereais foi duplicada e a produção de carne foi triplicada com o aumento de apenas 12% de terra cultivada (ARAÚJO, 2012, p. 496). Ademais, atualmente os transgênicos apresentam índices altíssimos de aproveitamento, em que pese as críticas realizadas à tal produção e que não serão aprofundadas no presente momento.

Os preceitos econômicos prevem que os agentes econômicos agem naturalmente da forma mais eficiente possível, em respeito ao postulado da racionalidade econômica. Portanto, a intervenção estatal para garantir o cumprimento da função social da terra se aplicaria tão-somente às exceções nesse padrão de comportamento (MATTOS, 2008, p. 12). Corroborando essa teoria, de acordo com o estudo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Brasil apresenta índices de desenvolvimento agrícola acima da média mundial.

Tem-se, portanto, que a definição do conceito de produtividade proposto pela Lei de Reforma Agrária é de difícil compreensão. Tal dificuldade interpretativa tem o potencial de ser fonte de desigualdades e injustiças, eis que uma terra produtiva poderá ser taxada como improdutivo de forma arbitrária.

Em geral, o Estado tem de garantir a segurança dos direitos de propriedade, de modo que os proprietários tenham incentivo para investir e reduzir custos de transação, gerando riqueza, empregos e uma sequência de benefícios para a sociedade. A insegurança jurídica é extremamente perigosa para a economia e para a sociedade (SANTINONI, 2006).

Da preservação do meio ambiente

A correlação entre sustentabilidade e desenvolvimento agrário é um grande desafio ao setor agrícola. A Lei da Reforma Agrária prevê¹¹ que se considera “adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade” e que preservação do meio ambiente é a “manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas”.

Não obstante, o louvável escopo estatal de proteger a qualidade ambiental é bastante deturpado na prática, haja vista que como mostram Alston, Libecap e Mueller (1999), na Amazônia, o órgão estatal responsável, visando verificar o uso adequado da terra, tem por costume certificar se a propriedade está desmatada, pois tal condição indicaria que há *animus* de produzir. Consequentemente, por linhas tortas, o Estado acaba por incentivar a prática de desflorestamento.

Esse é um exemplo clássico de que a intervenção estatal, embora bem intencionada, por

¹¹ Lei 8.629/93, artigo 9º, §§2º e 3º.

vezes acaba por gerar um ônus que ultrapassa o bônus. Ademais, a situação citada gera uma imprecisão no que tange ao objetivo estatal, vez que a fim de cumprir o que prega o primeiro inciso acerca do cumprimento da função social da terra (aproveitamento racional e adequado) acaba por sacrificar de forma incontestável o segundo requisito que consiste na preservação ambiental.

Consoante anteriormente citado, o Brasil é um país com níveis de produção agrícola elevados, acima da média mundial, à vista disso não há motivos para que a mata nativa seja explorada para os fins expostos. Não se trata aqui de necessidade de sacrificar temporariamente a qualidade ambiental em prol do desenvolvimento econômico, conforme prevê a Curva de Kuznets Ambiental¹².

Alston, Libecap e Mueller (1999) também apontam como incentivador ao desmatamento na Amazônia a falta de direitos de propriedade bem definidos, haja vista que sem títulos de propriedade o que impera é a lógica predatória de exploração a curto prazo, tendo em vista que os indivíduos não focam na utilidade da terra por longo período de tempo.

Destarte, parece-nos adequado reputar como “uso adequado” e cumpridor da função social da terra a própria preservação da mata na forma como se encontra.

Das relações trabalhistas e do bem estar dos trabalhadores e proprietários

O dispositivo legal¹³ sobre o qual nos debruçamos prevê que a “observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como às disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parceria rurais” (LEI 8.629/93, artigo 9º, §§4º e 5º) e dispõe que:

A exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observa as normas de segurança do trabalho e não provoca conflitos e tensões sociais no imóvel. (LEI 8.629/93)

Quanto ao respeito das leis trabalhistas, cumpre mencionar que a Constituição Federal estabeleceu princípios e regras a fim de que as atividades empresariais sejam bem desenvolvidas, o que impõe a observância dos direitos fundamentais dos trabalhadores com o escopo de gerar desenvolvimento econômico e promoção da justiça social (BARACAT; CHIARADIA, p. 218-240).

Nesse contexto, sem entrar no mérito das discussões aplicáveis ao arcabouço trabalhista brasileiro, aqui defender-se-á a aplicação desse inciso sem restrições, principalmente no que tange aos casos de trabalho infantil, condições análogas à escravidão e condições de trabalho degradantes, infelizmente ainda muito comuns nas propriedades rurais brasileiras e que são diametralmente opostas à obtenção do bem estar da sociedade.

Da desapropriação e eficiência da política redistributiva

Do exposto até então e consoante anteriormente referido, a desapropriação para realização de reforma agrária, em que pese o desígnio positivo do legislador de redistribuir entre os menos favorecidos a terra, acaba por comprometer ganhos de eficiência e diminuir o bem-estar

¹² Trata-se de curva em forma de U invertido que avança que na primeira fase de desenvolvimento econômico a poluição ambiental extrapolaria o nível de produção, contudo, com o passar do tempo, chegar-se-á ao cume, donde os danos ao meio ambiente diminuiriam, alcançando-se uma fase de pleno desenvolvimento, em que a poluição atingiria níveis ínfimos, inferiores à fase inicial decorrentes, pois, da prosperidade econômica atingida. (OLIVEIRA, Rejane Corrêa de et al., 2011).

¹³ Lei 8.629/93, artigo 9º, §§4º e 5º.

geral.

Trata-se de enfoque polêmico, tendo em vista que o tema da justiça na repartição de recursos será analisado com base nos princípios econômicos. Não se trata de forma alguma de afastar a justiça social, objetiva-se tão-somente realizar uma ponderação entre diversos valores a fim de que o princípio da solidariedade social não elimine por completo a consideração da racionalidade e a eficiência econômica de uma sociedade.

Quando da realização de uma transferência de titularidade por motivos de reforma agrária, há a possibilidade de que os novos detentores da terra sejam menos eficientes que os desapropriados, o que, por conseguinte, gera uma perda de renda da sociedade.

Vive-se um período no qual o emprego de alta tecnologia faz-se necessário no campo, bem como a utilização de mão-de-obra especializada, com *expertise* técnica. A realidade da agricultura atual nem de longe lembra situação do início do século, portanto, ao transferir a propriedade para alguém com menos conhecimento técnico e maquinários necessários, por certo haverá redução do produto e do lucro obtido.

A redistribuição de terras baseada na política da função social da propriedade pode ter efeito a tal ponto negativo que os beneficiários da transferência, em razão da queda da produção lamentavelmente não conseguem melhorar as condições que tinham antes de atuar no processo produtivo como proprietários. Ou seja, diante desse cenário de redistribuição, o suposto beneficiário, em que pese a obtenção da terra, não teve as condições necessárias para manter ou aumentar os seus resultados econômicos.

A transferência econômica também pode ser comprometida se as terras forem coletivizadas, diante dos possíveis problemas de descoordenação e definição de titularidades associados aos custos de transação. A ciência econômica moderna tomou a propriedade privada como um suporte da prosperidade coletiva, eis que sempre foi encarada como incentivadora das atividades de produção e acumulação de poupanças (ARAÚJO, 2008, p. 53), o que não ocorre no caso das “terras comunitárias”.

Nesse contexto, o objetivo estatal peca por priorizar a quantidade de assentamentos e não a qualidade de vida dos assentados (GIRARDI; FERNANDES, p.95), bem como a eficiência econômica. As terras coletivas são instaladas de forma precária e os programas governamentais de apoio aos beneficiários da Reforma Agrária não parecem surtir o efeito desejado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo o que foi dito, resta dizer que, esta abordagem sobre a análise econômica da função social das propriedades rurais no Brasil não visa esgotar a temática apresentada, mas sim, levantar as questões mais pertinentes e, tentar responder a algumas delas, firmando algumas conclusões com base no que já foi anteriormente escrito.

Em que pese a doutrina majoritária considerar o aspecto da função social atrelado aos objetivos de justiça social como o dominante, interpretando a real intenção do legislador constituinte, depreende-se que a função social da propriedade apresenta maior ênfase no objetivo da eficiência econômica e menos no da equidade.

Embora a disciplina da “Análise Econômica do Direito” tenha crescido substancialmente no Brasil, não se verifica no âmbito das decisões do Poder Judiciário um esforço em analisar as consequências posteriores à redistribuição de renda, no presente caso, da terra. Os juízes focam-se na realização da “justiça social” sem compreender que tal *modus operandi* acaba por criar externalidades negativas, reduzem os incentivos para uma utilização eficiente da propriedade, bem como restringem a capacidade de levantar o capital necessário para fazer o avanço econômico.

Portanto, os direitos da propriedade não devem ser vistos como uma ferramenta para obtenção de políticas redistributivas, haja vista os altos custos de transação e distorção nos incentivos. A obtenção de terra por meio da reforma agrária carece de grandes investimentos governamentais a fim de que tal medida seja próspera, tais como concessão de crédito para compra de maquinário e sementes, investimento em tecnologias, incentivos tributários, treinamentos, etc.

Conclui-se, portanto, que equilibrar eficiência e justiça é preciso, pois se refere ao conflito entre incentivar a criação de riqueza e os princípios de solidariedade e justiça social tão necessários em uma sociedade coesa e que se preocupa com os seus membros. Em que pese o *big trade off* entre eficiência e justiça, não se deve deixar que em nome da justiça social, o critério redistributivo, que a *prima facie* pode parecer legítimo e benigno, torne-se, de certa forma, um meio de empobrecimento generalizado da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALSTON, Lee; LIBECAP, Gary; e MUELLER, Bernardo: “Titles, Conflict and Land Use: The Development of Property Rights and Land Reform on the Brazilian Amazon Frontier” . The University of Michigan Press, 1999.

ALSTON, Lee; LIBECAP, Gary; e SCHNEIDER, Robert: The Determinants and Impact of Property Rights: Land Titles on the Brazilian Frontier in *Journal of Law, Economics and Organization* , 1996.

ANDRADE, João Souza (1998). *Introdução à economia*. Coimbra, Minerva.

ARAÚJO, Fernando (2008), *A Tragédia do Baldios e Anti-Baldios: O problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação*, Coimbra, Almedina

ARAÚJO, Fernando (2012), *Introdução à Economia*, 3ª ed., Coimbra, Almedina.

BARACAT, Eduardo Milleo; CHIARADIA, Janaína Elias. Da importância do respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores para sustentabilidade do ramo empresarial in *Direito e sustentabilidade/ organização CONPED/UFF – Florianópolis*, 2012, p. 218-240

BARZEL, Yoram (2009) *Economic Analysis of the Property Rights*. Second Edition. Cambridge University Press.

BATISTA, Luís Carlos Lopes. Uma análise económica das externalidades ambientais negativas in *Revista de Direito da Universidade de Lisboa – vol 51, nº 1 e 2*. Lisboa p. 403-453

BERGAMASCO, Sonia Maria Pessoa Pereira. A realidade dos assentamentos rurais por detrás dos números. *Estud. av.*, São Paulo , v. 11,n. 31,Dec. 1997

BRITO, Miguel Nogueira de (2010), *Propriedade Privada: Entre o Privilégio e a Liberdade*, Lisboa

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. Editora dos Tribunais, Porto Alegre, 1981. (confirmar ano)

GIRARDI, Eduardo Paulon; FERNANDES, Bernardo Mançano. A luta pela terra e a política de assentamentos rurais no Brasil: a reforma agrária conservadora. *Agrária* (São Paulo. Online), [S.l.], n. 8, p. 73-98, jun. 2008.

MATTOS, Cesar Costa Alves de. *Ensaio Sobre Impactos da Constituição Federal de 1988 na Sociedade Brasileira*. Câmara dos Deputados. Coleções Especiais – Obras Comemorativas. Consultoria Legislativa. Vol. 2 . Autor do Artigo: “Uma Análise Econômica da Função Social da Propriedade na Constituição Brasileira”. Novembro 2008

MICELI, Thomas: “The Economic Approach to Law”. Stanford University Press, 2004.

MARTÍNEZ, Pedro Soares. *Economia Política*, 11ªed. Rev. Coimbra: Almedina, 2010

MARTINS, Manuel Vitor. Ronald Coase: na fronteira da economia e do direito. *Sub Judice: Justiça e Sociedade*. n. 02. 1992. p.29-30

OLIVEIRA, Rejane Corrêa de *et al* . Desmatamento e crescimento econômico no Brasil: uma análise da curva de Kuznets ambiental para a Amazônia legal. *Rev. Econ. Sociol. Rural*, Brasília , v. 49, n. 3, Sept. 2011.

PORTO, Manuel Carlos Lopes (2004), *Economia: Um texto introdutório*, Coimbra, Almedina

PEIXOTO, Ester Lopes (2005), *A função social da propriedade: do CC/1916 ao CC/2000*, Universidade Federal do Rio Grande do Sul

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIBEIRO, Paulo Dias de Moura, *A Função Social da Propriedade in Revista Brasileira de Direito Comparado*. N° 38, primeiro semestre de 2010 p. 121-134.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Propriedade e função social: exame crítico de um caso de constitucionalização do direito civil*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v.51n.1-2(2010), p.207-236

SANTINONI, VERA,(2006), *The Social Function of Property Rights in Brazil*, X Conferência Latino Americana e do Caribe em Direito e Economia, Buenos Aires, Argentina. Maio, 2006.



A administração pública consensual

Letícia Mendes Martins do Rêgo Barros

Pós-graduada em Direito Administrativo pela UNIAMÉRICA. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Analista Judiciária no Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.188.18

RESUMO

O presente trabalho realiza uma breve evolução histórica do Direito Administrativo, principalmente no que se refere às mudanças trazidas pela constitucionalização desse ramo do Direito e da introdução de princípios implícitos e explícitos em nosso ordenamento a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Após, fala-se da consensualidade e de suas principais características, analisando-se, ainda, os limites para a aplicação de tais práticas, bem como novos instrumentos presentes no ordenamento jurídico pátrio que incorporam a ideia de diálogo entre Administração Pública e administrados.

Palavras-chave: administração consensual. constitucionalização do direito administrativo. evolução histórica. novas ferramentas.

ABSTRACT

This paper realizes a brief historical overview from administrative law, principally about the changes that constitutionalization of the administrative law brought and about the introduction of principles implicit or explicit in our legal system with the enactment of the 1988 Constitution. After that, the paper talks about consensus in administrative law and its main characteristics. Furthermore, still analyzes the limits for its application and the new tools that exist in our legal system.

Keywords: consensual administration. constitutionalization of administrative law. historic evolution. new tools.

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo brasileiro tem passado, no início do século XXI, por inúmeras transformações, dentre elas a transição entre uma Administração Pública que deveria satisfazer, sozinha, as necessidades da sociedade, pautada em tomadas de decisões unilaterais e impositivas, para uma Administração que se baseia no diálogo com o particular.

É importante salientar a influência da constitucionalização do direito administrativo nesse cenário, por meio da positivação de princípios como o da transparência, da eficiência e da boa administração. Atrelado a isso, a noção de Estado Democrático Social de Direito nos trouxe a discussão acerca da legitimidade democrática da Administração Pública.

Assim, o Direito Administrativo constitucionalizado apresenta-se de forma a exigir e incentivar uma maior aproximação entre a Administração Pública e o particular, permitindo a participação deste último nos processos de tomada de decisões que antes se restringiam ao âmbito do poder público. Trata-se da chamada Administração Pública Consensual, que se irá analisar adiante.

Saltando para outros ramos do direito, verifica-se que até mesmo no âmbito do Direito Penal (outro ramo do Direito Público notadamente marcado pela relação de imposição da vontade Estatal sobre o particular), é cada vez mais comum a presença dos chamados institutos despenalizadores ou de justiça consensual, dentre os quais é possível citar o Acordo de Não

Persecução Penal – ANPP, introduzido no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019. Trata-se, a toda evidência, de uma virada histórica relacionada à posição ocupada pelo Estado nas relações com os administrados, tudo à luz do princípio democrático e da formação de uma vontade estatal influenciada pela vontade do particular.

METODOLOGIA

A metodologia do artigo será baseada em uma abordagem histórico-evolutiva do modo de manifestação de vontade da Administração Pública ao longo dos anos, em conjunto com a análise da ordem constitucional brasileira e da legislação infraconstitucional, notadamente no que se refere à previsão dos chamados instrumentos de consensualidade.

ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL COMO NOVA FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO SÉC. XXI

Breve contexto histórico

A administração consensual surge como uma nova face da Administração Pública no século XXI, em um contexto onde já não mais se aceita o Direito Administrativo pautado em uma posição hierárquica superior do Estado e na imposição de decisões unilaterais. Moreira Neto (2007, p. 12) destaca dois fatores como sendo a concausa da mencionada transformação ocorrida no Direito Administrativo: o advento da afirmação do constitucionalismo e da sociedade participativa¹.

O fenômeno de constitucionalização do Direito Administrativo trouxe novas discussões para este ramo do direito, como, por exemplo, a demanda por eficiência e por democracia substantiva (de funcionamento ou de operação), no sentido de conferir maior legitimidade à atuação da administração².

Por outro lado, o administrado, outrora tratado como verdadeiro súdito do Estado, transformou-se em cidadão de acordo com a sistemática do Estado Democrático e Social de Direito, que tem como pilares básicos a democracia e os direitos fundamentais³, podendo-se até mesmo afirmar a existência de um princípio implícito do consenso⁴, o que Moreira Neto (2007, p. 12) chama de “Administração Pública Coordenativa”⁵.

Assim é que o direito administrativo tem passado por uma verdadeira intensificação da democracia, na qual se prioriza o direito do cidadão de ser ouvido pelo Estado, influenciando nas decisões da Administração Pública. Some-se a isso o fato de que a Constituição Federal de 1988 trouxe valores e princípios implícitos e explícitos, que se encontram irradiando seus valores no topo da hierarquia de nosso ordenamento jurídico, de modo que a sua observância é requisito de

¹ Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 12.

² Medauar, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 101.

³ Binenbojm, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto brasileiro de direito público, n° 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/a-constitucionalizacao-do-direito-administrativo-no-brasil-um-inventario-de-avancos-e-retrocessos>, acesso em 29.10.2013.

⁴ Neto, Diogo de Figueiredo Moreira. *Novas Tendências da Democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro*. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n°13, março/abril/maio, 2008. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 28 de setembro de 2013.

⁵ Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 26.

validade para todos os demais atos que emanem do Estado⁶.

Nesse contexto, destaca-se, ainda, a nova interpretação que tem sido dada pela doutrina ao princípio da supremacia do interesse público. O referido princípio era tradicionalmente entendido como verdadeiro axioma que traduzia a ideia de que, a priori, deveria prevalecer o interesse público sobre o particular, quando houvesse conflito entre eles⁷. Nesse sentido é que já foi utilizado para justificar o desequilíbrio nas relações entre Administração e administrados⁸.

Atualmente, a compreensão da Constituição como sistema nos leva ao entendimento de que o interesse público nasce da convergência entre a vontade da administração e do administrado, o que se dá por meio de uma ponderação de interesses, sendo construído sob uma perspectiva dialógica⁹.

Nessa esteira, podemos mencionar, ainda, como legitimador das práticas consensuais pelo poder público, o direito fundamental à boa administração, já garantido no âmbito da União Europeia, no art. 41 da Carta de Nice¹⁰ e que vem sendo cada vez mais discutido pela jurisprudência¹¹ e doutrina¹² brasileiras. Destaque-se, por outro lado, a insuficiência da capacidade financeira e técnica do Estado, o que nos leva ao reconhecimento da impossibilidade da Administração Pública para, de forma autônoma, prestar serviços públicos de maneira eficiente.

Assim, a busca por novas formas de solução dos conflitos de interesse existentes entre as esferas já citadas, bem como a demanda por eficiência e por democracia material, vieram trazer um novo modelo de relacionamento, baseado na composição de conflitos. Tal fenômeno pode ser observado não só no Brasil, mas também em outros países democráticos, muitas vezes recebendo denominações como “contratualização” e “concertação”.¹³

Consensualidade e suas características gerais

É possível afirmar que a Administração Pública consensual é aquela que busca manter o diálogo e a negociação com a sociedade, ainda que a legislação lhe atribua o poder decisório.

O consensualismo parte de uma premissa básica: Estado e sociedade têm objetivos em

6 Barroso, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 204.

7 Ávila, Humberto Bergman. *O direito público em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 101.

8 Baptista, Patrícia Ferreira. *Transformações do Direito Administrativo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 182.

9 Oliveira, Gustavo Justino de. *A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/salvador/gustavo_henrique_justino_de_oliveira.pdf. Acesso em 29 de setembro de 2013.

10 1. “Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.”

2. “Este direito compreende, nomeadamente:

- o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente,

- o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,

- a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.”

11 Os tribunais federais e o STJ já admitem a existência do direito fundamental à uma boa administração, vide RESP 200901722930, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:07/12/2009; RESP 200000766186, LAURITA VAZ, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:03/11/2004 PG:00168; AG 50138454520124040000, CELSO KIPPER, TRF4 - SEXTA TURMA, D.E. 09/07/2013; APELREEX 200471000255127, OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, TRF4 - SEGUNDA TURMA, D.E. 19/08/2009.

12 Confira-se, a esse respeito: Freitas, Juarez. *Direito fundamental à Boa Administração Pública*. Editora Malheiros.

13 Oliveira, Gustavo Justino de. *Op. Cit.* p. 02.

comum e, por isso, deve-se permitir o diálogo entre ambos. Tal fato alarga as bases democráticas da atuação estatal, conferindo, conseqüentemente, maior legitimidade às decisões administrativas.

Diogo de Figueiredo elenca alguns benefícios trazidos pelo consensualismo, ao afirmar que contribui para aprimorar a governabilidade, eis que: (i) torna a atuação estatal mais eficiente; (ii) propicia um controle maior sobre a legalidade dos atos administrativos, haja vista maior transparência; (iii) garante que os interesses mais diversos possam ser atingidos; (iv) confere legitimidade à atuação estatal; (v) desenvolve o senso cívico do cidadão e, por último, (vi) torna os comandos estatais mais facilmente obedecidos¹⁴. É justamente por isso que também é possível obter resultados mais eficientes.

Por outro lado, o administrado passa a ser também responsável pelos atos praticados pelo Estado, na medida em que influencia os processos de tomada de decisões da administração.

É nesse contexto que a coleta de dados e informações (princípio da transparência) propicia uma análise mais objetiva das decisões tomadas, possibilitando aferir se a solução encontrada pela administração foi a mais correta e se atingirá os fins pretendidos. Por outro lado, há que se diminuir as amarras da administração, que muitas vezes impõe exigências burocráticas, desarrazoadas e dispensáveis à boa administração.

Limites e riscos inerentes à consensualidade

Necessário preciso indagar até que ponto seria viável permitir a participação do particular nos processos decisórios da administração. Não se deve vislumbrar o direito à participação administrativa como um direito absoluto.

É nesse sentido que os limites do consensualismo irão variar de acordo com a noção de legalidade adotada. Doutrina mais tradicional associava legalidade à vinculação direta à lei formal. Por outro lado, os doutrinadores mais modernos acreditam que a legalidade diz respeito à vinculação ao ordenamento jurídico como um todo (também chamada de juridicidade)¹⁵.

Ressalte-se, ainda, o fenômeno da deslegalização, no qual a própria administração detém a competência de editar atos normativos que seriam, tradicionalmente, de competência do Poder Legislativo. Portanto, é necessário buscar uma nova forma de legitimação democrática no que diz respeito às decisões administrativas, haja vista que o fato de serem pautadas em lei já não mais supre esse requisito. Vejamos os ensinamentos de Pereira Júnior (2012, p. 299):

“Perfilha-se, aqui, a tese de ser a consensualidade o caminho sem volta para alcançar-se uma administração de resultado eficiente, tendo como ponto de partida que a legalidade estrita sede lugar à legitimidade das políticas públicas advindas da consensualidade”¹⁶.

Por outro lado, é provável que os processos administrativos abertos à participação de particulares sejam mais demorados, em razão de um maior número de interesses a serem analisados e debatidos, podendo ocasionar verdadeiro “emperramento da máquina”, o que evidencia

¹⁴ Neto, Diogo de Figueiredo Moreira. *Novas Tendências da Democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n°13, março/abril/maio, 2008. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 28 de setembro de 2013.

¹⁵ Pereira Junior, Jessé Torres. *Op. Cit.* p. 300.

¹⁶ Pereira Junior, Jessé Torres. *Op. Cit.* p. 299.

a necessidade de se pesquisar meios de conciliação de prestação com participação¹⁷. A eficiência é, portanto, o primeiro limite que se impõe à adoção de práticas consensuais.

No mais, a ausência de lei formal autorizando práticas consensuais não impede que a administração adote procedimentos de diálogo com o setor privado, desde que tal fato possa se justificar por outros princípios do ordenamento. Isso ocorre em razão de a própria Constituição Federal já prever essa possibilidade, conforme podemos observar dos artigos 1º, 10, 198, III e 204, II¹⁸. Esse também é o entendimento de Jessé Torres, que propõe, a esse respeito, que não se deve cogitar de vinculação absoluta entre consensualidade e legalidade, defendendo que apenas a existência de vedação legal expressa impede a adoção de práticas consensuais¹⁹. Foi nesse sentido que também se posicionou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 253.885-0/MG²⁰. Portanto, o segundo limite que se impõe à adoção de práticas consensuais diz respeito às vedações legais expressas que impeçam a adoção de tais instrumentos.

A consensualidade no direito positivo brasileiro

Conforme visto acima, ainda que não exista lei dispendo expressamente acerca da possibilidade de a administração adotar práticas consensuais, não há que se vislumbrar nisso, por si só, um impeditivo ao diálogo com o particular. Por outro lado, há casos em que o direito positivo expressamente prevê esta possibilidade. Citaremos, em apertada síntese, as principais previsões legislativas do ordenamento brasileiro no que diz respeito ao consenso.

Primeiramente, a própria Constituição Federal já dispõe sobre um direito geral de participação, ao prever, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, os direitos de petição, ao contraditório e à informação administrativa (incisos XXXIV, LV e XXXIII). A Carta prevê, ainda, a participação do particular na Administração Pública direta e indireta (art. 37, §3º) e o instituto das audiências públicas (art. 58 §2º).

No que tange à legislação infraconstitucional, há que se destacar o termo de ajustamento de conduta²¹, a arbitragem (Lei nº 9.307/96), o termo de parceria previsto no art. 9º da Lei 9.790/99, o termo de fomento previsto no art. 2º, VIII da Lei nº 13.019/14, e o Procedimento de Manifestação de Interesse, também inserido no âmbito da participação administrativa, mais especificamente no que diz respeito à concessão de serviços públicos e às licitações e contratos administrativos, conforme previsão expressa das Leis 8.987/95 e 14.133/2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do contexto de constitucionalização do Direito Administrativo, torna-se anacrônica a ideia de que a Administração Pública deva pautar-se em condutas unilaterais e impositivas. Do Estado Democrático de Direito, espera-se uma atuação que possibilite o diálogo com o administrado durante os processos de tomada de decisões, mostrando-se insuficiente, para a persecu-

¹⁷ Medauar, Odete. *Op. Cit.* p. 234.

¹⁸ Baptista, Patrícia Ferreira. *Op. Cit.* p. 154.

¹⁹ Pereira Júnior, Jessé Torres. *Op. Cit.* p. 301.

²⁰ RE 253885, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002

²¹ O Termo de Ajustamento de Conduta é previsto em diversos diplomas legais, tais como no art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069/90, bem como no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), e na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985). No campo penal, a Lei de Crimes Ambientais também prevê a utilização do instituto, condicionando a transação à reparação do dano na esfera cível, conforme consta do art. 27 da Lei nº 9.605/1998.

ção deste fim, a chamada “democracia formal”. Busca-se, dessa forma, ampliar a legitimidade da atuação da Administração.

Por outro lado, parte-se do pressuposto de que, com o avanço do Estado- providência, a Administração se deparou com sua incapacidade de prover, isoladamente, as mais diversas demandas da sociedade, principalmente em razão da baixa qualificação técnica de seus agentes. Nesse sentido, é imprescindível que os antigos dogmas sejam reinterpretações à luz dos desafios e anseios dos novos tempos.

A ampliação do diálogo com o particular cumpre importante papel nesse contexto. Se, por um lado, possibilita a atuação direta do administrado, permitindo que o mesmo exponha seus interesses, influenciando diretamente na consecução de políticas públicas, por outro, não se pode olvidar que há aqui, também, grande vantagem para o Poder Público, que passa a dividir com a iniciativa privada a responsabilidade e os riscos decorrentes da gestão da coisa pública, aumentando, ainda, a eficiência de sua atuação.

E é aqui que surge a dúvida que se pretende elucidar a partir do presente trabalho. O PMI se coaduna com os princípios previstos no art. 37 da Constituição Federal? Concluímos que sim.

Quanto à indisponibilidade do interesse público, observou-se que a doutrina mais moderna deu nova interpretação ao princípio, sendo certo que não mais se vislumbra relação antagônica, a priori, entre o interesse público e o privado. Considerando-se os direitos fundamentais insculpidos no art. 5º da Constituição Federal, tem-se que o interesse público somente é atingido quando se persegue, também, o interesse do cidadão. Assim, o PMI contribui para a consecução desta finalidade, pois possibilita o diálogo entre as partes, tornando conciliáveis seus interesses.

O princípio da moralidade é violado somente quando ocorre a troca de informações entre determinada pessoa privada e a administração, de forma velada e pessoal. E o que se busca por meio do procedimento de manifestação de interesse é justamente o oposto: possibilitar que todos os particulares interessados, tendo acesso às mesmas informações, tenham a possibilidade de apresentar seus projetos e estudos em igualdade de condições. Atendem-se, nesse sentido, os princípios da moralidade e da isonomia.

Por fim, o princípio da eficiência também resta atendido na medida em que transfere integralmente para o particular o custo da elaboração do projeto e também porque a utilização do instituto possibilita o recolhimento de soluções inovadoras e eficientes, mais afeitas ao ambiente concorrencial da iniciativa privada. Por outro lado, o compartilhamento de informações em etapa que antecede as licitações resulta em maior eficiência na medida em que reduz a assimetria informacional entre a Administração Pública e os particulares. Assim, é benefício que se extrai do alinhamento de interesses e de conhecimentos técnicos acerca do projeto que será objeto do certame.

REFERÊNCIAS

1. ÁVILA, Humberto Bergman. O direito público em tempos de crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

2. BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
3. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
4. BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto brasileiro de direito público, n° 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/a-constitucionalizacao-do-direito-administrativo-no-brasil-um-inventario-de-avancos-e-retrocessos>. Acesso em 29 de julho de 2020.
5. MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
6. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007.
7. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo: Novas Considerações (avaliação e controle das transformações). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n°2. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=46>. Acesso em 28 de agosto de 2020.
8. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas Tendências da Democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n°13, março/abril/maio, 2008. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/diogo-de-figueiredo-moreira-neto/novas-tendencias-da-democracia-consenso-e-direito-publico-na-virada-do-seculo-o-caso-brasileiro>. Acesso em 28 de agosto de 2020.
9. MUKAI, Ana Cândida de Mello Carvalho. O Procedimento de Manifestação de Interesse Como Instrumento de Viabilização de Importantes Projetos de Infraestrutura no Brasil. In Bicalho, Alécia Paolucci Nogueira e Dias, Maria Tereza Fonseca. Contratações Públicas. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.
10. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/504/488>. Acesso em 29 de agosto de 2020.
11. PEREIRA Júnior, Jessé Torres. Presença da Administração Consensual no Direito Positivo Brasileiro. In: Freitas, Daniela Bandeira de e Valle, Vanice Regina Lírio de (Coord.). Direito Administrativo e Democracia Econômica. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
12. VALLE, Vanice Regina Lírio do. Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa. 2010. Tese (Pós-Doutorado em Administração Pública) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6977>. Acesso em 23 de agosto de 2020.



Fundamentos da anulação do júri – caso Boate Kiss

Vivian Estella Beserra Jacob

Graduanda do Curso de Direito no Centro Universitário São Lucas.

Leticia Vivianne Miranda Cury

Mestre em Direito Penal. Docente do Centro Universitário São Lucas. Advogada

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.188.19

RESUMO

O presente estudo pretende discutir as relações técnicas que levaram a anulação do julgamento do caso da Boate Kiss. Sendo um caso de grande relevância para o ordenamento jurídico brasileiro e de grande comoção popular, visto que se passaram quase 8 anos para haver a condenação dos réus e 10 anos para encontrar vícios no julgamento que levaram a sua anulação. O artigo possui base em análise jurídica do caso em tela, bem como a análise sob a luz dos princípios constitucionais que demonstram grande relevância ao caso, bem como, a prejudicialidade midiática e de leigos no processo. A pesquisa fora realizada sob o método teórico, de abordagem qualitativa, pois, serão analisados a fundo todos os fundamentos e dizerem presente do acórdão publicado pelo TJRS, cujo objetivo é gerar novos conhecimentos para a comunidade científica, através da metodologia de pesquisa básica.

Palavras-chave: tribunal do júri. Boate Kiss. direito penal.

ABSTRACT

This study aims to discuss the technical relations that led to the annulment of the trial of the Kiss Nightclub case. Being a case of great relevance to the Brazilian legal system and of great popular commotion, since it was passed almost 8 years to have the conviction of the defendants and 10 years to find vicissitudes in the trial that led to its annulment. The article is based on legal analysis of the case in question, as well as the analysis under the light of constitutional principles that demonstrate great relevance to the case, as well as the media and lay prejudiciality in the process. The research was carried out under the theoretical method, of qualitative approach, therefore, will be analyzed in depth all the fundamentals and say present of the judgment published by the TJRS, whose objective is to generate new knowledge for the scientific community, methodology of basic research.

Keywords: jury. Kiss Nightclub. criminal law.

INTRODUÇÃO

O júri popular é uma ferramenta essencial na história da humanidade, pois é através dela que o povo exerce o poder jurisdicional impondo o acusado ao cumprimento ou não de uma pena pela violação de uma norma.

O sistema judiciário brasileiro, determina que crimes dolosos contra vida, logo, os crimes em que o agente tem a intenção de retirar a vida da vítima e crimes conexos a esses, deverão ser julgados no tribunal do júri.

Portanto, o júri é composto por um grupo de sete jurados que serão eleitos mediante sorteio, juntamente com outros vinte e cinco jurados alistados, e auxiliarão o juiz-presidente a decidir sobre a culpabilidade do acusado.

O caso da Boate Kiss, foi uma tragédia que teve comoção da população brasileira e até mesmo internacional, já que a tragédia levou a vida de diversos jovens, sendo assim, a comoção

era inevitável, após quase 8 anos da tragédia houve a condenação dos réus, o que leva a população e principalmente os familiares o sentimento de justiça feita pela vida dos jovens. Ocorre que, a defesa observa diversas possibilidades de anulação do júri em questão, o que leva um mister de sentimento de impunidade e até mesmo de injustiças ocorridas em outros júris.

Por meio deste trabalho, se busca esclarecer o que é o tribunal do júri e o que levou à anulação do julgamento do caso da Boate Kiss.

DOS ASPECTOS GERAIS DO TRIBUNAL DO JÚRI

A priori, o instituto do Tribunal do Júri caracterizado como um dos mais antigos institutos de deliberação popular, mantido pelo Poder Judiciário. Não se sabe precisar ao certo a data de sua instituição na história, tendo em vista, que se pode observá-lo em diversos lapsos do tempo da humanidade, na Palestina, Grécia e Roma Antiga, tendo em vista que essa instituição estava muito ligada a superstições populares para invocar Deuses para o julgamento. Todavia, como lembra Nucci (2015, p. 42) a propagação do Tribunal Popular pelo mundo ocidental teve início, perdurando hodiernamente, com o seguinte preceito: “ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude julgamento de seus pares, segundo as leis do país.”

No Brasil, o Tribunal do Júri foi instituído de modo formal em 1824, por intermédio do Decreto do Príncipe Regente, destaca Nucci (2015, p. 43): “Criou-se o Tribunal de Júri no Brasil, atendendo-se ao fenômeno de propagação da instituição corrente em toda a Europa. Afirmando-se ainda que, se era bom para a França era bom para o resto do mundo.”

No decorrer dos anos, por necessidade, o instituto sofreu diversas alterações legislativas, alterando a estrutura do instituto, no que tange à competência, procedimentos, legitimidade, dentre outras. Esteve presente em todas as Constituições brasileiras, até alcançar seu ápice na Constituição de 1988. Neste diapasão Nucci (2015, p. 44) dispõe que:

Em 1988, visualizando-se o retorno da democracia no cenário brasileiro, novamente previu-se o Júri no capítulo dos direitos e garantias individuais, trazendo de volta os princípios da Carta de 1946. Soberania dos vereditos, sigilo das votações e plenitude de defesa. A competência tornou-se mínima para os crimes dolosos contra a vida.

O Tribunal do Júri consiste em meio pelo qual julgar-se-á indivíduo que comete crime doloso contra a vida. No qual juízes são pessoas do povo, cidadãos escolhidos dentre aqueles inseridos no mesmo contexto sociocultural do acusado. Exteriorizando-se o verdadeiro e real sentido de um Estado Democrático de Direito, muito valorizado e presente na essência da Constituição de 1988. Como bem retrata Távora (2016, p. 188): “Um Estado democrático de Direito é aquele em que traz para o centro todas as decisões políticas, econômicas e sociais do cidadão/povo. Não obstante, não poderia ser diferente com o julgamento de crimes dolosos contra a vida”.

A instituição do Tribunal do Júri, inserido no rol de direitos e garantias individuais, tem como principal objetivo, trazer os cidadãos e garantir a participação destes na tomada de decisões. Considerando que o povo escolhe seus representantes, posto que, é detentor do poder estatal, não haveria coerência em situação diversa em âmbito do Poder Judiciário.

Um dos pontos centrais do Tribunal do Júri consiste em sua competência, qual seja, jul-

gar crimes dolosos contra a vida. Crimes dolosos contra a vida são aqueles que atentam contra o bem jurídico mais importante de qualquer indivíduo. Crimes estes, que causam grande impacto, chocam, geram repugnância, nojo e perplexidade à sociedade. Estes crimes são: Homicídio, infanticídio, aborto, auxílio ao suicídio, bem como, crimes conexos, previstos na parte especial do Código Penal, nos Artigos 121, 122, 123 e 124.

DOS PRINCÍPIOS DO JÚRI POPULAR

Inicialmente, destaca-se as principais diferenças entre regras e princípios dentro do ordenamento jurídico, para que haja a correta compreensão de tais institutos dentro do ordenamento jurídico.

As regras e princípios são proposições básicas fundamentais. Todavia, apesar de regra e princípio, caminharão lado a lado, pois trata-se de proposições básicas, que norteiam o ordenamento jurídico. A doutrina aponta algumas diferenças entre os dois institutos. Regras são normas que podem ser cumpridas ou não. Assim, há certa margem de escolha do operador do direito. Se uma regra é válida, logo deverá fazer exatamente o que ela diz. Utiliza a técnica do tudo ou nada.

Já os princípios são normas que devem ser aplicadas sem margem de escolha. Ou seja, são proposições básicas e essenciais em um ordenamento jurídico, que estruturam e dão as diretrizes para criação e formação das leis. São considerados valores básicos da ordem jurídica.

Suzi Dagnelo (2008, p. 128), afirma que:

O princípio é o antecedente e a norma *strictu sensu* seja o subsequente, devendo estar em conformidade com aquele, sob pena de ser considerada sem validade e inconstitucional, pois o princípio, seja implícito ou explícito, é quem dá sustentabilidade a um Estado de Direito, a fortiori, um Estado Democrático de Direito, para cuja direção o Brasil está seguindo desde 1988.

No que tange ao Tribunal do Júri, o legislador constituinte foi categórico ao trazer os princípios norteadores do Tribunal do Júri arrolados na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXVIII, *in verbis*:

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)

É notório uma pretensão categórica do legislador, todavia, há implicações que surgem das injustiças que podem ocorrer em acusados julgados por pessoas leigas, com pouco ou de nenhum conhecimento jurídico técnico.

Também se destaca que a Constituição Federal apresenta o princípio da dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, III, e para o contexto do Tribunal do Júri, é um princípio implícito de deliberação popular. O princípio da dignidade da pessoa humana por si só, já possui um con-

ceito complexo, que passa por várias análises de elementos que seguem cada caso.

O Estado Brasileiro, busca resguardar e evidenciar a essência do ser humano, criando mecanismos que é possível visualizar e deixar tangível o indivíduo por meio do contexto socio-cultural inserido. Portanto, um julgamento popular por leigos que não compreende esse princípio essencial e complexo se torna um grande perigo para cometer injustiças.

CASO DA BOATE KISS

Antes de entrar nos fundamentos da anulação do julgamento, precisamente entender o fato, trata-se de Incêndio ocorrido no dia 27 de janeiro de 2013, na referida casa noturna, Boate Kiss, na cidade de Santa Maria no Rio Grande do Sul, que resultou na morte de 242 jovens e deixou 636 feridos, de acordo com os autos de nº 5123185-30.2020.8.21.00001/RS.

Os sócios da casa noturna, Elissandro Spohr e Mauro Hoffmann, e o músico Marcelo de Jesus dos Santos e o produtor Luciano Bonilha foram acusados pelo homicídio consumado dessas pessoas e pela tentativa de homicídio de outras 636 pessoas, que restaram feridas. (AGÊNCIA BRASIL)

Os donos da boate teriam assumido o risco de matar ao utilizarem uma espuma inflamável como isolamento acústico, esse material em contato com a chamada, “chuva de prata”, um efeito visual com fogos de artifícios dentro da boate, teria começado o incêndio.

O contato do fogo com a espuma que vinha de um produto inflamável forma moléculas de monóxido de carbono (CO) no ar, que ao entrar na corrente sanguínea das vítimas, roubou o lugar dos glóbulos vermelhos, resultando na morte por asfixia, já que impede a troca de oxigênio.

Ainda há o agravante de terem mantido o estabelecimento lotado, e dificultarem a saída das pessoas do local, pois elas não haviam realizado ainda o pagamento. Já o músico e o produtor foram responsáveis por ter utilizado o efeito visual, chuva de prata, que é conhecido como Sputnik.

Ocorre que tal efeito é destinado apenas ao uso em ambiente externo, e utilizado em local fechado como no caso narrado, resultou no incêndio com material inflamável e tóxico. Sendo por fim, atribuída a essas quatro pessoas as práticas de homicídios dolosos qualificados, sob o argumento do dolo eventual.

DA CONDENAÇÃO DOS RÉUS DA BOATE KISS

Em dezembro de 2021, os quatro réus – Elissandro Callegaro Spohr, sócio da boate o que incentivou o uso do artefato pirotécnico, foi condenado a 22 anos e 6 meses de reclusão; Mauro Londero Hoffmann, também sócio, condenado a 19 anos e 6 meses; Marcelo de Jesus dos Santos, vocalista e Luciano Bonilha Leão, produtor musical, ambos foram condenados em 18 anos. Pelo fato das penas serem superiores a 8 anos, todos deveriam ter o seu cumprimento inicial da pena em regime fechado, para posteriormente haver a possibilidade de progressão de regime.

DAS CAUSAS DE ANULAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI DO CASO BOATE KISS

A priori, os desembargadores durante o julgamento elencaram 20 nulidades, todavia, o relator não acolheu quaisquer nulidades citadas. O revisor e o vogal, decidiram por acolher algumas nulidades com o fundamento do art. 573 do CPP, onde o ato do julgamento deverá ser renovado, a seguir, serão elucidados os fundamentos da anulação.

O SORTEIO DOS JURADOS

No Tribunal do Júri temos a atuação dos jurados, que consiste em cidadãos comuns que vão julgar/decidir se os réus são ou não culpados pelo crime, de acordo com Mougenot.

Nesse caso, o artigo 433, §1, do CPP define:

Art. 433. O sorteio, presidido pelo juiz, far-se-á a portas abertas, cabendo-lhe retirar as cédulas até completar o número de 25 (vinte e cinco) jurados, para a reunião periódica ou extraordinária. § 1º O sorteio será realizado entre o 15º (décimo quinto) e o 10º (décimo) dia útil antecedente à instalação da reunião.

Ocorre que no presente caso, o último sorteio foi realizado apenas quatro dias antes do julgamento, contrariando o artigo 433, §1, do CPP, que determina que o mesmo deve ser realizado entre o décimo quinto e o décimo dia útil antecedente à instalação da reunião.

Assim, tanto a acusação, quanto a defesa conseguem proceder uma investigação do mais profundo dos jurados e basearem suas despensas, ou seja, não foi respeitado o prazo mínimo, caracterizando a primeira violação ao processo penal e ao exercício legal de recusa da defesa.

CONVERSAS RESERVADAS

De acordo com a defesa e o Ministério Público, ocorreram conversas reservadas durante o julgamento em 1º grau. O Juiz, Orlando Faccini Neto convidou os jurados para o seu gabinete, onde, sozinho, teve uma reunião com eles.

Ao manter essa conduta, o juiz de 1º grau violou, de acordo com a sentença de apelação, o princípio da transparência obrigatória dos atos do Poder Judiciário e da plenitude de defesa (artigo 5º, XXXVIII, alínea “a” da CF/88), pois todos os atos processuais devem ser obrigatoriamente realizados na presença do Ministério Público e da defesa, causa de nulidade.

INOVAÇÃO TRAZIDA DURANTE O DEBATE

De acordo com a Lei 11.689/2008, a decisão de pronúncia delimita a acusação, todas as acusações deveriam ser ditas primeiramente, não podendo surgir nenhuma nova acusação após, e seguir a discussão delas durante o processo.

Porém, em réplica, o Ministério Público inovou na tese acusatória durante o debate do Tribunal do Júri, alegando a teoria da cegueira deliberada. Consistindo em mais uma transgres-

são ao princípio da plenitude de defesa.

NULIDADE DA QUESITAÇÃO

Há também a consideração do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em haver nulidade na quesitação formulada pelo magistrado de 1º grau, pois da forma como foram escritos, dificultou a compreensão dos jurados, tendo, inclusive, ultrapassado os limites da decisão de pronúncia.

Ou seja, um caso de redação deficiente, especialmente no que se falava sobre o dolo eventual, incluindo descrever condutas que já havia sido excluída da discussão pelo Recurso em Sentido Estrito de nº 70071739239, dificultando a defesa. Ferindo a violação do princípio da correlação entre a decisão de pronúncia e a quesitação.

MAQUETE VIRTUAL

Apenas dessa prova ter sido juntada dentro do prazo legal, a mesma necessitava de um programa de alta complexidade para ser acessada, tornando quase impossível seu acesso diante de um computador comum, se tornando o que chamam de prova surpresa, já que a defesa não tinha conhecimento do que se tratava, gerando a violação do contraditório e da plenitude de defesa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme elucidado, o Brasil, no ordenamento jurídico, adota o Tribunal do Júri como forma de participação popular para as tomadas de decisões para crimes dolosos contra a vida. Esses crimes são vistos pela sociedade como repugnante e que trazem revolta e comoção popular, conseqüentemente, esses crimes devem ser atrelados como crimes de capacidade intelectual para compreender o sentido processual.

No caso da Boate Kiss, é notório diversas violações de princípios e normas, na dificuldade de acesso às provas, o que deixa a defesa prejudicada. Portanto, sendo necessária a nulidade absoluta do julgamento.

Destaca-se que a nulidade absoluta infere não em princípios do tribunal do júri que prejudicam uma das partes, mas em violações diretas à Constituição Federal, ou seja, não se trata de prejudicar apenas as partes, mas a ordem pública e a sociedade.

Apesar da soltura dos réus, em razão da anulação, é necessário compreender que por intermédio do acórdão que determinou a nulidade, houve a aplicação dos princípios do devido processo legal, da plenitude de defesa e do contraditório e o princípio da dignidade da pessoa humana sendo respeitados a sua aplicação constitucional.

O que leva também a outro embate de que casos com grande repercussão como este, devem ser tratados com o máximo respeito e cautela pelo Poder Judiciário, tendo em vista que possuem jurados leigos no assunto, que vão interpretá-los de modo passional e além da presença midiática que hoje, apesar de levar informação à população, pode ser um grande perigo para

a decisão dos jurados, podendo ocasionar violação de princípios constitucionais em casos paradigmáticos no processo penal, sob a justificativa do funcionalismo, causando, dúvidas acerca da confiabilidade de julgamentos semelhantes.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Agência. Caso da Boate Kiss vai a júri oito anos após tragédia. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-12/caso-daboate-kissvai-juri-oito-anos-apos-tragedia>. Acesso em: 06 de dezembro de 2022.

BRASIL, Constituição, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 de dezembro de 2022.

DANGELO, Suzi. Tribunal do Júri. 2º ed. São Paulo. Editora Futura. 2008

MOUGENOT BONFIM, Edilson. Júri, do Inquérito ao Plenário. 4. ed. São Paulo, Saraiva Jur, 2012.

MIGALHAS. Sentença Caso Kiss. Disponível em:. Acesso em: 04 de dezembro de 2022.

NUCCI. Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. São Paulo: RT, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. 6º ed. Forense. Rio de Janeiro, 2015

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RANGEL, Paulo. Tribunal do Júri: Visão Linguística, Histórica, Social e Jurídica. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público Estadual. Denúncia. Rio Grande do Sul. 2012. Disponível em: < <http://www.mprs.mp.br/areas/criminal/arquivos/denunciakiss.pdf>>. Acesso em: 03 de dezembro de 2022.



A (im)possibilidade da utilização do método de ensino domiciliar à luz do ordenamento jurídico brasileiro em confronto com o exercício do poder familiar e da liberdade individual familiar

The (im)possibility of using the home teaching method in the light of the brazilian legal system in confrontation with the exercise of family power and family individual freedom

Jucimara da Silva Oliveira

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.188.20

RESUMO

O ensino domiciliar é uma prática implementada em diversos países, no Brasil, existe a tentativa de sua implementação. Contudo, essa modalidade de ensino acarreta na insegurança jurídica para os detetores do poder familiar do menor, tendo em vista que não há norma regulamentadora no ordenamento jurídico brasileiro que discipline a matéria. De outro viés, a temática foi explorada à luz do melhor interesse da criança e do adolescente, tendo em vista que o ensino domiciliar afeta a qualidade do ensino, bem como a interação deste com o meio social que transpasse o seio familiar. Esse ponto se contrapõe com o poder familiar, da liberdade e autonomia dos pais em escolher a modalidade de ensino que mais se amolda à realidade familiar. Desta feita, o presente estudo objetiva apresentar um panorama do ensino domiciliar no Brasil, à luz da legislação vigente.

Palavras-chave: homeschooling. ensino domiciliar. educação institucional.

INTRODUÇÃO

A ampliação da escolarização obrigatória no Brasil, e o acesso de todos à escola, com condições para permanência e conclusão dos estudos foi objeto de expressivas reivindicações ao longo dos anos, demandando relevante atuação estatal para se garantir efetivamente o direito à educação. Na atual conjectura, no Brasil, vem sendo discutida a possibilidade da prática do *homeschooling*, ou ensino domiciliar. O *homeschooling* é aplicado em países como Canadá, Estados Unidos e França, nestes países há rigorosa fiscalização e exigência de suas avaliações.

Discussões sobre a implementação desta modalidade de ensino vem acontecendo no Brasil nas últimas décadas, e alguns núcleos familiares vem postulando este direito.

Aos que sustentam a adoção do ensino domiciliar, alegam a insatisfação com a qualidade do ensino institucional promovido pelo Estado, e a exposição do menor à violência que vem se perpetrado nas instituições de ensino. Outro ponto que justifica a educação doméstica, é a intervenção mínima do Estado na vida particular, permitindo à família que exerça a liberdade sobre o ensino do infante, cabendo aos guardiões exercerem o poder de decisão integral sobre a educação (CURY, 2019, p. 2).

Em contraposição aos argumentos favoráveis a implementação do *homeschooling*, existem algumas implicações pedagógicas. O ensino domiciliar restringe a interação social dos menores, uma vez que sua convivência se limita ao núcleo doméstico. Os únicos educadores neste caso são seus responsáveis legais, o que cerceia a criança e o jovem de estabelecerem contato com uma pluralidade de ideias, eis que surge outro ponto relevante, o ensino de temas controversos (MOREIRA, MOURA, TEIXEIRA, 2022, p. 3).

Tendo em vista a ausência de norma que regulamente especificamente o ensino domiciliar, desde o ano de 2015, alguns projetos de lei foram propostos com intuito de sua regularização. Ocorre que, esse tema teve enfoque maior com a proposta do Projeto de Lei nº 1.388/2022, proposto no dia 12 de abril de 2022, altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

Em meio a opiniões divergentes acerca do tema objeto deste estudo, primeiramente há de se compreender o que é o ensino domiciliar, bem como se esta modalidade de ensino é capaz de atender aos interesses das crianças e adolescentes quanto a sua formação e em todas as dimensões. Para tanto é preciso compreender a legislação vigente sobre este assunto, o direito a educação e os responsáveis por promovê-la. Levando em consideração ainda, os princípios da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse da criança e do adolescente, do livre exercício do poder familiar.

SEÇÃO PRIMÁRIA DO TRABALHO

O poder familiar e o dever de educar os filhos

A família constitui a base para a formação do ser humano, dentre as atribuições que exerce está o poder familiar, compreendido como um vínculo jurídico decorrente do estado de filiação, que gera direitos pessoais entre os sujeitos desta relação jurídica. Flavio Tartuce (2017), preceitua que este instituto é exercido pelos pais com relação aos filhos, pautado na ideia de colaboração familiar e baseado no afeto.

O poder familiar, corresponde à autoridade parental decorrente do estado de filiação, que pode ser constituído por vínculo biológico ou pela adoção. Maria Berenice Dias (2013) dispõe que este instituto é intransferível, inalienável e imprescritível.

Depreende-se que o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, o que remete a igualdade de direitos entre ambos os genitores. Construção que advém da despatriarcalização do Direito de Família expressa no Código Civil de 2002, que superou a codificação antecedente abolindo o termo pátrio poder.

Conforme dispõe o art. 1.630 do Código Civil: “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. O art. 1634 do Código Civil, disciplina as atribuições do poder familiar a saber:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

- a) dirigir-lhes a criação e a educação dos filhos;
- b) exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- c) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- d) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- e) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- f) nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- g) representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
- h) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- i) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002).

O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), em seu art. 22, incumbe a ambos os genitores o dever de sustento, guarda e educação. O parágrafo único deste art. assegura a possibilidade da transmissão de crenças e culturas enquanto atributo educacional.

Durante a infância e a adolescência ocorre o desenvolvimento intelectual, a formação da personalidade do ser humano. Como destaca Maria Berenice Dias (2013), o menor de 18 anos encontra-se em estado psíquico de maior fragilidade e vulnerabilidade, e a família corresponde ao primeiro contato social, operando como agente socializador na vida humana.

Contudo, destaca-se que além da convivência familiar também se faz necessária a vida em comunidade, a inclusão em ambientes sociais diversos auxilia o processo de desenvolvimento e construção, uma vez que permite o acesso a diversidade de ideias (PEREIRA JUNIOR, CARDOSO, 2016, p.33).

Neste norte, destaca-se art. 55 do ECA, que estabelece o dever de os pais matricularem os filhos em instituição de ensino, a interpretação extensiva deste dispositivo revela que o dever da família não se restringe à matrícula, correspondendo também ao zelo da família para que ocorra efetivamente a educação.

O direito à educação básica na Constituição Federal Brasileira de 1988

A “educação básica” é definida por Cury (2002) como um conceito novo na legislação educacional do país. É uma conquista social, fruto de uma luta histórica travada por inúmeros sujeitos, para que o acesso à educação básica seja reconhecido como direito fundamental de crianças, adolescentes, jovens e adultos, de forma gratuita, obrigatória e laica.

O direito à educação básica se caracteriza como um direito social, assim previsto pelo art. 6º da Constituição Federal (CF) de 1988. A CF atribui a importância do direito à educação, ao dispor, a partir do art. 205 que este direito é dever do Estado e da família. No entanto, inova ao ampliar a responsabilidade para a sociedade, como ente voltado à colaboração. O dispositivo em questão, revela a relação de cooperação entre os círculos sociais na tarefa educativa (MORAES, 2016).

Quanto a responsabilidade sobre a educação, Dâmares Ferreira (2004, p. 18) distingue a educação em duas categorias. De um lado, aquela prevista nos artigos 6º e 205, CF, que seria a educação em sentido geral, a englobar todo o processo formativo, a vivência familiar, comunitária, laboral etc. De outro, a educação escolar, presente no art. 208, CF, relacionada à transmissão formal do conhecimento. A doutrinadora explica que o dever de ofertar a educação é primordialmente do Estado

e supletivamente dos particulares, caracterizando um dever e não um direito, não sendo possível deduzir uma restrição aos pais que, expressamente, a Constituição não faz.

“ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - Pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - Gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - Valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

VI - Gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

VIII - Piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

IX- Garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.”

No que tange às funções estatais, o art. 208, CF aponta os meios pelos quais o Estado deverá efetivar o direito à educação, com destaque à educação básica e obrigatória no período dos 04 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, compreendendo ensino infantil, fundamental e médio. Também por meio deste dispositivo é assegurado o direito da pessoa portadora de deficiência, que terá acesso a atendimento especializado (BRASIL, 1988).

A Lei de Diretrizes e Bases nº 9.394/1996 dispõe que a educação básica é dividida em três etapas: Educação infantil, ensino fundamental e médio. A filosofia de desenvolvimento do aluno prevista na Constituição se desdobra nessas etapas, cada uma delas voltada para uma fase da vida e cuja finalidade está de acordo com o previsto no art. 22, o qual visa assegurar “a formação comum indispensável ao exercício da cidadania” e proporcionar “os meios de avanço no trabalho e aprofundamento dos estudos” (BRASIL, 1996, s.p.).

A educação permite o desenvolvimento das capacidades intelectuais, cognitivas e sociais do ser humano. Há também que se destacar que a educação possibilita o pleno exercício dos direitos como cidadão, bem como o ingresso no mercado de trabalho. Isso atribui a educação o papel de instrumento de promoção da igualdade social, que segundo Alexandre de Moraes (2007), proporciona melhoria nas condições de vida dos hipossuficientes.

Desta feita há que se observar os padrões de qualidade do ensino de acordo com o plano nacional de ensino e educação, com vistas à erradicação do analfabetismo, universalização do atendimento escolar, melhoria da qualidade do ensino.

Evidencia-se que o texto legal não traz nenhum requisito quanto ao modo de se realizar essa educação formal, a Constituição caracteriza a educação como um direito público subjetivo. Em seus dispositivos, a CF estabelece que o acesso ao ensino é obrigatório e gratuito, caso o Estado seja omissivo quanto ao fornecimento da educação, ou o faça de maneira irregular, a autoridade competente estará sujeita a responsabilização (BRASIL, 1988). A obrigatoriedade e gratuidade são atributos que tem o intuito de efetivar o acesso ao ensino, uma vez que o objetivo do Estado é a universalização da Educação.

Apesar da pluralidade de opções e concepções, a Constituição preocupou-se com a necessidade de estabelecimento de conteúdos mínimos, e sobre o tema, o art. 210 da CF/88 consigna sobre a grade curricular que devem estar presentes nas instituições públicas ou privadas. O dispositivo volta-se ao ensino fundamental. Visa garantir que haja um mínimo objetivo de instrução. Dispõe, ainda, que o ensino religioso seja matéria optativa e estabelece a língua portuguesa como obrigatória no ensino regular fundamental, sem impedir que cada escola possa ensinar outras línguas.

Antes, é possível e necessário harmonizar o dever do Estado de garantir a instrução com o direito dos pais de educar na forma que lhes pareça mais oportuna. Nesse sentido, Hayek

(1983, p. 448-449) defende que, embora fosse necessário que ações estatais propulsionassem a Educação e a importância do ensino e aprendizagem para a população, semeando na sociedade o papel educativo desta e da família, a partir do momento em que as pessoas passam a compreender essa relevância, o Estado não pode ser o detentor absoluto da educação. Não é obrigatório que administração e o financiamento da educação sejam iniciativa apenas do Estado.

O direito de liberdade está previsto na CF/88 no artigo 5º, caput, nos seguintes termos: “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”, em seguida, o inciso II afirma: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Por fim, observa-se o que o art. 227 da CF/88, conforme já exposto, elenca os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, que devem ser protegidos e efetivados por família, sociedade e Estado. Em conjunto, ao art. 229 observa-se que os pais possuem o dever de assistir, criar e educar os filhos, enquanto menores de idade. Alia-se isto à perspectiva de que o art. 226 coloca a família como digna de especial proteção por ser base da sociedade; pode-se alegar que a Constituição Federal de 1988 afirma que incumbe à família educar, como primeiro núcleo social que recebe o indivíduo.

Feitas tais considerações, depreende-se que liberdade e educação não estão em conflito, haja vista que, não é vedada constitucionalmente a implementação do ensino domiciliar, por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário entre família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária.

***Homeschooling*: conceito e funcionamento**

O *homeschooling* pode ser conceituado como estudo personalizado, ministrado por professores, pais ou tutores, sem a necessidade de frequência à escola. Embora *homeschooling* seja a denominação mais utilizada para identificar esta pretensa modalidade de educação no ambiente doméstico, a sua tradução, para o português, não se pode dar de forma literal, pois não significa escolarização em casa, mas processos de escolaridade que ocorrem nos espaços privados, sob a responsabilidade dos familiares e sem a interferência direta do Estado. Nota-se que, não necessariamente, todo o conteúdo a ser aprendido deve ser ministrado pelos pais ou por alguém de dentro do ambiente doméstico (SIMPLICIO, 2020).

Tal modalidade se apresenta, como um método no qual o infante não frequenta uma instituição regular de ensino, sendo educado preferencialmente pelos genitores. De forma complementar, conforme as circunstâncias, pode ainda perceber assistência externa, tal como tutores particulares para matérias nas quais os genitores não possuam aptidão para orientar ou matricular em atividades externas, como por exemplo, curso de língua estrangeira, música e esportes. (SIMPLICIO, 2020).

De um lado, os apoiadores do *homeschooling* sustentam a possibilidade de implementação com fundamento nos artigos 5º, VI, 205; 206, II, III, IV; 208; 210, 214, 226, 227 e 229 da Constituição, vez que o dever de educar não está adstrito à instrução formal institucionalizada e a ausência de norma constitucional que obrigue a matrícula obrigatória, cuja disciplina só ocorreu em sede de legislação infraconstitucional. Em sentido oposto à educação domiciliar, sustenta-se que tanto a Constituição Federal quanto as normas infraconstitucionais impõem a obrigatoriedade da matrícula, bem como a necessidade de lei federal para regulamentação do ensino domiciliar (STF, 2019).

Segundo Cury (2019), não é objetivo da educação domiciliar abolir as instituições de ensino ou não fiscalizá-las se os pais realmente cumprem o dever constitucional de educar os filhos. A fiscalização deve ser uma forma de resguardar o melhor interesse dos infantes, sem que configure uma intromissão imotivada do Estado, pautando-se nos princípios da cooperação, subsidiariedade, prioridade absoluta, respeito à autonomia privada e ao poder familiar exercido pelos pais.

O *homeschooling*, no modelo americano, de maneira geral, refere-se a uma concepção de educação mais abrangente do que apenas ensinar conteúdos, pois busca-se constituir num processo de ensino em uma perspectiva mais “educadora”, relacionada às diferentes percepções de mundo, crenças e ideologias das famílias que optam por esta prática encontrando-se, inclusive, na literatura sobre o tema, de forma mais rara, a terminologia *home education* (VASCONCELOS E MORGADO, 2014).

Segundo alguns defensores do *homeschooling*, a educação domiciliar pode proteger a criança e o adolescente de situações como violência, tanto no trajeto de deslocamento, quanto no próprio ambiente escolar (*bullying*, delinquência juvenil e doutrinação), bem como proporcionar uma evolução no processo de aprendizagem, por dispensar tarefas rotineiras de gestão e organização institucional (PICOLI, 2020).

Sobre o tema, Fabrício Veiga Costa, citando Vieira, esclarece que:

Os pais educadores normalmente são multidimensionais e justificam suas escolhas por motivações ideológicas (os pais desejam que seus filhos tenham uma visão ideológica bem particular sobre o mundo); motivações pedagógicas (os pais buscam preparar educacionalmente as crianças de modo a incutir visões particulares) e motivações ambientais (os pais visam proteger seus filhos de visões negativas encontradas nas escolas, tais como violência, drogas). Ou seja, dentre os principais motivos das famílias americanas adeptas do *homeschooling* destaco os seguintes: a- preocupação com o ambiente das escolas regulares, algo que inclui segurança, drogas ou pressão do grupo; b- oferecer instrução religiosa ou moral aos seus filhos; c- insatisfação com a instrução nas escolas regulares; d- necessidades especiais dos filhos; e- outras razões, tais como, a distância, finanças e a necessidade de um ensino individualizado (VIEIRA, 2012).

O *homeschooling*, apresenta risco de isolamento de ideias e concepções dentro da família, reduzindo o campo didático e pedagógico do compartilhamento de vivências e experiências que conduzem à consciência de igualdade. Essa modalidade de ensino vincula a educação apenas aos valores do seio familiar, impedito que o infante tenha acesso a diversidade cultural e a outras ideias distintas sobre os mesmos assuntos (CURY, 2019).

A infância e a juventude são fases em que há o desenvolvimento físico, psíquico e emocional, em decorrência disso a convivência familiar e comunitária é importante, pois auxilia neste processo de formação. Para Cury (2019), compreende-se que menores de dezoito anos estão

em um estágio peculiar de desenvolvimento e demandam constante socialização com a família e a comunidade em que estão inseridos, de forma mais intensa do que em adultos, e da mesma forma que a população idosa.

Desta feita, é necessário conciliar a realidade da educação no país com as limitações do sistema educacional institucional, estabelecendo alternativas que incluam pluralidade de ideologias pedagógicas e culturais, para a construção de uma sociedade livre, plural e justa (PEREIRA JUNIOR E CARDOSO, 2016) .

A realidade do Brasil em confronto com a proposta do *homeschooling*

A Constituição Federal de 1988 trouxe um patamar de direito fundamental ao sistema educacional brasileiro, travando uma grande batalha para a universalização do acesso à educação a todas as crianças e a todos os adolescentes brasileiros. Nesses anos pós-Constituição muitas políticas públicas e investimentos foram fomentados visando a garantia desses direitos, mesmo que, possa se dizer que falte muito a se fazer, os dados da Organização das Nações Unidas (ONU) analisados pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis (ODS) demonstram uma crescente melhora no Objetivo 4 - educação de qualidade a qual busca assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos, no qual o Brasil está com boas perspectivas de cumprimento (ODS BRASIL, 2023).

A prática da educação domiciliar no Brasil não surge com histórico de efetividade, tal como nos países de primeiro mundo, tampouco possui respaldo legal, o que dificulta a coleta de dados oficiais e confiáveis acerca do número de entidades familiares que optam por tal modalidade de ensino (SIMPLICIO, 2020).

Apesar do histórico de lutas para que o Estado promova o acesso a instituições escolares na idade adequada, nos últimos anos têm crescido, no Brasil, um movimento pelo direito de educar no formato de educação domiciliar (SIMPLICIO, 2020).

No Brasil, o *homeschooling* ou educação domiciliar ainda não possui permissão ou amparo em legislação, porém vem ganhando destaque devido a reivindicação de famílias, algumas já organizadas como a Associação Nacional de Educação Domiciliar - ANED, como existe também No Congresso Nacional, tramita o Projeto de Lei Nº 2401/2019, do Poder Executivo o qual busca discutir a permissibilidade da modalidade no país (CASAGRANDE E HERMANN, 2020).

Independentemente da regularização no Brasil, o *homeschooling* nos proporciona maiores desafios. Cumpre ao profissional que realizar o atendimento desses alunos estar preparado para a demanda, dentro do ambiente escolar e familiar. A problemática do ensino domiciliar no Brasil é mais intensa do que aparenta. A sociedade não está preparada para esse processo, ao contrário dos países de primeiro mundo, como Estados Unidos e Europa, em que o *homeschooling* é regularizado. Até o presente momento, a população brasileira não apresenta o preparo necessário, frente à realidade da educação no país (GADOTTI, 2010).

A Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED), diz que a regulamentação do *homeschooling* no Brasil, possibilitaria novas oportunidades de trabalho para os pedagogos e professores.

Destarte, é necessário que encaremos essa qualidade de forma “sistêmica: da creche ao pós-doutorado. O sistema educacional é formado de muitas partes inter-relacionadas, interdependentes e interativas: o que ocorre em uma delas repercute nas outras” (GADOTTI, 2010, p. 16).

O *homeschooling* traz para a sociedade contemporânea dois questionamentos muito importantes relacionados ao assunto, os prós e os contras do ensino domiciliar. Diante das reflexões pode-se elencar como prós: maior aprendizado, segurança e conforto, ensino de qualidade, ideologia política e religiosa, a não obrigatoriedade das avaliações. Do outro lado, elenca-se como contra a insatisfação do ensino, a ausência de formação adequada, falta de socialização e de fiscalização, a dificuldade de identificar abusos, falta de avaliações de aprendizado, investimento para melhorar ao invés de segregar. Portanto, é necessário pensar bastante sobre as reais necessidades do processo ensino aprendizagem (GADOTTI, 2010).

A (in)viabilidade de implementação do *homeschooling* no Brasil, na visão do Supremo Tribunal Federal

Por mais que a discussão a respeito da educação domiciliar no Brasil tenha obtido alguns adeptos e defensores, existem poucas informações a respeito desta modalidade de ensino. Os críticos a essa prática afirmam que sua eficiência para a formação intelectual dos jovens é questionável, o que causa desconfiança. Ressalta-se também que, para que seja possível a educação domiciliar isso demandaria tempo e recursos, o que tonaria esta prática elitizada resultando em um processo de desigualdade (MOREIRA, 2017).

Outro fator relevante que se opõe ao *homeschooling* é a inexistência de legislação que o regulamente, tanto a CF quanto o ECA dispõe sobre o dever e responsabilidade do Estado em fornecer educação básica de qualidade e gratuita, atribuindo a família o dever de matricular os infantes em instituição de ensino. Assim, além de não haver alusão ao ensino domiciliar na lei, também existem disposições cuja interpretação exprimem a obrigatoriedade de frequentar instituição de ensino.

A pauta sobre educação domiciliar vem crescendo, havendo a propositura de um projeto de lei que tem por escopo a regularização desta modalidade de ensino, Projeto de Lei 3262 de 2019.

Em síntese, o projeto tem por objetivo dar respaldo para que as famílias que adotem o *homeschooling* não sejam processadas por abandono intelectual. O plenário da Câmara dos Deputados aprovou o projeto de lei que autoriza o ensino domiciliar, no Brasil, contudo, a modalidade segue proibida no país por conta da determinação do Supremo Tribunal Federal (STF) e aguarda aprovação do Senado Federal (UOL Notícias, 2022).

Como forma de coibir a evasão escolar e o analfabetismo, o Código Penal possui expressa tipificação do crime de abandono material em seu artigo 246, no caso de pais ou responsáveis que se omitirem quanto à instrução dos filhos, dos quatro aos dezessete anos no âmbito da educação básica (CURY, 2019).

Em vários países do mundo o *homeschooling* é admitido, tais como, nos Estados Unidos, Canadá, Portugal, França, Itália, Bélgica, Áustria, Noruega, Austrália, Nova Zelândia e Rússia. Para tanto, exige-se que o aluno que está em *homeschooling* faça uma prova anual para ava-

liação de seu nível escolar. Outrossim, o ensino domiciliar é expressamente proibido em países como a Alemanha e a Suécia (STF, 2019).

Ocorre que, o entendimento sobre a inviabilidade da prática do *homeschooling* no Brasil ainda é maciço. De acordo com o entendimento consolidado no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 888815/RS:

CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO

DESPROVIDO. 1. A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar. 2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos. 3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de *unschooling* radical (desescolarização radical), *unschooling* moderado (desescolarização moderada) e *homeschooling* puro, em qualquer de suas variações.

4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227). 5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”.

(RE 888815, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 12/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-055 DIVULG 20-03-2019 PUBLIC 21-03-2019)

Segundo a decisão acima citada, existem quatro espécies principais de ensino domiciliar, quais sejam, a desescolarização radical; a desescolarização moderada; o ensino domiciliar puro, e; o *homeschooling* - ensino domiciliar utilitarista ou por conveniência circunstancia (STF, 2019).

A desescolarização radical preceitua que a participação estatal na formação dos infantes se mostra prejudicial, incumbindo apenas aos pais educar os filhos, rechaçando a possibilidade de existência de leis ou fiscalização por parte do Poder Público. A modalidade moderada permite que o Poder Público disponibilize educação escolar, contudo, atribuindo aos pais a escolha entra a forma de ensino domiciliar ou institucionalizada. O ensino domiciliar puro, dispõe que, inicialmente o dever de educar cabe à família, e subsidiariamente, é admitida a intervenção estatal como forma alternativa à modalidade de educação eleita pelos genitores. Por sua vez, no ensino domiciliar utilitarista, a educação poderá ser exercida pela família, de forma vinculada à

grade programática da educação pública e privada, com o emprego de avaliações periódicas de desempenho (STF, 2019).

Por ocasião de seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes consigna que a Constituição Federal de 1988 veda três das quatro espécies mais conhecidas do ensino domiciliar: a desescolarização radical, a moderada e o ensino domiciliar puro, ao passo que elas afastam completamente o Estado do seu dever de participar da educação. Por sua vez, a CF/88 não proíbe o *homeschooling*, ou seja, o ensino domiciliar utilitarista ou por conveniência circunstancial (STF, 2019).

Nesse sentido, na visão do STF, o ensino domiciliar somente poderá ser implementado após regulamentação formalizada por lei, com previsão de mecanismos de avaliação e fiscalização, disciplinando: a) a necessidade de ensino básico obrigatório entre quatro e dezessete anos (art. 208, I, da CF); b) a existência de núcleo mínimo curricular (art. 210 da CF); c) a observância de convivência familiar e comunitária (art. 227).

Há que se considerar que, enquanto o ambiente escolar é associado a aprendizado, mudanças, socialização, um ambiente de construção de valores, o ensino domiciliar traz uma imagem de adstrição unicamente à família, com pouco contato, em que somente aos pais compete a educação dos filhos.

A escola é o lugar de compartilhamento de valores e de aprender conhecimentos, desenvolver capacidades intelectuais, sociais, afetivas, éticas, estéticas. Mas é também lugar de formação de competências para a participação na vida social, econômica e cultural. (LIBÂNEO, 2018, p. 117).

Nesse aspecto, o interesse da União em debater e regulamentar o tema se justifica, diante da realidade da maioria da população, devido à escassez de informações, falta de formação superior por parte dos pais, falta e necessidade de socialização para as crianças, dentre outros aspectos dessa modalidade de ensino.

Deste modo, a função social da escola vai além de ministrar conteúdo dos componentes curriculares, abarcando a presença de crianças e jovens no âmbito escolar, convivência com pessoas desiguais, de condições socioeconômicas, identidades e valores, preparando o indivíduo para a vida em sociedade. Logo, “a escola é o território dos afetos, e nesse território dos afetos é que muitas competências são desenvolvidas” (CALLEGARI, 2017).

Destarte, é cristalina a existência de alguns problemas no ensino público brasileiro que são enfrentados pelas escolas para dar suporte para os alunos, tais como a dificuldade financeira do país, as verbas mal distribuídas, dinheiro que é desviado da educação, analfabetismo, evasão escolar e etc. A soma de tais fatores contribui para que educação sofra descrédito e não cumpra fielmente seu propósito, refletindo na vida social (CALLEGARI, 2017).

Para Cury, a educação domiciliar não responde “à complexidade das situações próprias das sociedades contemporâneas e da sociedade brasileira em matéria de educação.” (CURY, 2006, p. 672).

Para Freire (2013) o exercício da liberdade refere-se a uma educação livre do domínio e da opressão, ele nos faz discernir com mais nitidez que o homem é um ser social e jamais poderá viver isolado, ou distante do mundo em que vive. Portanto, somente o ser livre poderá viver e

se desenvolver de forma real e feliz. Uma educação opressora e rigorosa será rejeitada por ele como um ser abstrato. É a educação transformadora e inovadora que abre caminhos para que ocorra bom desenvolvimento e aprendizado.

Fatores econômicos, políticos e culturais estão discutidos aqui, nesse contexto. A economia está dividida de forma errônea, muitos com pouco e poucos com muito, acarretando para a sociedade o reflexo de uma política mal administrada, desfavorecendo os que mais precisam, principalmente a população carente. Para que essa realidade seja transformada no Brasil, é imperiosa uma alteração no planejamento das políticas públicas educacionais.

Em sala de aula, o professor será de grande relevância, para enfrentar os problemas juntamente com os alunos, pois em parceria com a comunidade escolar, surgem soluções adequadas para melhorar o desenvolvimento e aprendizagem das crianças através de projetos que tragam progressos para a comunidade, com ética e profissionalismo.

Há que se considerar que, principalmente as escolas públicas, atuam de forma complementar à rede de proteção dos direitos à integridade física e emocional dos alunos, sendo um dos principais locais em que ocorre a identificação e comunicação às autoridades responsáveis acerca dos casos de negligência, violência (sexual, física e psicológica) ou maus-tratos. Excluído o ambiente escolar, diversos dispositivos que prezam pela integridade física e emocional de crianças e adolescentes ficam prejudicados, expondo um grupo que, por si só, está inserido em uma esfera de vulnerabilidade (PICOLI, 2020).

Cumprido ressaltar que durante o período de isolamento social como medida de prevenção à disseminação do coronavírus, as atividades escolares realizadas em âmbito doméstico mostraram que a família não se encontra preparada para o desempenho completo da missão de ensinar e que a sociedade brasileira ainda necessita da escola.

Mais do que isso, a Pandemia do vírus Covid-19 trouxe uma nova reflexão, consistente na valorização da oportunidade de desenvolver-se e conviver em comunidade e na diversidade, pois em um país multicultural como o Brasil, é necessário formar cidadãos criativos e que saibam se relacionar, dialogar e respeitar as diferenças com empatia e sororidade para as diferentes pautas sociais enfrentadas pelas novas gerações.

Portanto, pondera-se que a possibilidade da educação domiciliar vai além da divisão de papéis entre a família e o Estado, ao grau de liberdade e autonomia individual, impondo a compatibilização de diferentes perspectivas e concepções no âmbito da educação, pois refleti um processo contínuo na vida humana, sendo a instrução formal apenas um dos níveis na formação do ser humano (PEREIRA JUNIOR E CARDOSO, 2016).

Feitas tais considerações, conclui-se que a educação domiciliar ainda não é uma alternativa segura às famílias brasileiras, diante da falta de previsão legal e da obrigatoriedade da matrícula escolar. Por ora, o dever de ensino incumbe à família, conjuntamente ao Estado e em âmbito escolar, construindo um processo de aprendizagem capaz de garantir a formação completa do ser humano, de forma autônoma e tornando-o capaz de exercer seu papel em sua vida privada e na sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do atual cenário brasileiro, os questionamentos centrais da problemática que envolve o *homeschooling* se resumem à qualidade da educação ofertada, a socialização dos estudantes e a suficiente qualificação dos pais ou responsáveis pela transmissão do conhecimento.

Caso seja do interesse dos pais ensinar seus próprios filhos, no mínimo, exigiria algum tipo de certificado de ensino, que teria que ser reconhecido pelo Ministério da Educação (MEC), caso contrário surgem problemas de ordem legal. Evidentemente, o Ministério da Educação, assim como as outras agências e órgãos governamentais vislumbram a burocracia que levaria anos para ser resolvida, com o fito de se obter algum tipo de reconhecimento para que fosse eficaz eventual autorização legislativa quanto ao *homeschooling*.

Em que pese a preocupação dos pais com a falta de qualidade do ensino, faz-se necessário levar em consideração que existem boas escolas particulares no país, mas que não estão acessíveis a grande maioria da população, em razão de seu custo significativo.

Existem diversas dessas escolas que oferecem qualidade no ensino e ambiente seguro, onde as crianças e adolescentes podem aprender e se desenvolver social e emocionalmente, podendo, também, oferecer meio de conhecer e interagir com outras crianças de variadas origens.

Por tais razões, é necessário analisar com cautela se o país dispõe de condição de garantir qualidade e efetividade nessa nova modalidade de ensino, já que em outros países há amparo político e fiscalização, enquanto o Brasil não dispõe de todo esse aparato.

Imperioso formular o questionamento: porque não realizar o investimento em políticas públicas que garantam a efetividade da educação, de forma isonômica, a todos os brasileiros?

Investir nas estruturas físicas das escolas, incluindo sala de aula, bibliotecas, brinquedotecas, estrutura curricular dos gestores, professores, materiais didáticos e formações continuadas, por exemplo, viabilizaria que a educação pública alcance grande parte da população por ter escolas de fácil acesso, e ainda, reforçaria sua forma de aprendizagem.

Deste modo, existem diversas vertentes para se refletir a respeito da educação domiciliar, pois ao optar por essa modalidade, as crianças podem ser privadas do contato social e da interação com os colegas, algo essencial para o desenvolvimento geral e cognitivo, gerando efeitos quando da chegada ao ensino superior, bem como ao mercado de trabalho.

Como iriam lidar com o convívio em sala de aula? Com diversas opiniões em fusão? Seriam jovens/adultos aptos para vida acadêmica?

Aliás, se mostram importantes também às reflexões acerca das modalidades de educação, e se de fato está sendo uma forma alternativa de ensino viável, diante de critérios cuidadosamente estabelecidos e com fiscalização eficiente, considerando que se trata de um primado constitucional que impõe deveres aos pais e ao Estado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Édison Prado de. A educação familiar desescolarizada como um direito da criança e do adolescente: relevância, limites e possibilidades na ampliação do direito à educação. 2014. 403 f. Tese (Doutorado – Programa de Pós Graduação em Educação. Área de concentração: Estado, Sociedade e Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://www.aned.org.br/index.php/conhecaeducacaodomiciliar/trabalhosacademicos>>. Acesso em: 01/06/2023.

ANED, ANED: Associação Nacional de Educação Domiciliar, 2019. ED no mundo. Disponível em: <<https://www.aned.org.br/conheca/ed-no-mundo>>.

BARBOSA, Elisângela Dias e CONTRERAS, Humberto Silvano H. Contreras. Homeschooling: Qual escola? Qual cidadania? A família e a escola na educação integral do aluno. In: Aspectos a considerar sobre a proposta de ensino domiciliar [livro eletrônico] / Org. Adair Sberga e Roberta Guedes ... [et al.]. - 1. ed. - Brasília, DF: Associação Nacional de Educação Católica do Brasil - ANEC, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 888.915/RS. Relator Ministro Min. Roberto Barroso. Brasília, 12 de setembro de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 05 out 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02/03/2023.

BRASIL. Lei Nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [1996]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BITTAR, Paula. CCJ aprova projeto que permite Homeschooling. Câmara dos Deputados, junho: 2021. In: <https://www.camara.leg.br/noticias/771015-ccj- aprovaprojeto-que-permite-homeschooling>. Acesso em: 02/05/2023.

CALLEGARI, Cesar. A educação domiciliar e a legislação nacional. In: <https://www.cenpec.org.br/noticias/educacao-domiciliar-homeschooling-avaliada-poredutores-oab>. Pesquisa realizada em 31 de agosto de 2021. CEB/CNE. Parecer nº 34/2000.

CASAGRANDE, C. A.; HERMANN, N. Formação e homeschooling: controvérsias. *Praxis Educativa*, v. 15, p. 1–16, 2020.

COSTA, Fabrício Veiga. Constitucionalidade e Legalidade do PL 3179.2012. *Revista de Pesquisa e Educação Jurídica. Minas Gerais*, v. 1, n. 2, p. 86-112, jul/dez 2015. TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único. 7ª ed. rev., atual. e ampl.* – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

CURY, C. R. J. A Educação Básica no Brasil. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 23, n. 80, p. 168-200, set./2002. DOI: <https://doi.org/10.1590/s0101-73302002008000010>.

CURY, C. Educação escolar e educação no lar: espaços de uma polêmica. *Educ. Soc.*, Campinas, vol. 27, n. 96 - Especial, p. 667-688, out. 2006.

CURY, Carlos R. J. Homeschooling ou educação no lar. *Educação em Revista*, Belo Horizonte, v.35, e219798, 2019. Disponível em: <http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-46982019000100302&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 02/05/2023.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9ª ed. rev., atual. e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. <https://odsbrasil.gov.br/objetivo/objetivo?n=4>

FREIRE, Paulo. Pedagogia da Autonomia: Saberes necessários à prática educativa. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido. 25ª ed. (1ª edição: 1970). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

GADOTTI, Moacir. A escola e o professor: Paulo Freire e a paixão de ensinar / 1. ed.– São Paulo: Publisher Brasil, 2007.

GADOTTI, Moacir. Qualidade na educação: uma nova abordagem -Moacir Gadotti. – São Paulo: Editora e Livraria Instituto Paulo Freire, 2010. -- (Instituto Paulo Freire ; 5/ Série Cadernos de Formação)

JÚNIOR, Antonio J. P.; CARDOSO, Nardejane M. Exercício do poder familiar e a educação da criança e adolescente: a possibilidade de opção pela educação domiciliar no Brasil. Revista de Direito de Família e Sucessão, Brasília, v. 2, e-ISSN: 2526-0227, p. 33-54, 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/862>.

LIBÂNEO, José Carlos. Organização e gestão da escola: teoria e prática. São Paulo: Heccus Editora, 2018.

MORAES, A. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, 7ª ed, São Paulo: Jurídico Atlas. Atualizada até a EC 55/07, 2007.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 32. ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2016.

PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. Privacidade no gerenciamento do poder familiar. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge (Coord.). Direito à privacidade. São Paulo: Ideias e Letras, 2005. p. 149-211.

PICOLI, Bruno A. Homeschooling e os irrenunciáveis perigos da educação: reflexões sobre as possibilidades de educação sem escola no mundo plural a partir de Arendt, Biesta e Savater. Práxis Educativa, Ponta Grossa, v. 15, e2014535, p. 1-22, 2020. Disponível em: <https://revistas.uepg.br/index.php/praxiseducativa>.

SIMPLICIO, Tayssa S. Homeschooling no Brasil. Revista de Educação e Sociedade, Naviraí, v.7, n. 15, p. 219-228, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/persdia/index>.

VIEIRA, André de Holanda Padilha. “Escola? Não, obrigado.”: Um retrato da homeschooling no Brasil. 2012. 77 f. Monografia (Bacharelado em Sociologia). Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.aned.org.br/index.php/conhecaeducacaodomiciliar/trabalhosacademicos>.

UOL. Homeschooling: entenda como funciona o projeto de lei aprovado pela Câmara. Disponível em: https://cultura.uol.com.br/minuto-cultura/noticias/2022/08/17/157_homeschooling-entenda-como-funciona-o-projeto-de-lei-aprovado-pela-camara.html. Acesso em 07/06/2023.

Organizador

Pedro Fauth Manhães Miranda

Doutorado em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Mestre em Ciências Sociais Aplicadas, pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Bacharel em Direito, pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), e em Ciência Política, pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Professor de Direito, Ciência Política, Sociologia e disciplinas afins, atualmente nas instituições Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG) e Instituto de Filosofia e Teologia Mater Ecclesiae (IFITEME). Advogado inscrito na OAB/PR.

Índice Remissivo

A

abandono 122, 123, 124, 126, 127, 128, 129, 130, 132, 133, 134, 135, 136,
administração 39, 160, 161, 202, 212, 213, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294
afeto familiar 126, 135
agressor 16, 17, 50, 51, 52, 53, 56, 57, 58, 60, 61
agricultores 215
agronegócio 215, 216, 217, 218, 225, 226, 227, 228
ambiental 189, 236, 255, 256, 262, 263, 267, 269, 274
análise 26, 32, 34, 36, 39, 40, 51, 52, 77, 79, 85, 86, 88, 90, 91, 92, 94, 96, 98, 104, 105, 106, 119, 129, 130, 132, 143, 144, 153, 160, 161, 167, 168, 187, 192, 196, 207, 215, 236, 242, 276, 277, 279, 284, 285, 286, 250, 252, 250, 252
aplicabilidade 16, 28, 38
arrendamento 163, 232, 233, 234, 235, 236, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250
autismo 122, 133
autista 121, 122, 124, 131, 132, 134

B

bagatela 28, 31, 32, 33, 38, 43, 44
bullying 309

C

cânhamo industrial 255, 256, 257, 260, 261, 264, 267, 268, 269, 270, 272
carcerária 29
CLT 107, 108, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119
conceito 14, 30, 31, 32, 38, 43, 44, 66, 83, 89, 90, 95, 96, 98, 99, 100, 101
confissão 12, 13, 14, 21, 22, 23, 24, 25
consensual 22, 287, 288, 289, 290, 294
constitucional 13
constitucionalidade 12, 13, 21
constitucionalização 22, 136, 278, 286, 288, 289, 292, 294
crimes 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 28, 31, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 42, 49, 50, 55, 59, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77

D

dados 24, 52, 57, 61, 67, 69, 71, 96, 106, 122, 124, 126, 138, 140, 145, 146, 147, 148, 150, 156, 162, 166, 167, 168, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184

dano moral 55, 57, 60, 129, 146, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 159, 160, 163, 164, 165

desburocratização 197

descaminho 27, 28, 29, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 48

desenvolvimento 31, 69, 82, 87, 90, 91, 92, 95, 97, 101, 103, 105

dignidade 32, 47, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 73, 74, 75, 76, 77

direito 13, 14, 21, 24, 26, 31, 34, 35, 39, 43, 46, 47, 48, 52, 53, 54, 62, 74, 82, 83, 84, 90, 91, 92, 94, 98, 104, 105, 106, 108, 110, 111, 112, 116, 117, 118, 120, 123, 124, 125, 127, 129, 130, 136, , 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 154, 155, 156, 158, 159, 160, 161, 162, 164, 165, 168, 169, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 179, 180, 181, 186, 187, 190, 191, 193, 194, 195, 201, 202, 205, 208, 215, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 229, 232, 234, 235, 236, 237, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 264, 268, 269, 275, 276, 277, 278, 279, 286, 288, 289, 250, 251

direito penal 34, 47, 48, 296

direito processual civil 186, 194, 195

direitos 191, 192, 194

direito trabalhista 98, 108, 112

disciplina 90, 91, 95, 105

doutrina 28, 29, 31, 33

E

ECA 306, 311

econômico 43, 94, 110, 114, 115, 118, 119, 141, 142, 143, 149, 154, 158, 159, 168, 172, 197, 198, 204, 211, 228, 242, 243, 255, 256, 262, 264, 267, 269

educação 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317

efetividade 25, 50, 52, 57, 59, 60, 61, 62, 166, 167, 168, 169, 171, 175, 179, 181, 183, 184

ensino domiciliar 303, 304, 305, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 316

erário 28, 29, 35, 38, 43, 45, 46
exportação 36, 197, 198, 200, 204, 205, 206, 207, 208,
209, 211, 213

F

falsas memórias 79, 80, 81, 82, 83, 85, 86, 87, 88
fenômeno 51, 53, 79, 80, 81, 82, 87
ferramenta 13, 24
financiamento 215, 216, 217, 218, 222, 226, 227, 228,
229
fundamentos jurídicos 107, 108, 109, 115

H

herdeiros 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 148,
149
homeschooling 304, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 315,
316, 317
homescooling 304, 311, 312
honorários periciais 108, 114, 116, 117

I

importação 36, 38, 40, 197, 200, 206, 207, 208, 209,
210, 211, 212, 213
inconstitucionalidade 23, 107, 108, 109, 115, 116, 117,
118
indenização 102, 121, 122, 123, 128, 130, 131, 132, 134,
135
infiltração policial 65, 66, 70, 72, 73, 74, 75, 77
insegurança jurídica 38, 89, 90
insignificância 27, 28, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40,
41, 42, 44, 45, 46, 47, 48
institucional 304, 309, 310
instituições 318
instrumento 17, 18, 28, 32, 33, 55, 125, 130, 140, 145,
192, 208, 215, 217, 219, 220, 224, 227, 228
instrumentos 55, 62, 103, 125, 147, 216, 218, 222, 227,
288, 289, 290, 292, 294
internet 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 74, 75, 76, 77, 91,
138, 139, 140, 142, 144, 146, 148, 149, 166, 167,

J

- judiciário* 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 58, 60, 65, 74, 75, 128, 129, 130, 135, 138
- juiz* 15, 17, 18, 21, 30, 32, 44, 45, 57, 58, 71, 83, 115, 124, 130, 132, 141, 157, 186, 187, 188, 190, 191, 192
- juízo* 18, 29, 33, 38, 39, 40, 42, 44, 46, 51, 79, 83, 84, 85, 109, 116, 131, 155, 168, 188, 189, 192, 292, 296, 297, 298, 299, 300, 301
- júri* 295, 296, 297, 298, 301, 302
- jurídica* 14, 22, 23, 30, 33, 34, 38, 39, 40, 41, 45, 55, 79, 81, 83, 87, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 104, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 116, 118, 119, 124, 125, 136, 140, 142, 143, 146, 149, 154, 163, 173, 179, 186, 187, 191, 193, 194, 201, 215, 219, 220, 223, 228, 235, 246, 247, 248, 267, 282, 296, 251
- jurídicas* 30, 40, 90, 94, 103, 106
- jurídico* 14, 22, 24, 28, 31, 32, 33, 34, 35, 39, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 54, 60, 68, 70, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 86, 88, 91, 92, 94, 95, 104, 108, 110, 111, 112, 117, 119, 123, 126, 128, 130, 138, 139, 140, 143, 144, 146, 147
- jurídicos* 14, 30, 32, 34, 35, 40, 41, 42, 44, 46, 74, 80, 91, 98, 104, 107, 108, 109, 110, 115, 125, 136, 139, 141, 143, 150, 154, 236, 255, 270
- jurisprudência* 28, 29, 33, 35, 37, 38, 41, 46, 47, 52, 86, 90, 93, 94, 95, 96, 101, 103, 104, 117, 130, 135, 153, 156, 157, 164
- jurisprudencial* 28, 29, 90, 104
- justiça* 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 24, 25, 26, 29, 30, 41, 42, 45
- justiça penal* 13, 21, 22, 25

L

- legislação* 15, 28, 30, 40, 52, 53, 65, 66, 70, 71, 73, 74, 75, 76, 93, 94, 97, 100, 101, 102, 103, 105, 108, 112, 114, 119, 125, 138, 139, 144, 146, 149, 153, 159, 161, 163, 164, 172, 182, 210, 215, 217, 223, 224, 225, 227, 228, 232, 236, 237, 240, 241, 243,

244, 246, 249, 250, 251
legislações 138, 142, 144
legislador 16, 18, 29, 30, 32, 41, 46, 102, 117, 149, 186,
191, 219, 276, 277, 278, 283, 284
legislativa 56, 90, 103
leis 21, 28, 33, 51, 55, 56, 86, 95, 108, 111, 112
LGPD 167, 168, 170, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178,
179, 180, 181, 182, 183, 184

M

mecanismos 26, 51, 52, 55, 60, 69, 83, 88, 178, 182,
198, 255
memória 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87
metodologia 50, 52, 109, 139, 232, 255, 289, 296
mulher 16, 17, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61,
62, 63

N

negociação 13, 14, 15, 21, 22, 24

O

OAB 318
ônus 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194,
195
ordenamento jurídico 24, 28, 32, 68, 70, 79, 91, 94, 104,
108, 112, 117, 123, 128, 140, 147, 167, 196, 206,
214, 215, 228, 288, 289, 291, 296, 298, 301
origem 38, 69, 79, 81, 94, 111, 125, 154, 186, 209, 255,
260, 276, 279

P

paterno 121, 122, 123, 132, 134, 135
patrimônio 31, 34, 38, 39, 137, 138, 141, 142, 143, 144,
148, 149, 150
penal 296, 300, 302
penitenciário 19, 28
porto seco 197, 199, 200, 205, 207, 209, 211, 213
prejuízo 28, 29, 34, 38, 41, 43, 45, 47

previdenciários 152, 153, 158, 159, 160, 161, 162
previdência social 153, 158, 159, 160, 163
princípios 14, 24, 28, 29, 30, 32, 39, 44, 46
princípios constitucionais 24, 186, 193, 296, 302
privacidade 109, 139, 148, 149, 151, 166, 167, 168, 169, 171, 172, 174, 175, 179, 181
processo 13, 14, 15, 16, 17, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 34, 42, 43, 51, 55, 65, 71, 73, 76, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 91, 108, 109, 110, 111, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 123, 126, 133, 134, 135, 141, 142, 153, 160, 161, 178, 179, 180, 181, 186, 187, 188, 190, 191, 193, 194, 195, 199, 210, 211, 216, 224, 226, 230, 247, 250, 259, 264, 266, 268, 269, 270, 272, 274, 284, 296, 300, 301, 251
processo penal 16, 21, 22, 23, 25, 79, 80, 83, 84, 85, 86, 87, 88
processos 13, 17, 19, 24, 26
processos penais 79, 86
propriedade 59, 141, 147, 148, 155, 202, 232, 235, 236, 237, 241, 242, 243, 247, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286
proteção 25, 34, 39, 46, 50, 51, 52, 53, 55, 57, 58, 59, 61, 85, 95, 100, 102, 105, 106, 112, 113, 117, 118, 122, 123, 125, 126, 127, 128, 135, 143, 147, 149, 158, 159, 160, 166, 167, 169, 172, 175, 176, 178, 179, 180, 183, 184
prova penal 78, 79, 83
provas 186, 189, 194
psicológica 123, 132, 134

R

rural 276, 277, 280

S

sociais 29
sociedade 215
solução 13, 14, 16, 18, 24
STF 309, 311, 312, 313
subordinação trabalhista 89, 90, 99

T

tecnológico 65

testemunho 79, 82, 83, 84, 85, 86, 87

trabalhista 107, 108, 112, 113, 114, 116, 117, 118

tribunal 84, 88, 136, 148, 296, 297, 301

U

urgência 49, 50, 51, 52, 56, 57, 59, 61, 62

V

vida 138, 139, 140, 141, 143, 146, 148, 151

violência 15, 16, 17, 20, 34, 35, 44, 47, 50, 51, 52, 53,
54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63

vítima 50, 60

