

Euzébio Pereira de Andrade Neto
Horácio Lopes Mousinho Neiva
Rose Maysa Viana da Cunha
Kézia Zelinda Nery Almeida

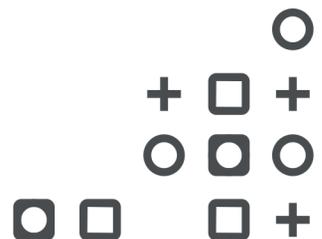
Direito, Negócios e Tecnologia

Anais do III Congresso do ICEV
Instituto de Ensino Superior



vortex
EDITORA

icev
Instituto de Ensino Superior



| | |
|------------------------|--|
| Diretoria Presidencial | Rayana Raquel Madeira Campos Almeida Agrelio |
| Diretoria Acadêmica | Gabriel Rocha Furtado |
| Organização | Alana Gomes de Medeiros, Euzébio Pereira de Andrade Neto, Horácio Lopes Mousinho Neiva, Rose Maysa Viana da Cunha, Kézia Zelinda Nery Almeida |
| Coordenações | Curso de Direito: Horácio Lopes Mousinho Neiva Curso de Administração: Sílvia Piva Rosal de Moraes Curso de Engenharia de Software: Dimmy Karson Soares Magalhães |
| Autoria | Thays Santos Alvarenga; Carlos Marcio Gomes Avelino; Ana Luiza do Amaral Simões Carvalho; Idelcelina Barros Ximenes; Bárbara Liana Mendes Medeiros Oliveira; Antônio Claudio Portella; Bernard Anderson Queiroz Mendes Feitosa; Leandro Cardoso Lages; Hilda Beatriz Diniz Donato Gonçalves; Jarbas Gomes Machado Avelino; João Fernando dos Santos Soares; Maderson Amorim Dantas da Silva; Maria Clara Amorim Sampaio Barros; Maria Madeira Martins Conde Medeiros; Paula Nelly Teixeira Rocha; Alana Gomes de Medeiros; Raissa Rodrigues Carvalho; Fernando Eulálio Nunes; Thayná de Melo Silva; Vitória Pessoa Costa; Yuri Furtado Guimarães |
| Coordenação Editorial | Lara Karina Araújo Mendes Borges |
| Diagramação | Luciano Aires Granja |
| Capa | Gustavo Mascarenhas Alves do Bonfim |
| Projeto gráfico | Felipe Alves de Lima |

FICHA CATALOGRÁFICA

S676a Congresso do Instituto de Ensino Superior - Icev (3.: Teresina-PI)

Anais do III Congresso do Instituto de Ensino Superior Icev, Teresina, PI, 6 a 8 de março de 2024 [Recurso eletrônico]: direito, negócios e tecnologia. / Organizado por Euzébio P. de Andrade Neto, Horácio Lopes Mousinho Neiva; Rose M. V. da Cunha, Kézia Zelinda Nery Almeida. - Teresina, Ed. Vortex, 2025.

ISBN 978-65-5259-186-9

1. Direito. 2. Tecnologia.
3. Negócios. I. Direito, Negócios e Tecnologia.

CDD: 340

Artigos

| | |
|---|-----|
| A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS COMO SUJEITO ASSECURATÓRIO DA IMPARCIALIDADE NO CURSO DO PROCESSO PENAL | 5 |
| VEDAÇÃO A ESCOLHA DO REGIME DE BENS AOS MAIORES DE 70 ANOS: DA BUSCA PELA IGUALDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO DA PESSOA IDOSA | 18 |
| A REFORMA TRIBUTÁRIA SOBRE O ASPECTO DA TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO NO BRASIL | 29 |
| A APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR SOBRE O SISTEMA DAS <i>LOOT BOXES</i> E MICROTRANSAÇÕES NOS JOGOS DIGITAIS | 39 |
| ALGORITMOS DISCRIMINATÓRIOS: UMA ANÁLISE DA DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA E OS DIREITOS GARANTIDOS PELA LGPD | 51 |
| DESCRIMINALIZAÇÃO E LEGALIZAÇÃO DA MACONHA NO BRASIL: UMA REFLEXÃO SOBRE A GUERRA ÀS DROGAS | 64 |
| A INEFICÁCIA DA POLÍTICA CRIMINAL DE GUERRA ÀS DROGAS NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOB O VIÉS DA NECROPOLÍTICA E DO RACISMO ESTRUTURAL | 78 |
| DIREITO DE IMAGEM INFANTIL NAS REDES SOCIAIS: INSTAGRAM E TIKTOK | 89 |
| SANÇÃO POLÍTICA COMO MEIO COERCITIVO PARA COBRANÇA DE TRIBUTOS: EXISTEM LIMITES NA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA? | 103 |
| O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA (IDC): UMA ANÁLISE DO INSTITUTO NOS CASOS DO IDC 2 E 5 SOB O VIÉS DO PACTO FEDERATIVO E DA INEFICIÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ESTADUAIS | 116 |
| O PAPEL DA FAMÍLIA NA RESSOCIALIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL | 133 |
| O PAPEL DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NA GARANTIA DE DIREITO À PROPRIEDADE COLETIVA DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS DE ALCÂNTARA-MA | 144 |



A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS COMO SUJEITO ASSECURATÓRIO DA IMPARCIALIDADE NO CURSO DO PROCESSO PENAL

Thays Santos Alvarenga¹
Carlos Marcio Gomes Avelino²

Resumo: O presente artigo demonstra como a figura do juiz das garantias, instituto introduzido no Código de Processo Penal por meio da Lei n° 13.964/2019, representa um condutor assecuratório e imprescindível para a imparcialidade do juiz no curso do processo penal. Este estudo explora como a construção cognitiva do julgador é peça fundamental para a persecução penal e, principalmente, para a garantia de direitos fundamentais do indivíduo, refletindo em decisões mais acertadas e livres de vícios ou julgamentos subjetivos. Analisam-se, ainda, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade que suspenderam a eficácia do instituto no ordenamento jurídico brasileiro e suas fundamentações legais, bem como os reflexos da decisão no cenário jurídico atual. Ademais, este trabalho acadêmico traz um estudo de direito comparado em consonância com as legislações vigentes em países da América Latina e da Europa que adotam o juiz das garantias, relacionando-as ao âmbito nacional. Para tanto, a construção e desenvolvimento do artigo é realizada por revisão bibliográfica crítica, utilizando-se das fontes formais de pesquisa na legislação brasileira e internacional, obras jurídicas, trabalhos acadêmicos e as decisões do Supremo Tribunal Federal, valendo-se do método dedutivo.

Palavras-chave: Juiz das garantias. Garantia da imparcialidade. Persecução penal. Sistemas processuais penais. Sistema acusatório.

Abstract: This article demonstrates how the figure of the judge of guarantees, an institute introduced in the Code of Criminal Procedure through Law n° 13.964/2019, represents a safe and essential driver for the impartiality of the judge in the preliminary phase of the criminal process. This study explores how the cognitive construction of the judge is a fundamental piece for the criminal prosecution and, mainly, for the guarantee of fundamental rights of the individual, reflecting in more correct decisions and free of vices or subjective judgments. The Direct Actions of Unconstitutionality, which suspended the effectiveness of the institute in the Brazilian legal system and its legal grounds, as well as the consequences of the decision in the current legal scenario, are also analyzed. In addition, this academic work brings a study of comparative law in line with the legislation in force in countries in Latin America and Europe that are adept at the institute of the judge of guarantees, related to the national scope. Therefore, the construction and development of the article is carried out by critical bibliographic review, using formal sources of research in Brazilian and international legislation, legal works, academic works and the decisions of the Federal Supreme Court, using the deductive method.

Keywords: Judge of guarantees. Guarantee of impartiality. Criminal prosecution. Criminal procedural systems. accusatory system.

1. Graduanda em Direito pelo ICE- Instituto de Ensino Superior. E-mail: thays.alvarenga@somosicev.com

2. Graduado em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina (2001). Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal do Piauí (2004). Mestrando em Direito, Democracia e Mudanças Institucionais pela Universidade Federal do Piauí (2022). Professor do curso de direito da Faculdade ICEV (2019).

1. INTRODUÇÃO

Considerando o fato que o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro é uma obra datada do ano de 1940, há muito se defende a inevitabilidade da criação de um novo CPP concordante à Constituição Federal de 1988. A alegação a que se faz referência é facilmente compreendida, uma vez que o referido Código exprime em seu texto inúmeros dispositivos que vão de encontro à matriz acusatória constitucional.

Diante das necessidades e transformações sociais ocasionadas pelo decurso do tempo, se tornou necessária a inserção de novos institutos e alterações normativas à lei processual penal. Nesse cenário, somente no ano de 2009, 68 anos após sua publicação, foi apresentada uma proposta de reforma ao Código que culminou no PLS n° 156/2009.

O projeto de reforma não foi integralmente admitido, embora a discussão sobre a introdução da figura do Juiz das Garantias tenha sido aprovada pelo Senado Federal e encaminhada para a Câmara dos Deputados (PL n° 8045/2010). Tão somente no ano de 2019, com o advento da Lei n° 13.964, conhecida como Pacote Anti crime, houve a positivação do instituto do Juiz das Garantias.

A novidade desencadeou grandes discussões acerca do tema no cenário jurídico brasileiro, incluindo o debate sobre a figura do juiz como sujeito fundamental para a garantia de direitos do investigado na fase de investigação criminal, resguardando o controle da legalidade e, posteriormente, como guardião da imparcialidade na fase processual.

O instituto que há décadas já é consagrado em diversos países, como Portugal, Paraguai, Uruguai, Itália, Chile e outros, ainda que com outra nomenclatura, foi introduzido em nosso ordenamento, mas logo teve sua eficácia suspensa, sine die, com a concessão de Liminar na Medida Cautelar nas ADIs n° 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Ministro Luiz Fux.

Sob essa ótica, a implementação do instituto foi uma conquista imensurável para a democracia nacional, já que reforçou a função do poder judiciário como protetor de direitos fundamentais, preservando a integridade do sistema judicial na condução do processo.

Nesse sentido, a premissa básica do tema é a compreensão do Juiz das Garantias como um instituto que está em perfeita consonância ao sistema acusatório adotado no Brasil e em total compatibilidade com a Constituição Federal. Assim, se torna indubitável a relevância dessa figura para a garantia de direitos do acusado no desenrolar da persecução penal, bem como para a promoção da imparcialidade e o equilíbrio nas decisões judiciais. Tal entendimento é vislumbrado partindo da característica principal do sistema acusatório: a separação de funções.

A divisão de funções processuais entre os sujeitos jurisdicionais, juiz das garantias e juiz da instrução, desempenhando suas atribuições em fases distintas, concretiza a ideia do devido processo legal e da imparcialidade, já que evita que o juiz julgador tenha contato prévio com elementos de informação desenvolvidos na investigação que possam contaminar sua imparcialidade.

Em face ao exposto, propõe-se como objetivo do presente estudo demonstrar a imprescindibilidade da figura do Juiz das Garantias no cenário jurídico brasileiro como sendo este um sujeito assecuratório da imparcialidade nas decisões judiciais.

O trabalho trata-se de uma revisão bibliográfica, com método dedutivo, realizada por meio de buscas em bases de dados formais de pesquisa da legislação brasileira e internacional, obras jurídicas e decisões do Supremo Tribunal Federal.

2. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

2.1 O surgimento dos sistemas processuais penais

A estrutura do processo penal tem se apresentado bastante mutável ao longo dos séculos e a evolução dos sistemas processuais penais, sofrido a influência de inúmeros fatores, tais como, as organizações sociais, políticas, culturais, bem como as ideologias punitivas ou libertárias predominantes de cada país, que funcionavam como parâmetro dos elementos democráticos ou autoritários de cada Constituição.

Em linhas gerais, a origem dos sistemas processuais penais surgiu com a necessidade de resolver os conflitos da sociedade e punir comportamentos considerados reprováveis. Os primeiros sistemas processuais se basearam na lei do talião, em que a punição era equivalente ao dano causado pelo crime, sendo muitas vezes brutais e injustos.

Ao longo do tempo, os sistemas processuais evoluíram e implementaram procedimentos mais justos e equitativos, como o direito à defesa, a presunção de inocência e a imparcialidade dos juízes. Esses avanços foram impulsionados pelo surgimento de movimentos políticos, filosóficos e sociais, como o Iluminismo e a Revolução Francesa que enfatizavam a importância da justiça e dos direitos humanos.

2.2 Sistema processual penal inquisitório

Historicamente, o sistema inquisitório surgiu durante a Idade Média em um contexto em que a Igreja Católica detinha uma influência política e religiosa bastante expressiva. Nessa seara, o objetivo desse sistema estava atrelado ao poder da igreja em identificar e punir aqueles que se apresentavam contrariamente aos ensinamentos da doutrina católica.

Aquela época, o sistema inquisitório se efetivou com a criação do Tribunal de Santa Inquisição³, o qual era responsável por investigar as heresias. Em consonância com as premissas inquisitoriais, era comum que as investigações fossem conduzidas pelo inquisidor, um representante da Igreja e suas punições incluíam penas como a prisão perpétua, a utilização da tortura com vistas a obtenção de confissões dos acusados e até a pena de morte.

O sistema inquisitório foi marcado pela figura do inquisidor que possuía ampla autonomia para conduzir a investigação e a instrução do processo. Com efeito, havia a aglutinação de funções nas mãos do juiz, senhor soberano, que inviabilizava uma estrutura dialética e tampouco contraditória ao processo.

Por sua vez, a ideia central do sistema pregava a ausência da separação das funções de acusar e julgar, resguardava a livre iniciativa probatória nas mãos do juiz (ativismo judicial), proporcionado a atuação jurisdicional sem prévia provocação e, principalmente, a inexistência do contraditório pleno, que era reflexo da desigualdade de armas e oportunidades.

Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Lima Freire afirma em sua obra “O Processo Penal Medieval - O Inquérito e as Provas na Europa Ocidental (séculos XIII a XV)”:

“No sistema inquisitório, a aglutinação de funções na figura do juiz e o caráter secreto do inquérito criam um ambiente propício para a arbitrariedade e a opressão. O juiz acumula as funções de investigar, acusar, julgar e condenar, sem que haja uma separação clara entre essas etapas do processo. Isso permite que o juiz, movido por preconceitos, interesses pessoais ou pressão política, atue como promotor e juiz ao mesmo tempo, violando a presunção de inocência e outras garantias fundamentais do acusado.”

O sistema inquisitório predominou até o final do século XVIII e início do século XIX, mas logo foi descreditado e criticado em razão de sua falta transparência e desequilíbrio nas decisões judiciais, considerando que uma mesma pessoa não deveria exercer funções amplamente antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar. Como observa Cesare Bonesana, em seu livro “Dos delitos e das Penas”:

O sistema inquisitório é incompatível com os direitos do homem, pois estes exigem que todos os acusados tenham a oportunidade de ser ouvidos e que todas as provas sejam apresentadas diante de um juiz imparcial. No processo inquisitório, o juiz atua como acusador e juiz ao mesmo tempo, o que pode levar à injustiça e à tirania. (BONESANA, 2017, p.76)

De fato, não restam dúvidas de que o sistema inquisitório é totalmente incompatível com um Estado Democrático de Direito, já que contraria toda e qualquer ideia de garantia fundamental do acusado e permite que o Estado atue de forma opressiva, arbitrária, injusta e desequilibrada.

Com efeito, a ideia basilar do sistema acusatório é a separação das atividades de acusar e julgar, concretizando o *actum trium personarum*⁴, na medida em que o juiz não é mais o responsável pela acu-

3. Tribunal de Santa Inquisição também conhecido como Tribunal do Santo Ofício ou ainda, a Inquisição, foi um grupo de instituições dentro do sistema jurídico da Igreja Católica Romana cujo objetivo era combater a heresia, blasfêmia, bruxaria e costumes considerados desviantes.

4. *Actum trium personarum* é o termo em latim que define o processo como um ato de três pessoas: autor que pede, réu que se defende e juiz

sação, logo, a iniciativa e a gestão probatória passam a ser de competência das partes (em decorrência lógica da distinção de atividades).

Além disso, a nova figura do julgador demanda que este se mantenha como um terceiro imparcial alheio ao labor de investigação, sendo sua responsabilidade proporcionar tratamento igualitário às partes, garantir a publicidade do procedimento, assegurando o contraditório e a defesa.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr assevera em sua obra “Direito Processual Penal” que:

O sistema acusatório é, em síntese, a garantia fundamental da justiça penal. [...] No Brasil, o sistema acusatório é consagrado constitucionalmente, de forma que o juiz é um terceiro imparcial que não pode interferir na dinâmica processual, ou seja, não pode buscar provas, não pode formular hipóteses e não pode atuar como investigador. (LOPES, JR. 2021. p.39)

Contudo, convém se destacar que a grande crítica a esse sistema está na inércia do juiz, pois tal posicionamento significa maior responsabilidade das partes, e não há nada de errado que seja assim. Assim, como é dever do julgador assumir postura passiva na investigação e produção de provas, a imparcialidade estará resguardada.

Nessa mesma linha de raciocínio, é a separação de funções que proporciona a imparcialidade, mas não apenas isso. Aury Lopes Jr. leciona que:

“Não se pode desconsiderar a complexa fenomenologia do processo, de modo que a separação de funções impõe, como decorrência lógica, que a gestão/iniciativa probatória seja atribuída às partes (e não ao juiz, por elementar, pois isso romperia com a separação de funções). Mais do que isso, somente com essa separação de papéis, mantém-se o juiz afastado da arena das partes e, portanto, é a clara delimitação das esferas de atuação que cria as condições de possibilidade para termos um juiz imparcial.”

Portanto, a consolidação da imparcialidade está diretamente atrelada à efetividade da separação de funções, uma vez que o juiz das garantias atuará quando provocado (em observância ao *ex procedat iudex ex officio*⁵), o Ministério Público e a polícia desempenharão o papel de acusação e investigação, respectivamente, e o juiz do processo seguirá com a fase instrutória e posterior julgamento.

3. O PAPEL DO JUIZ DAS GARANTIAS NO PROCESSO PENAL

Como mencionado anteriormente, a criação do instituto do juiz das garantias surge da ideia central de designar juízes distintos para atuar em duas etapas do processo: a fase de investigação e a fase de julgamento. Contexto em que, enquanto o juiz atuante da fase de investigação figurará até o recebimento da denúncia ou queixa, ou seja, na fase pré processual, o juiz do processo ficará adstrito ao acompanhamento da instrução e julgamento.

Nesse contexto, o surgimento do juiz das garantias advém de críticas e questionamentos formulados acerca da parcialidade do magistrado que, inconscientemente, é acometido de pré-julgamentos, considerando que preside os atos da investigação e posteriormente julga o caso concreto.

Face a isso, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) possui entendimento quanto à incompatibilidade de atuação simultânea de um juiz atrelado à investigação na fase pré-processual, desempenhar funções de julgador na fase processual. Em observância a casos emblemáticos como *Piersack* (1982) e *De Cubber* (1984), a discussão acerca dessa incompatibilidade remonta uma clara violação do direito ao juiz imparcial que está previsto no artigo 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais de 1950⁶.

que julga. (COUTINHO. 2021)

5. O princípio *ex procedat iudex ex officio* preceitua a regra da inércia jurisdicional ou, ainda, o também chamado princípio da demanda.

6. O artigo 6º.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos dispõe sobre o Direito a um processo equitativo nos seguintes termos: 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da

Sob essa perspectiva, se presume que o contato do magistrado com situações desencadeadas na fase investigativa e na coleta preliminar de elementos de informação, são obstáculos que prejudicam o acusado e acabam por favorecer a acusação, uma vez que o juiz se reveste de parcialidade, pois tem sua construção cognitiva “contaminada” pelos fatores apurados preliminarmente.

Ademais, o conceito de juiz das garantias pode ser definido como o sujeito do processo ao qual se atribui o controle de legalidade na fase pré processual, sendo responsável por resguardar os direitos e garantias fundamentais do acusado, não cabendo atuação posterior na fase de julgamento. Nesta conjectura, Renato Brasileiro de Lima define:

O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário. Consiste, pois, na outorga exclusiva, a um determinado órgão jurisdicional, de competência para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase investigatória da persecução penal, o qual ficará, na sequência, impedido de funcionar no processo judicial desse mesmo caso penal. (BRASILEIRO, 2020. p.103)

Desse modo, tal definição reafirma a relevância do instituto para o ordenamento jurídico atual, considerando que sua implementação é necessária e justificada devido à necessidade de preservação de direitos fundamentais extraídos da Constituição Federal.

3.1 A inserção do juiz das garantias no Brasil com o advento da Lei nº 13.964/2019

Com o advento da Lei nº 13.964, de 2019, denominada pela comunidade jurídica como “Pacote Anti Crime”, algumas alterações legislativas foram introduzidas ao sistema de justiça criminal. Essa lei incorporou o Instituto do Juiz das Garantias na legislação brasileira, proporcionando uma conquista processual inquestionável, embora sua materialização encontre resistência devido à herança inquisitorial do processo.

Os artigos 3º, 3º-A ao 3º-F, incluídos no Código de Processo Penal brasileiro, introduzem o instituto discorrendo sobre suas atribuições e limitações dentro da fase preliminar. Assim sendo, a introdução dos artigos supracitados ratifica e impulsiona a estrutura acusatória amparada na CF/88.

Nesse viés, o legislador estabelece uma lista não exaustiva das competências atribuídas ao juiz das garantias no Art. 3º-B do CPP⁷, reforça a divisão de papéis entre o magistrado que verifica a imparcialidade e aquele que efetivamente julgará o caso, estabelecendo ainda que as decisões tomadas pelos juízes das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento.

Como exemplo das atribuições do juiz das garantias, o artigo dispõe que: o magistrado será encarregado de promover o controle de legalidade da prisão em flagrante e realizar audiência de custódia dentro de 24 horas; decidirá sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, podendo prorrogá-las, substituí-las ou revogá-las; decidirá sobre requerimentos de interceptação telefônica, afastamento de sigilos bancários e de dados; julgará habeas corpus impetrado antes do oferecimento de denúncia, dentre outras medidas que envolvam sua atuação.

Por se tratar de um rol meramente ilustrativo, a delimitação da competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, com exceção das de menor potencial ofensivo, que serão de competência do Juizado Especial Criminal (JECRIM), obedecendo os preceitos da Lei nº 9.099/95.

Consoante expõe Guilherme de Souza Nucci, o juiz das garantias:

O juiz das garantias, portanto, tem como atribuição precípua a fiscalização do inquérito, a garantia dos direitos fundamentais, o controle das investigações, assegurando a

segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

7. Art. 3º-B do CPP: “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: receber a comunicação imediata da prisão(...); receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão(...); zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal ...”

lisura e a imparcialidade do procedimento, a tutela da prova e a proteção dos envolvidos, de forma a contribuir para a formação de uma decisão judicial justa e equilibrada. (NUCCI, 2020.)

Nessa mesma linha de raciocínio, outra característica ímpar salvaguardada pelo Instituto é, via de regra, a indisponibilidade dos elementos de informação colhidos na fase de investigação ao juiz da instrução, uma vez que os elementos serão acautelados em secretaria específica, impedindo a contaminação cognitiva do magistrado.

3.2 Da suspensão precoce do instituto

Após a entrada em vigor do instituto, quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) foram ajuizadas em face de dispositivos da Lei nº 13.964/19, quanto à instituição do instituto “Juiz das Garantias”. As ADIs nº 6.298, nº 6.299, nº 6.300 e nº 6.305, propostas, respectivamente, pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE); pelos Partidos Políticos PODEMOS e CIDADANIA; pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL); e pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), impugnaram o teor de normas estabelecidas aos arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F, art. 20 e o § 5º do art. 157 do CPP.

Tais impugnações ocorridas nas respectivas ADIs almejavam a demonstração da existência de inconstitucionalidades materiais e formais nos dispositivos supramencionados. Dentre os argumentos utilizados para fundamentação estavam: inviabilidade operacional; violação ao princípio do juiz natural; vícios formais decorrentes de inobservância do processo legislativo adequado; dentre outros.

Forte nesses argumentos, em sede de liminar exarada nos autos da ADI 6.298 MC/DF, o Ministro Dias Toffoli, presidente do Supremo Tribunal Federal a época da decisão, em 15 de janeiro de 2020, concedeu as medidas cautelares requeridas nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300, suspendendo a eficácia dos dispositivos que tratavam do instituto por tempo indeterminado.

Em análise ao inteiro teor da decisão, Toffoli assentiu parcialmente a medida cautelar pleiteada, para:

“(i) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-D, parágrafo único, e 157, § 5o, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei no 13.964/19; (ii) suspender-se a eficácia dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, caput, 3º-E e 3º-F do CPP, inseridos pela Lei no 13.964/2019, até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da publicação desta decisão; (iii) conferir-se interpretação conforme às normas relativas ao juiz das garantias (arts. 3º-B a 3º-F do CPP), para esclarecer que não se aplicam às seguintes situações: (a) processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei no 8.038/1990; (b) processos de competência do Tribunal do Júri; (c) casos de violência doméstica e familiar contra a mulher; e (d) processos criminais de competência da Justiça Eleitoral; (iv) fixarem-se as seguintes regras de transição: (a) no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente. O fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento; (b) quanto às investigações que estiverem em curso no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação tornar-se-á o juiz das garantias do caso específico. Nessa hipótese, cessada a competência do juiz das garantias, com o recebimento da denúncia ou queixa, o processo será enviado ao juiz competente para a instrução e o julgamento da causa.”

Posteriormente, em 22 de janeiro de 2020, o Ministro Luiz Fux reavaliou a decisão prolatada acerca das medidas cautelares das quatro ADIs e proferiu nova decisão que está em vigor até o presente momento, nos seguintes termos:

“(a) Revogo a decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (a1) da implantação do juiz das garan-

tias e seus conseqüentários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal); e (a2) da alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (157, §5., do Código de Processo Penal); (b) Concedo a medida cautelar requerida nos autos da ADI 6305, e suspendo sine die a eficácia, ad referendum do Plenário, (b1) da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, caput, Código de Processo Penal); (b2) Da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (Artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal); Nos termos do artigo 10, §2º, da Lei n. 9868/95, a concessão desta medida cautelar não interfere nem suspende os inquéritos e os processos em curso na presente data.”

No que se refere à suspensão do instituto, faz-se necessária a análise pormenorizada de alguns apontamentos. Inicialmente, os autores que pleiteavam a medida aludem que o instituto do Juiz das Garantias promoveria uma reestruturação em todo o sistema judiciário criminal, desencadeando a necessidade de divisão e reorganização dos serviços judiciários do país.

Em consonância ao exposto, uma das principais alegações do Ministro Luiz Fux remonta que essa suposta “necessidade de reorganização do sistema de justiça criminal” desencadearia um abalo financeiro ao Estado, uma vez que a criação do instituto não está prevista nas leis orçamentárias da União, tampouco dos Estados e ainda, viola o Novo Regime Fiscal da União incorporado pela Emenda Constitucional nº 95/2016.

Ademais, outro argumento amplamente apontado pelos críticos do instituto diz respeito à inexecutabilidade da sua implementação devido à quantidade de comarcas ao longo do país que dispõem de único juiz atuante. No entanto, o referido argumento é raso e não se sustenta, embora muitos insistam em sua perpetuação vislumbrando a imutabilidade das bases inquisitórias presentes em nosso ordenamento jurídico.

Em contrapartida, aponta-se uma suposta violação ao princípio do juiz natural caracterizado pelo direito do indivíduo de ser julgado por um juiz competente e que tenha sido determinado por regras previamente impostas. O referido princípio encontra aparato constitucional mesmo que de modo implícito no Art. 5º, incisos XXXVII e LIII da Constituição Federal, que dispõe que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, respectivamente. O fato é que tal alegação está em dissonância com as premissas estabelecidas pelo Juiz das Garantias.

3.3 Da inconsistência dos argumentos que justificaram a suspensão do instituto

No tocante às fragilidades dos argumentos expostos no tópico anterior, é imprescindível apontar que, segundo esclarecimentos do Min. Dias Toffoli em sede de decisão prolatada na medida cautelar na ADI nº 6.298/DF em 15/01/2020, “... em 81% das unidades judiciárias, se registrou a atuação, no decorrer de 2018, de dois ou mais juízes. Além disso, o relatório também demonstrou que essas comarcas de juízo único recebem 10% dos processos criminais e 13% dos procedimentos investigatórios de todo o país.” (ADI n. 6.298/DF)

Desse modo, nos casos em que há, minimamente, dois juízes por comarca, se faz uma distribuição cruzada para atuação dos magistrados, sanando o problema. Ainda se considerarmos as comarcas com apenas um único juiz, o mesmo sistema poderá ser utilizado com o auxílio das ferramentas digitais que foram incorporadas pela virtualização dos processos (e inquéritos). Esse novo paradigma já é uma realidade do Poder Judiciário e trouxe consigo uma integração de sujeitos independente do local onde estão, e não poderia ser diferente para efetivar o sistema de duplicidade jurisdicional.

Nesse cenário, mesmo nas comarcas com unicidade de juízo, outro fator resolutivo seria a exploração das chamadas “comarcas contíguas”. Tais comarcas são aquelas cuja área na qual está situada é geograficamente próxima, ou até mesmo fronteira, com fácil comunicação entre comarcas mais desenvolvidas e com um maior número de juízes. Sob essa premissa, a comunicação com as comarcas menores e o sistema de distribuição cruzada também poderia ser aplicável de modo a facilitar a inserção do juiz das garantias, inclusive com atuação online.

Se observarmos os dados apontados, é perceptível que o Poder Judiciário possui aparato suficiente para tornar palpável e factível a implementação do instituto, pois não é necessária uma reestruturação integral ao sistema, e sim uma divisão funcional de algo que já existe. A questão, portanto, não demandará novo órgão, sequer nova competência, e tampouco exigirá abertura desenfreada de novos cursos que, embora necessários, estão negligenciados.

A discussão até aqui levada a termo sugere uma maior visibilidade crítica relativa ao que foi explanado. Visando aprofundar a reflexão sobre a importância do Instituto Juiz das Garantias no Brasil, necessário se faz estabelecer comparações e abordar um pouco mais sobre a aplicação do referido Instituto na seara jurídica em países da América Latina e Europa.

4. JUIZ DAS GARANTIAS: UMA PERSPECTIVA COMPARADA EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

A percepção acerca da necessidade de uma figura jurisdicional atuante em fases distintas de investigação e julgamento não é oriunda de invencionismo nacional e tampouco se trata de uma discussão recente. Em diversos ordenamentos jurídicos há a presença de figuras similares ao juiz das garantias, o que reflete uma tendência a ser seguida no Brasil em virtude das experiências positivas no cenário internacional.

Nesse viés, os estudos jurídicos comparados não podem ser vistos apenas com objetivo de uniformizar entendimentos extraídos de ordenamentos jurídicos alheios, mas devem gerar reflexões críticas e valer-se de experiências diversas, almejando soluções jurídicas aplicáveis ao Direito e ao cenário nacional.

Antes de adentrar nas particularidades de cada ordenamento jurídico, faz-se necessário ressaltar que a atuação e os desdobramentos do instituto do juiz das garantias são variáveis conforme as especificidades de cada nação incidente, mas que, de modo geral, convergem ao mesmo ponto: garantir o controle de legalidade, resguardar os direitos fundamentais dos envolvidos e assegurar um julgamento livre de parcialidade.

Nesse intento, a escolha dos ordenamentos jurídicos apontados neste trabalho, é justificada em razão de seus contextos históricos e processuais que se assemelham ao Brasil. No que se refere à América Latina, Chile e Paraguai são dois países que vieram de uma herança ditatorial e autoritária, mas que construíram novos parâmetros legislativos que demonstram ruptura a esses regimes.

Por outro lado, no cenário europeu a delimitação do ordenamento jurídico português foi oportuna em razão da correlação histórica entre os dois territórios e suas similaridades. Não obstante, Portugal foi o primeiro país a implementar efetivamente o Juiz das Garantias, apesar do modelo ser originário da Alemanha na década de 70.

4.1 O *juez de garantía* no sistema chileno

A exemplo de outros países latinoamericanos, como Brasil e Paraguai, o Chile enfrentou um regime totalitário e ditatorial ao longo de quase 20 anos de história. Esse cenário perdurou até o final da década de 90, quando houve um declínio do governo.

Nesse contexto, o país vivenciou mudanças importantes, passando por uma reforma constitucional que deu origem à implementação de garantias constitucionais e mais democráticas. Anteriormente à reforma processual do país, o sistema penal adotado era marcado por parâmetros inquisitoriais, visto que havia uma clara concentração de funções nas mãos de um único juiz, o chamado *Juez del Crimen*.

A figura jurisdicional aludida faz referência a um juiz de instrução, incumbido de toda a investigação, acusação e sentença, pois julgava acerca da inocência ou culpabilidade do acusado, impondo-lhe uma pena. Nessa premissa, não há o que se falar em separação de funções e nem sequer imparcialidade do magistrado.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Penal Chileno no ano 2000, desenvolvido sob a influência do Código Penal Modelo para Iberoamérica⁸, houve a introdução da figura do *Juez de Garantía*,

8. O Código Processual Penal Modelo para Iberoamérica subsidiou inúmeras reformas penais em países da América Latina, que buscavam

além de outras inovações que trouxeram consigo garantias processuais até então nunca conhecidas na legislação chilena, como: a criação do Ministério Público, *Tribunales de Juicio Oral en lo Penal*, *Juzgados de Garantía*, fases de persecução penal delimitadas, a introdução de premissas acusatórias e um processo dividido em etapas de *Investigación*, *Intermedia* e *Juicio Oral*.

Nessa nova estruturação, o *Juez de Garantía* passou a atuar exclusivamente nas fases de *investigación e intermedia*, desempenhando uma posição passiva no processo. Nesse contexto, sua atuação se tornou condicionada à provocação, isto é, não há iniciativa processual própria e sua atuação é notadamente realizada em audiências orais e públicas quando diligências processuais forem requeridas a ele.

Já na terceira e última fase procedimental, não há participação do *Juez de Garantía*. À vista disso, a competência é atribuída aos *Tribunales de Juicio Oral en lo Penal* que serão responsáveis por proferir uma sentença também em sede de audiências públicas e orais. Ressalta-se que a composição dos *Tribunales de Juicio* é formada por três juízes que não estiveram envolvidos nas fases anteriores, a fim de resguardar a imparcialidade nos julgamentos.

Percebe-se que a nova estrutura processual chilena retirou das mãos do juiz o dever de investigação (controle de atividade de *fiscalía*), agora atribuído ao Ministério Público em consonância com a polícia, restando ao magistrado a competência para resolver incidentes processuais corriqueiros, cabendo-lhe presidir audiências e, essencialmente, desenvolver sua função precípua: julgar.

Quando comparado ao instituto brasileiro, observa-se que o *Juez de Garantías* chileno possui atribuições mais extensas em sua legislação. Os artigos 70⁹, 95¹⁰, 191, 229, 234, 247 e 250, todos previstos no Código de Processo Penal chileno dispõem algumas das suas funções desempenhadas.

Nesse sentido, como mencionado anteriormente, a atuação do magistrado inicia-se com a fase preliminar de investigação e perdura até a fase intermediária. Nesse lapso temporal, o *Juez de garantías* é incumbido de suas funções desde o momento que ocorre a oficialização da investigação, desempenhando o monitoramento de detenção, a implementação de medidas cautelares diversas e, quando necessário, antecipação de provas.

Apresentada a acusação, o imputado será submetido ao crivo do contraditório e da ampla defesa. Posteriormente, em sede de audiência, o juiz das garantias realiza o juízo de admissibilidade (que faz as vezes de um saneamento processual) para atribuir todas as provas e pontos de pertinência ao Tribunal para julgamento.

Encerrada a fase intermediária, há a inauguração da fase seguinte intitulada de *Juicio oral y público* (competente ao colegiado de juízes) que é marcada pela oralidade e ativismo das partes na instrução. Por fim, após verificação de todas as provas, não havendo eventual empecilho para o julgamento, é proferida a sentença.

Por fim, é válido ressaltar que a figura do *Juez de garantías* passou por um longo período de transição até sua efetiva implementação, mas teve sua importância e essencialidade reconhecida para a promoção de um processo mais garantista e imparcial.

4.2 O juez penal de garantías no sistema paraguaio

No ano 2000, o novo Código de Processo Penal Paraguai foi sancionado após um longo período de transição até os moldes garantistas no país. A legislação processual penal incorporou ao seu texto infraconstitucional garantias processuais já reconhecidas na Constituição¹¹ do país, embora dentre as

-
- fixar parâmetros democráticos pós regimes ditatoriais. No Chile, o Código Modelo foi reflexo para a adoção de soluções como: o princípio da oportunidade, a suspensão condicional do processo (probation), os acordos reparatórios, a audiência correspondente à etapa intermediária.
9. O Código de Processo Penal Chileno determina as atribuições do *Juez de Garantías* expressamente em alguns de seus artigos: “**Artículo 70:** Juez de garantía competente. El juez de garantía llamado por la ley a conocer las gestiones a que dé lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el ministerio público para realizar actuaciones que priven, restringieren o perturben el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución.”
10. **Artículo 95:** Amparo ante el juez de garantía. Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes.”
11. A Constituição do Paraguai prevê no “**Artículo 17 - Los derechos procesales**” que “... toda persona tiene derecho a: 1. que sea presumida su inocencia; 2. que se le juzgue en juicio público, salvo los casos contemplados por el magistrado para salvaguardar otros derechos; 3. que no se le condene sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, ni que se le juzgue por tribunales especiales; 4. que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho. No se pueden reabrir procesos fenecidos, salvo la revisión favorable de sentencias penales establecidas en los casos previstos por la ley procesal; 5. que se defienda por sí misma o sea asistida por defensores de su elección; 6. que el

inovações mais significativas tenha-se a adoção de uma etapa preparatória ao processo como forma de investigação.

A etapa de preparação foi introduzida como uma fase investigativa no sistema paraguaio cuja competência está atribuída ao Ministério Público que é o mesmo encarregado da propositura da ação penal. Nesse cenário, o *juiz penal de garantías* não interfere de modo direto na investigação e não deve desempenhar uma postura ativa na iniciativa probatória.

Consoante ao que dispõe o autor paraguaio Chistian Marcelo Bernal Duarte em sua obra “Reforma del Proceso Penal en Paraguay y el juez penal de garantías y sus funciones”:

En la etapa preparatoria se espera que el juez penal asuma una posición de garante de los derechos del imputado, contra cualquier posibilidad de abuso o violaciones por parte de los acusadores o sus órganos auxiliares; nunca debe asumir funciones persecutorias o de investigación¹² (DUARTE, 2011, p. 177).

No referido trecho, a figura do *juiz penal de garantías* se torna semelhante ao instituto brasileiro, considerando que este será responsável por assegurar os direitos e garantias do imputado e preservar a legalidade dos atos praticados pelos sujeitos do processo.

Nesse mesmo viés, a legislação paraguaia dispõe expressamente acerca da proibição de atuação do juiz penal no julgamento de casos em que teve participação durante a fase de investigação, ressalvados os casos em que houver procedimento abreviado, sendo esse um mecanismo que visa assegurar a lisura do processo e a imparcialidade no julgamento

4.3 O juiz da instrução no sistema português

Em Portugal, a entrada em vigor do Código Processual Penal português no ano de 1987, trouxe consigo parâmetros precipuamente acusatórios. A criação do novo código foi reflexo do modelo alemão e se desenvolveu sob a influência das discussões que surgiram com o projeto do Código de Processo Penal italiano.

Em suma, a persecução penal portuguesa é dividida em três fases distintas: inquérito, instrução e julgamento. O CPP português atribuiu figuras de atuação distintas para cada fase, cabendo ao Ministério Público atuar na fase de inquérito desempenhando a função de investigar e as duas outras fases salvaguardadas a dois outros sujeitos, aos chamados juízes de instrução e os juízes de julgamento.

Inicialmente, o Ministério Público fica responsável por toda a investigação preliminar (fase obrigatória), ou seja, pelo inquérito (o Art. 262 do CPP¹³ português dispõe o conceito e a finalidade do inquérito). Além disso, os desdobramentos da investigação também são acompanhados pelo órgão da polícia judiciária, uma vez que o Ministério Público compõe o Poder Judiciário do país. Ressalta-se que embora integre esse poder, suas atribuições são distintas às dos magistrados.

Decorrida a fase de investigação, o Ministério Público terá aparato suficiente para submeter o indivíduo a julgamento ou não. Sucessivamente, a fase intermediária (não obrigatória¹⁴) será a chamada instrução, cujo objetivo é a validação da acusação. O juiz de instrução possui suas atribuições estabe-

Estado le provea de un defensor gratuito, en caso de no disponer de medios económicos para solventarlo; 7. la comunicación previa y detallada de la imputación, así como a disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación; 8. que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas; 9. que no se le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas; 10. el acceso, por sí o por intermedio de su defensor, a las actuaciones procesales, las cuales en ningún caso podrán ser secretas para ellos. El sumario no se prolongará más allá del plazo establecido por la ley, y a 11. la indemnización por el Estado en caso de condena por error judicial”.

12. **Tradução do trecho extraído da obra do autor paraguaio Chistian Duarte:** “Na fase preparatória, espera-se que o juiz criminal assumira uma posição de garante dos direitos do arguido, contra qualquer possibilidade de abusos ou violações por parte dos acusadores ou dos seus órgãos auxiliares; nunca deve assumir funções de acusação ou investigação.”

13. **“Artigo 262.º - Finalidade e âmbito do inquérito:** O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação...”

14. Sob uma perspectiva comparada, observa-se que a fase de instrução portuguesa se apresenta diferente do cenário brasileiro. O seu caráter facultativo desperta certo grau de estranheza se considerarmos que tal fase é imprescindível para a efetivação dos direitos do acusado. Nesse contexto, a legislação brasileira transparece mais razoável e assertiva tendo em vista a obrigatoriedade da instrução.

lecionadas nos artigos 17, 268¹⁵ e 269¹⁶ do CPP português, mas de modo geral, sua atuação é “proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer todas as funções jurisdicionais até a remessa do processo para julgamento” (PORTUGAL, 1987)”.
Nessa perspectiva, o jurista José Eduardo de Souza Pimentel aduz:

“Nada obstante à sua existência, o juiz de instrução atua como verdadeiro juiz das garantias, pois sua função é reconhecidamente passiva, eis que atua como garantidor de direitos e sem iniciativa processual própria.” (PIMENTEL, 2011)

Em linhas gerais, se analisados os dispositivos do CPP português que delimitam a atuação do juiz de instrução é notória a sua função eminente de garantidor da legalidade de atos pré processuais e dos direitos fundamentais do indivíduo, uma vez que tais atribuições competem exclusivamente a ele que, por consequência do Art. 17 do referido código, fica impedido de atuar na fase processual e decisória.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico discorre sobre a figura do Juiz das Garantias introduzido no Direito Processual Penal brasileiro pela Lei n.º 13.964/19. Conforme verificado no decorrer deste trabalho, a implementação do instituto demonstra-se como medida de fortalecimento ao sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988. O instituto estabelece uma divisão de funções entre magistrados, de modo que, o primeiro ficará atrelado à fase pré-processual até o recebimento da denúncia ou queixa, sendo este o Juiz de Garantias, e outro à fase processual, que irá instruir e julgar sem estar “contaminado”, o juiz do processo.

Nesse intento, a introdução do instituto se tornou uma das inovações jurídicas mais almejadas pela doutrina processual penal, em razão da busca incessante por um processo imparcial, dotado de legalidade e assecuratório quanto aos direitos constitucionais do indivíduo. Em linhas gerais, a indispensabilidade de juízes atuantes em fases distintas é vista como um mecanismo de segurança e imparcialidade no julgamento do processo, pois haverá uma ruptura nas diligências e decisões de cunho subjetivo, pessoal ou antijurídico, preservando a originalidade cognitiva do julgador.

Por outro lado, analisa-se a importância do instituto sob a ótica do direito comparado, posto que há a presença de figuras semelhantes ao juiz das garantias em diversos ordenamentos jurídicos pelo mundo, que refletem uma tendência a ser seguida no Brasil em virtude das experiências positivas no cenário internacional. Dessa forma, ainda que se considere o contexto histórico, social, cultural e jurídico de cada um desses países, os objetivos de juízes distintos para fases distintas partem do mesmo pressuposto: a garantia de direitos do indivíduo e a imparcialidade nas decisões.

Por fim, é inegável que a implementação de um novo instituto ao ordenamento jurídico vem acompanhado de incertezas, contudo, a inserção do Juiz das Garantias representa um passo colossal perante a trajetória jurídica rumo a um sistema processual acusatório efetivo. Ademais, se desempenhado de forma correta e bem assimilado pelos profissionais do sistema de justiça criminal, romperá de vez com a herança inquisitorial ainda existente no Código de Processo Penal brasileiro e proporcionará um viés assecuratório de direitos e garantias.

15. O Art. 268 dispõe: “[...] 1 - Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução: a) Proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido; b) Proceder à aplicação de uma medida de coação ou de garantia patrimonial, à exceção da prevista no artigo 196.º, a qual pode ser aplicada pelo Ministério Público; c) Proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário, nos termos do n.º 3 do artigo 177.º, do n.º 1 do artigo 180 e do artigo 181. d) Tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do n.º 3 do artigo 179; e) Declarar a perda a favor do Estado de bens apreendidos, com expressa menção das disposições legais aplicadas, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito nos termos dos artigos 277.º, 280.º e 282.º; f) Praticar quaisquer outros actos que a lei expressamente reservar ao juiz de instrução. 2 - O juiz pratica os actos referidos no número anterior a requerimento do Ministério Público, da autoridade de polícia criminal em caso de urgência ou de perigo na demora, do arguido ou do assistente. 3 - O requerimento, quando proveniente do Ministério Público ou de autoridade de polícia criminal, não está sujeito a quaisquer formalidades. 4 - Nos casos referidos nos números anteriores, o juiz decide, no prazo máximo de vinte e quatro horas, com base na informação que, conjuntamente com o requerimento, lhe for prestada, dispensando a apresentação dos autos sempre que a não considerar imprescindível” (PORTUGAL, 1987).

16. “**Art. 269 do CPP** [...] 1 - Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução ordenar ou autorizar: a) A efetivação de perícias, nos termos do n.º 3 do artigo 154.º; b) A efetivação de exames, nos termos do n.º 2 do artigo 172.º; c) Buscas domiciliárias, nos termos e com os limites do artigo 177.º; d) Apreensões de correspondência, nos termos do n.º 1 do artigo 179.º; e) Intercepção, gravação ou registo de conversações ou comunicações, nos termos dos artigos 187.º e 189.º; f) A prática de quaisquer outros actos que a lei expressamente fizer depender de ordem ou autorização do juiz de instrução. 2 - É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 2, 3 e 4 do artigo anterior” (PORTUGAL, 1987).

6. REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. **Editora Martin Claret**. 2017, p.76.
- BIANCHINI, A. M. (2019). O sistema acusatório no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v.7, n.1, p. 22-45. Acesso em: 25 de maio de 2023.
- BRASIL. **DL N° 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.
- BRASIL. **Lei N°13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298/DF, Relator Ministro Luiz Fux**. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/fux-liminar-juiz-garantias-aterferendo.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2023.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299/DF, Relator Ministro Luiz Fux**. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/fux-liminar-juiz-garantias-aterferendo.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2023.
- BRASILEIRO DE LIMA, Renato. Manual de Processo Penal. 8. ed. **Editora JusPodivm. Salvador**, 2020.
- CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS (CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS). 1950. Disponível em: <https://www.ciespi.org.br/media/files/fcea049a8e-c4d511ecbe6e5141d3afd01c/f1aeba5ecc4d711ecbe6e5141d3afd01c/ConvEuropDirHum.pdf>. Acesso em 13 de junho de 2023.
- CHILE. **Lei N° 19.696, de 12 de outubro de 2000**. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>. Acesso em 30 de março de 2023.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e Castanho de Carvalho, Luis Gustavo Grandinetti. (orgs.) O novo processo penal à luz da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>.
- DUARTE, Christian Marcelo Bernal. Reforma del Proceso Penal en Paraguay y el juez penal de garantías y sus funciones. In *Processo Penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda*. Rio de Janeiro: **Lumen Juris**. 2011.
- European Court of Human Rights. **Case of De Cubber vs. Bélgica: Application n° 86**. 26 october 1984. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557#%7B%22fulltext%22:%5B%22DE%20CUBBER%20CASE%22%22%5D%22itemid%22:%5B%22001-57464%22%5D%7D>}. Acesso em 10 de Junho de 2023.
- European Court of Human Rights. **Case of Piersack vs. Belgium: Application n° 8692**. 1 october 1982. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57557%22%5D%7D>>. Acesso em 10 de Junho de 2023.
- FERNANDES, R. C. (2019). Sistema acusatório no processo penal brasileiro: garantias fundamentais, instrumentos processuais e reflexos no contexto prático. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v.4, n.2, p. 76-92.
- FERRAJOLI, Luiz. (2010). Direito e razão: Teoria do garantismo penal. São Paulo: **Editora Revista dos Tribunais**. Acesso em: 30 de março de 2023.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Código Modelo de processo penal para Ibero-América, 10 anos depois**. Roma e America - Diritto Romano Comune : rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina, n. 9, p. 299-307, 2000 Tradução. Acesso em: 28 maio de 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/2019 – Artigo por Artigo. Salvador, **JusPODIVM**, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Vol único. Ed. 10. Manaus, **JusPODIVM**, 2023.

LIMA, Walter Alves. A figura do juiz das garantias no contexto internacional e nacional. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 27, n. 6775, 18 jan. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/95989>. Acesso em: 8 junho de 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo. **Saraiva Educação**, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender a imparcialidade do juiz**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>. Acesso em 15 de abril de 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal. Rio de Janeiro: **Forense**, 2020.

PARAGUAI. **Ley N° 1286, de 08 de julho de 1998**. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomIII.pdf.

PORTUGAL. **Constituição. Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.asp> x. Acesso em 06 de junho de 2023.

PORTUGAL. **DL N° 78/87. Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis.

PIMENTEL, José Eduardo de Souza. **A reforma do Código de Processo Penal. Análise crítica ao PL n° 156/09 do Senado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2847, 18 abr. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18931>. Acesso em: 01 de junho de 2023.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das garantias. **Revista de Informação Legislativa, Brasília**, a. 46, n. 183, p. 77-93, jul./set. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194933>. Acesso em: 15 de maio de 2023.

VEDAÇÃO A ESCOLHA DO REGIME DE BENS AOS MAIORES DE 70 ANOS: DA BUSCA PELA IGUALDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO DA PESSOA IDOSA

Ana Luiza do Amaral Simões Carvalho¹⁷
Profª. Idelcelina Barros Ximenes¹⁸

Resumo: O presente estudo visa demonstrar a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do Código Civil, que impede que os maiores de 70 (setenta) anos escolham seu regime de bens ao contrair núpcias, o que demonstra a violação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia previstos no texto constitucional. A partir dessa agressão aos direitos da pessoa idosa, faz-se imprescindível trazer à baila a interpretação mais adequada dos direitos fundamentais do idoso para melhor definir a estrutura das normas infraconstitucionais. O objetivo deste estudo é, portanto, analisar o idoso a partir do eixo gravitacional da dignidade, um dos fundamentos do Estado democrático de direito inaugurado no Brasil com a promulgação da Constituição de 1988. Para o desenvolvimento deste artigo utilizou-se da metodologia bibliográfica com análise da legislação pertinente ao tema, livros e decisões judiciais. Depreende-se, portanto, que a imposição do regime de bens pela norma infraconstitucional fere diretamente os princípios constitucionais vigentes.

Palavras-chave: Idoso. Regime de bens. Inconstitucionalidade. Dignidade da Pessoa Humana. Estatuto da Pessoa Idosa.

Abstract: This study aims to demonstrate the unconstitutionality of art. 1,641, II, of the Civil Code, which prevents those over 70 (seventy) years of age from choosing their property regime when entering into marriage, which demonstrates the violation of the principles of human dignity and equality provided for in the constitutional text. Based on this attack on the rights of the elderly, it is essential to bring to the fore the most appropriate interpretation of the fundamental rights of the elderly to better define the structure of infra-constitutional norms. The objective of this study is, therefore, to analyze the elderly from the gravitational axis of dignity, one of the foundations of the democratic rule of law, inaugurated in Brazil with the promulgation of the 1988 Constitution. For the development of this article, a bibliographic methodology was used with analysis of legislation relevant to the topic, books and court decisions. It can be inferred, therefore, that the imposition of the property regime by the infra-constitutional rule directly violates the current constitutional principles.

Keywords: Elderly. Property regime. Unconstitutionality. Human Dignity. Elderly Person Statute.

17. Graduanda em Direito pelo Instituto de Ensino Superior ICEV

18. Graduada em direito pela Universidade Federal do Piauí. Especialista em Direito Público pelo CEUT. Mestre em Educação pela Universidade Federal do Piauí. email: idelcelina.ximenes@grupocev.com

1. INTRODUÇÃO

O artigo visa compreender o novo posicionamento do ser humano, particularmente o idoso, como centro do texto constitucional de 1988. Deve-se registrar, de logo, que o paradigma gravitacional da Constituição da República é o ser humano (art. 1º, III). Todo ápice do ordenamento jurídico foi planejado para colocar a pessoa como coluna dorsal do sistema. Prova disso é que o constituinte logo após criar o Estado democrático de direito (Título I do documento magno) e elencar os seus princípios mais destacados a dignidade, cuida de elencar no título seguinte os direitos e garantias fundamentais. Somente no título III do documento fundante do Estado é que vai se ocupar da organização do poder.

Por evidente que essa topografia constitucional guarda uma lógica indispensável e indiscutível decorrente do compromisso do constituinte com o indivíduo, optando por uma engenharia em que o Estado existe em função da pessoa humana. Tal fato se confirma pela preferência do legislador ao deliberar sobre o “poder” como servidor do ser humano, e não como própria finalidade.

Quando a Constituição da República elenca seus objetivos fundamentais reprime todo e qualquer tipo de discriminação, incluído aí, por evidente, a idade, como bem se observa no teor do art. 3º, IV da CRFB/88. Exatamente por isso a Constituição Federal, de modo coerente, foi pioneira em inserir o idoso no seu conteúdo, embora o direito de família já tenha sido abordado desde a Constituição de 1891.

Embora o primeiro Código Civil brasileiro seja tardio, datado somente em 1916, seu ideário ainda estava arraigado ao pensamento do liberalismo clássico com o perfil comprometido com a primeira dimensão dos direitos fundamentais. Nesse panorama, os idosos eram vistos como aqueles que ingressavam no crepúsculo da existência sem qualquer proteção jurídica especial. E, de forma objetiva, tal visão ainda não foi superada pelo Código de 2002, que impõe o regime de separação legal de bens para os nubentes com mais de 70 anos, pois é visível o anacronismo do seu art. 1.641, II ao proibir o idoso de escolher o regime de bens ao se casar.

O tema proposto visa resgatar a velhice na tonalidade incondicional da dignidade. O que se discute aqui é reconhecer a velhice como marco civilizatório imprescindível ao ser humano na sua dura jornada neste planeta tão recheado de preconceitos e normas excludentes. O direito não é apenas técnica de controle social, mas, sobretudo, ideal de justiça. O compromisso do direito é, antes de tudo, com a promoção da vida no seu sentido mais largo e mais profundo, eixo gravitacional da República Federativa do Brasil, conforme estipulado no art. 1º, III do texto constitucional.

O objetivo apresentado pela pesquisa consiste em discutir se há compatibilidade ou incompatibilidade do art. 1.641, II do Código Civil de 2002 em face do que dispõe o texto constitucional de 1988. Para melhor compreensão do estudo, que busca a hermenêutica constitucional inclusiva serão perseguidos os seguintes objetivos específicos: a) Examinar o fenômeno sociológico da velhice como substrato para o fenômeno jurídico; b) Levantar a evolução histórica-jurídica no ordenamento pátrio dos direitos fundamentais dos idosos; c) Identificar a Constituição Federal como marco definitivo para inclusão do idoso apto a receber o mesmo tratamento dispensado aos demais membros da sociedade e d) Atualizar a hermenêutica constitucional para estabelecer nova leitura sobre os direitos do idoso nos planos constitucional e infraconstitucional.

Por fim, a metodologia compatível com o presente trabalho é, pois, de natureza descritiva e analítica. Será empregada abordagem teórica e legal a partir do estudo bibliográfico e das normas jurídicas pertinentes ao tema. A literatura jurídica a ser consultada guarda pertinência com o direito constitucional em diálogo com o direito civil, mormente na especialidade de normatização das normas destinadas ao regramento da família e especificamente suas relações com a pessoa idosa.

2. O IDOSO NO BRASIL: ASPECTOS SOCIAIS E NORMATIVOS

A velhice é um fenômeno multifacetado como de resto toda experiência humana. Para melhor compreender esse estágio da vida é preciso analisar a realidade biopsíquica. Os diversos aspectos da velhice reclamam clara relação de interdependência (BACELAR, 2006). Fato incontestante é que a velhice é direito humano fundamental (RAMOS, 2002). Por todo o caminhar histórico e em estudo de diversas culturas, o ser humano ao atingir a velhice tinha sua imagem associada à fraqueza (BACELAR, 2006).

Esse quadro se agravou substancialmente com o advento da Revolução Industrial, movimento ápice do capitalismo do século XIX, onde a vitalidade era fundamental para o trabalho assalariado que, embora desempenhado com ajuda das máquinas, a força humana se fazia indispensável.

Os idosos por não manifestarem desempenho semelhante aos dos mais jovens passavam a ser excluídos dos postos de trabalho e, por consequência, levados à pobreza em sua forma mais extrema. Esta percepção forjada a partir da vitalidade perpetrou todo o século XX e, mormente na cultura ocidental, levou o idoso a um crescente ostracismo. Numa sociedade agressivamente tecnológica as pessoas mais velhas tendem a um deslocamento social jamais visto ao longo do caminhar humano sobre a Terra. Aquele que detém o conhecimento tecnológico e sabe manusear os respectivos instrumentos digitais é o novo dono do poder. Os idosos, nesse mundo estranho à sua cultura, tendem ao isolamento, numa velocidade exponencial diretamente vinculada à sua condição socioeconômica.

É preciso notar que o idoso traz consigo grande carga empírica da qual é não possível gozar, por razões óbvias, os indivíduos mais jovens. Essa competência advinda da experiência deve acarretar potencialidade criativa capaz de iluminar o futuro: afinal o avançar do trabalho se faz com a vivência (erros e acertos). Sem a energia ávida dos jovens e a experiência meditada dos idosos o futuro se torna comprometido, pois o presente se perde do passado.

Embora no século XXI tenha ocorrido avanço nos estudos relacionados ao fenômeno da velhice e com algum esforço de gestões governamentais e até instrumentos legislativos específicos como é o caso da Lei n° 8.842/94, fato é que o preconceito contra os idosos está longe de ser erradicado da sociedade contemporânea. Diante disso, o denominado etarismo se manifesta em todos os aspectos da vida social. Daí a ditadura do eternamente jovem tão bem explicitado por Oscar Wilde no seu romance *Retrato de Dorian Gray* (2021).

Acontece, porém, que a velhice não é apenas uma questão estética, mas da vida em seu âmago e, como tal, implicará situações pragmáticas relacionadas ao Estado, ao governo e, sobretudo, às famílias em face da longevidade em decorrência dos avanços médicos. Tantas são as implicações da velhice na sociedade que “os idosos começam a constituir, afinal, uma questão” (apud BACELAR, 2006, p. 21), logo, o processo de envelhecimento não é apenas um processo biológico alheio às relações sociais mais abrangentes. É fato imprescindível e, assim, sua valoração implica necessidade de se tornar norma jurídica.

Este fato se afirma pela pesquisa feita pelo IBGE no ano de 2022, em que, para cada 100 (cem) crianças de até 14 (catorze) anos, há 80 (oitenta) pessoas idosas maiores de 60 (sessenta) anos. Mediante este dado demográfico, depreende-se ser necessária a valorização do idoso no plano jurídico.

2.1. ESTATUTO DO IDOSO

O Estatuto da Pessoa Idosa, regido pela Lei n° 10.741/03, dispõe sobre os direitos da pessoa com idade igual ou maior que 60 (sessenta) anos. Percebe-se no art. 2° da mencionada lei que o espectro de proteção aos direitos fundamentais do idoso foram elevados ao superlativo nas dimensões horizontal e vertical.

Art. 2° A pessoa idosa goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Como se pode verificar em exercício hermenêutico quase literal, é garantido ao idoso que não haja qualquer tipo de violação aos seus direitos, de modo que é uma obrigação de toda a sociedade protegê-los e ampará-los. Nesse diapasão, os arts. 4°, § 1° e 10, parágrafos 1°, 2° e 3° do Estatuto da Pessoa Idosa se coadunam com a inteligência do art. 3°, IV, da Constituição da República.

Art. 4° Nenhuma pessoa idosa será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei. (Redação dada pela Lei n° 14.423, de 2022)

§ 1° É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos da pessoa idosa. (Re-

dação dada pela Lei n° 14.423, de 2022)

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis. (Redação dada pela Lei n° 14.423, de 2022)

§ 1° O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos: II - opinião e expressão;

V - participação na vida familiar e comunitária; VI - participação na vida política, na forma da lei;

§ 2° O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

§ 3° É dever de todos zelar pela dignidade da pessoa idosa, colocando-a a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. (Redação dada pela Lei n° 14.423, de 2022)

Ao se vislumbrar os direitos o plexo normativo supracitado em face da dicção do art.1.641, inciso II do Código Civil brasileiro se observa uma antinomia flagrante que somente pode ser resolvida em prol dos dispositivos do Estatuto da Pessoa Idoso, vez que este consentâneo com a vontade constitucional (art. 3°, IV da CRFB/88).

Ora, se o idoso está em pleno gozo de suas faculdades mentais, situação que lhe possibilita administrar seu próprio patrimônio, por que razão teria que se casar, obrigatoriamente, com regime de separação de bens? A resposta mais plausível tem tom utilitarista: preservar os herdeiros. Ou seja, garantir a proteção do patrimônio. Aqui, outra incongruência é detectada: não existe herança de pessoa viva. Ou de outro modo: o herdeiro tem mera expectativa de herdar. Tal pretensão, pois, não guarda a possibilidade de restringir a vida do maior de 70 (setenta) anos no gozo pleno de sua liberdade, inclusive de escolher o regime que melhor lhe aprouver quando contrair matrimônio.

Em se pensar de modo contrário, tem-se, por consequência, o tratamento do maior de 70 (setenta) anos como relativamente incapaz. E o pior: relativamente incapaz apenas para um dos atos da vida civil. Esse entendimento vai de encontro com os ditames constitucionais. Ao fazer tal restrição na liberdade do idoso é reconhecer que o maior de 70 (setenta) anos não possui capacidade cognitiva e intelectual para tomar decisões na implicação do seu patrimônio, que na maioria das vezes foi construído graças ao seu trabalho sem ajuda de qualquer dos pretensos herdeiros. Essa restrição indevida na autonomia do idoso é abertura para os filhos buscarem monitorar suas decisões patrimoniais, ratificando o comportamento próprio do etarismo já tão arraigado na civilização ocidental.

3. O CASAMENTO E O REGIME DE BENS COMO ATO VOCATIVO

No âmbito do direito civil - referendado pelo entendimento constitucional - o casamento é definido pela vontade de duas pessoas em constituir uma família. O centro de

validade do casamento está na vontade jurídica dos cônjuges. Ora, o fator cronológico não é impeditivo no direito brasileiro para o pleno exercício da capacidade jurídica. Pensar o contrário é atentar contra a Constituição Federal e com a própria tradição do ordenamento pátrio.

O regime de bens é, por sua vez, o conjunto de normas que disciplina a relação jurídico- patrimonial entre os cônjuges, sendo realizado por intermédio do que se denomina pacto antenupcial, devendo este ser previsto em lei para que seja válido, característica mor da natureza jurídica solene do pacto (GAGLIANO e PAMPLONA, 2019).

É indubitável frisar quais são os quatro regimes de bens adotados pelo novo Código Civil: regime de comunhão parcial de bens, regime de comunhão universal de bens, regime na participação final nos aquestos (sendo este uma inovação, não sendo previsto nos Códigos anteriores) e, ainda, o regime da

separação de bens, que se subdivide em duas subespécies, convencional ou absoluto e legal ou necessária.

Estes estão tipificados no Código Civil brasileiro entre os arts. 1.639 a 1.688 e são regidos pelos princípios da: a) liberdade de escolha, em que os nubentes possuem autonomia para escolher o regime de bens que mais lhe agrade, cabendo interferência estatal apenas quando a lei estabelecer; b) da variabilidade, que como o próprio nome sugere, traduz a ideia de diversidade de regime de bens, para que os cônjuges possam escolher qualquer destes; e, c) da mutabilidade, um novo adendo do Código de 2002, que garante aos cônjuges, a modificação do regime mesmo no curso do casamento, estando estes previstos à luz do art. 1.639 do novo Código Civil (GAGLIANO e PAMPLONA, 2019).

3.1. Regime de comunhão parcial de bens

O regime de comunhão parcial de bens encontra respaldo jurídico no art. 1.658 do Código Civil, que dispõe que há uma comunicação dos bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento. Os bens estão explícitos no art. 1.660, com as exceções listadas no art. 1.659, ambos do Código de 2002.

A ideia básica deste regime foca na preservação dos bens adquiridos em momento anterior ao casamento ou, ainda, daqueles que forem recebidos à título gratuito, a qualquer tempo. Já os bens adquiridos na constância do casamento, a título oneroso, serão patrimônio comum do casal e, em caso de divórcio, estarão submetidos à divisão igualitária entre os nubentes, excetuados os bens incommunicáveis, previstos no art. 1.661 do Código Civil brasileiro.

3.2. Regime de comunhão universal de bens

Conforme sugere o próprio nome, os bens obtidos no presente e no futuro, entrarão na repartição igualitária entre os cônjuges aderentes do regime de comunhão universal de bens, trazendo à baila a ideia de universalidade no sentido mais estrito da palavra. Inclusive, as dívidas posteriores ao casamento serão objeto deste regime, a menos que a lei não o permita ou que os cônjuges assim tenham determinado em convenção antenupcial (GONÇALVES, 2020).

Há, no entanto, estabelecido pelo próprio legislador, algumas exceções em que os bens não entrarão no regime de comunhão universal, quais sejam as listadas no art. 1.668 do Código Civil.

3.3. Regime da participação final nos aquestos

O regime ora em análise, surgiu no ordenamento da Costa Rica e possui atributos comuns aos dos regimes da separação de bens e, também, da comunhão parcial. Por esse motivo, é denominado pela literatura jurídica, de sistema híbrido. No entanto, ainda assim, possui suas próprias particularidades (GAGLIANO e PAMPLONA, 2019).

Em consonância ao disposto no art. 1.672 do Código Civil, os bens adquiridos antes do casamento terão administração exclusiva de cada um dos cônjuges, contudo, aqueles que forem adquiridos na constância da relação patrimonial serão igualmente divididos entre eles. Em assim, durante o casamento, aplicar-se-ão as regras da separação total de bens, ao passo que, findando a relação conjugal, caberá aplicação da comunhão parcial (GONÇALVES, 2020).

3.4. Regime da separação de bens

A separação de bens está prevista entre os arts. 1.687 e 1.688 do Código Civil brasileiro e é, dentre as espécies de regime de casamento citadas anteriormente, a de maior relevância para o trabalho ora em análise. Sob essa ótica, é imprescindível citar as duas subespécies, quais sejam: convencional ou absoluta e legal ou necessária (FIUZA, 2011).

3.4.1. Regime da separação de bens convencional ou absoluta

Nesta subespécie, o regime da separação de bens no modelo convencional/absoluto, como o próprio nome sugere, decorre da livre vontade do casal e, desse modo, os bens adquiridos antes ou durante o casamento, pertencem a cada um dos cônjuges, seja a título oneroso ou gratuito (FIUZA, 2011).

Note-se que o regime de separação convencional de bens prestigia a vontade dos nubentes e, neste aspecto, traz a regra geral dos pactos previstos no direito privado. O respeito à individualidade é o eixo gravitacional que orienta a demarcação dos limites do Estado face às deliberações da sociedade. Não é novidade afirmar que a organização jus política da nação deu-se na modernidade por intermédio da limitação do poder em respeito aos direitos dos indivíduos. Aliás, a Constituição brasileira de 1988 é testemunho vivo desta teoria política. O documento ápice do ordenamento brasileiro é erigido a partir dos princípios fundamentais que, ao edificar o Estado, coloca o ser humano como referencial finalístico do sistema jurídico. A vontade é uma das mais eloquentes expressões da dignidade humana. Desse modo, quando os nubentes escolhem o seu regime de bens estão, portanto, concretizando o grau máximo da dignidade por intermédio da vontade.

3.4.2. Regime da separação de bens legal ou necessário

Já no modelo legal ou necessário, estabelecido nos ditames do art. 1.641 do Código Civil, há uma imposição da lei, em que se exclui a vontade das partes, nas situações previstas nos incisos I a III do mencionado artigo, em que pese serem: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos e III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. Sendo, portanto, objeto do presente estudo o maior de 70 (setenta) anos.

A partir desse momento, parece interessante tentar demonstrar que os incisos I e III do art. 1.641 do Código Civil brasileiro prestigiam a lógica e a Constituição Federal, ao passo que o inciso II do mesmo dispositivo não é pertinente com o racional e, por consequência, com o sistema constitucional vigente.

É, ainda, de certa forma, uma evolução para o ordenamento jurídico atual, vez que o Código Civil de 1916 impunha que este regime a liberdade dos idosos maiores de 60 (sessenta anos) se homens e com idade superior a 50 (cinquenta) anos se mulher (DINIZ, 1989). Clóvis Beviláqua, autor do projeto do Código Civil de 1916, justificou a restrição da liberdade na

escolha do regime de bens nos seguintes termos: “Essas pessoas já passaram da idade em que o casamento se realiza por impulso afetivo. Receando que os interesses subalternos ou especulações pouco escrupulosas arrastem sexagenários e quinquagenários a enlaces inadequados ou inconvenientes, a lei põe um entrave às ambições, não permitindo que os seus haveres passem ao outro cônjuge por comunhão” (SANTOS, 1988, p. 52).

É importante notar os equívocos do raciocínio do juriconsulto. A princípio, a afirmativa parece paradoxal: se as pessoas na faixa etária referida já não se casam por arroubo, parece que gozam e maior lucidez. Ademais, há um certo preconceito segundo o qual pessoas mais velhas não possam experimentar o amor. Sendo assim, a dilapidação patrimonial de um idoso pode ser verificada fora da hipótese matrimonial. Afinal, enquanto a pessoa idosa gozar de saúde mental, pode fazer doações e todas elas serão válidas.

Desse modo, não obstante o presente art. 1.641, II do atual Código Civil busque a ampliação da faixa etária dos idosos com 70 (setenta) anos e fixe a limitação de modo igual para homens e mulheres, ainda assim é retrocesso diante da autonomia da vontade ofertada a todo indivíduo civilmente capaz na melhor leitura constitucional. A idade pela Constituição da República não é vetor que autorize qualquer forma de limitação de direitos. Esse é um reparo histórico, jurídico e, sobretudo, humano.

4. DA ANÁLISE DO ART. 1.641 DO CÓDIGO CIVIL FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988, texto principal de todo o ordenamento jurídico - vez que orienta os demais ramos do direito - traz, no bojo de seu corpo diversos princípios que servem de parâmetro e vinculam todo o grupo social para segui-los e respeitá-los, à medida em que se fizer necessário. A partir

disso, é considerável discorrer sobre os princípios da isonomia e o princípio da dignidade da pessoa humana, que serão abordados neste tópico.

No teor do tema em estudo, é imprescindível ressaltar que princípios são as bases do ordenamento e devem ser observados e aplicados no processo de criação e efetivação das normas, o que se vê clara e amplamente descumprido frente ao tema em questão, haja vista que o art. 1.641, II do Código Civil brasileiro, com suas imposições sobre o regime de comunhão de bens dos idosos com idade superior a 70 (setenta) anos, viola diversos princípios constitucionais implícitos e explícitos e de observância obrigatória.

De forma simplificada, pode-se dizer que os princípios são mandamentos nucleares de um sistema (MELLO, 2010). De modo peremptório, ao se dizer sistema invocam-se princípios, e o caminho inverso é igualmente verdadeiro. Deve-se, pois, concluir que sistemas e princípios são grandezas inseparáveis. Exatamente por isso o descumprimento de um princípio agride todo o sistema.

4.1. O princípio da isonomia

A igualdade, princípio aristotélico, está prevista no bojo do art. 5º da Constituição brasileira, bem como em diversos outros dispositivos infraconstitucionais (cf. art. 7º do Código de Processo Civil) e, desse modo, conforme Aristóteles, é preciso tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida proporcional à desigualdade destes. (MELLO, 2013).

A igualdade se subdivide em duas espécies, quais sejam: formal e material. A primeira estabelece que diante da lei deve-se tratar a todos com isonomia. Já a igualdade material busca analisar se os indivíduos gozam das mesmas oportunidades existentes no mundo da vida, evitando que haja, por exemplo, a discriminação de salário entre homens e mulheres ou, no caso do presente estudo, a distinção entre os jovens e os idosos maiores de 70 (setenta) anos no que tange à permissão da escolha do regime de bens no momento da celebração do pacto antenupcial.

Em outras palavras, a isonomia formal diz respeito à lei em si e a isonomia material estipula a materialização da igualdade formal, por meio de políticas públicas, por exemplo, como delimita Maria Christina Barreiros D'Oliveira, para que haja a interação real e efetiva da lei no mundo sensível. (Disponível em: http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf, p. 3, acesso em 25 de novembro de 2023).

A igualdade material, centro do estudo em análise, ganhou repercussão desde o período da Revolução Industrial, seguido pela Revolução Francesa, que possuía como eixo central o ideal de “liberdade, igualdade e fraternidade”. Portanto, desde meados do século XVIII, já havia a percepção de que era necessário tratar a todos sem distinções, para que fossem rompidos os laços com o absolutismo e para tornar o Estado um lugar habitável e menos caótico. Hodiernamente, então, há de ser possível fazer uma analogia, sob a perspectiva de que os jovens se tornam diferenciados em face dos mais velhos.

No entanto, como não há direito absoluto, a igualdade também possui modulações, as quais buscam romper com sua faceta formal para patrocinar a isonomia no seu cerne material tal como se verifica no instituto das ações afirmativas. No entanto, no presente caso, a discriminação patrocinada pelo art. 1.641, II do Código Civil atenta frontalmente com os ditames constitucionais (arts. 3º, IV e 5º, caput, CRFB) e assim o é, porque ao invés de patrocinar igualdade termina por excluir indevidamente.

4.2. O princípio da dignidade da pessoa humana

A pessoa humana é, seguramente, princípio fundamental da República Federativa do Brasil em consonância ao art. 1º, III da CRFB/88. O constituinte ratificou esse ideário ao escrever o art. 5º, caput, do documento ápice do ordenamento jurídico pátrio ao garantir direitos básicos como saúde, segurança e vida, de modo a proteger a integridade do ser humano.

Nesse viés, o termo “dignidade” visa impedir que o indivíduo seja taxado como objeto e diminuído a uma situação em que não possa ser amplamente protegido pelas regras previstas no Direito. Nessa situação, observa-se que o art. 5º, I da Carta Magna, prevê que homens e mulheres serão iguais em direitos e obrigações, o que demonstra a incoerência do art. 1.641, II do Código Civil, que delimita o direito de escolha apenas aos idosos de 70 (setenta) anos, criando uma discriminação vedada pelo próprio caput do art. 5º da Constituição Federal.

Tal delimitação, além das consequências já tratadas, também causa o sentimento de inferioridade e perpassa a imagem de que o idoso maior de 70 (setenta) anos não consegue, por si só, definir seu próprio estilo de vida aos olhos do legislador infraconstitucional que foi incapaz de perceber sua incongruência com o fundamento máximo de validade de todas as normas jurídicas.

Por esse panorama é fácil perceber que ao ser vedado ao idoso escolher seu regime de bens ao contrair matrimônio há clara violação à sua dignidade e, por consequência, agressão ao texto constitucional. Diante dessa razão, fortalece-se o ideário de que a legislação infraconstitucional – em que pese o art. 1.641, II do Código Civil – é inconstitucional, por violar diretamente a vida do idoso e, consequentemente, a dignidade, que é inerente a todo ser humano.

4.3. Recurso extraordinário com agravo nº 1.309.642/SP

De fundamental importância para a análise da (in)constitucionalidade é a pretensão deduzida no âmbito do Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.309.642/SP que tem por objeto as letras do art. 1.641, II do Código Civil.

O Procurador-Geral da República exarou parecer na mencionada ação no sentido de conferir constitucionalidade ao art. 1.641, II do Código Civil ancorado nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Defendeu o senhor Procurador-Geral da República que a idade pode ser critério diferenciador quando corolário lógico do princípio da igualdade material, da dignidade (da pessoa humana) e do dever de amparo às pessoas idosas. Inovou, ainda, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

É preciso se dizer que o uso da proporcionalidade e/ou razoabilidade têm sido o motivo de fragmentação do direito brasileiro e, por consequência, de insegurança jurídica. Com esse expediente da proporcionalidade o operador do direito tem se mostrado o produtor de normas, e não o seu intérprete (STRECK, 2010).

A proporcionalidade é um conceito fluido incompatível com a segurança jurídica e somente pode ser manejada em casos de evidente obscurantismo da vontade normativa. Tal não é o caso. O sistema constitucional não admite discriminação a partir do critério da idade. Não há limite para alguém ocupar a chefia no Executivo ou no Legislativo. E mesmo na magistratura o limite atual é de 75 (setenta e cinco) anos, superior, portanto, ao disposto no art. 1.641, II do Código Civil.

No parecer do senhor Procurador-Geral da República invoca-se a defesa da propriedade e proteção à herança. Os valores da propriedade da herança (que no caso é de mera expectativa) são superiores a dignidade? Por acaso é razoável ou proporcional que o idoso hígido sofra restrição na gestão do seu patrimônio? Tal argumento é completamente obtuso aos esquadros da melhor adequação constitucional-principiológica (STRECK, 2020). E aqui é imperioso se afirmar que os denominados princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são instrumentos interpretativos não fazem parte da matéria-prima da Constituição Federal.

O presente estudo visa demonstrar que não há, ainda, uma decisão formal da Corte no que tange a (in)constitucionalidade do supracitado dispositivo. No despacho que o STF reconheceu a existência de repercussão geral, o ministro relator Luiz Roberto Barroso, expôs as duas teses contrapostas. De um lado entende-se pela constitucionalidade do art. 1.641, II do Código Civil, uma vez que o legislador atuou “com o objetivo de impedir a comunicação patrimonial em uniões familiares formadas sem bases afetivas consistentes, integradas por pessoas idosas e outras que tenham por objetivo principal a obtenção de vantagens econômicas”.

A tese da inconstitucionalidade sobre o art. 1.641, II do Código Civil – esclarece o senhor relator – está estribada “ao presumir de forma absoluta a incapacidade de maiores de setenta anos”. E tal interpretação fere os arts. 1º, III, 3º, IV, 226, § 3º e 230, todos da Constituição da República. O ministro, para demonstrar as vantagens e as desvantagens da limitação feita pelo legislador, analisou a temática sob a ótica do princípio da proporcionalidade. Este visa defender “que nenhuma garantia constitucional goza de valor supremo e absoluto, de modo a aniquilar outra garantia de valor e grau equivalente”. (apud RAMOS, 2011). Isto é, utiliza-se, no mundo sensível, do que é mais razoável: a questão debatida pelas partes, neste caso, do regime de casamento e suas restrições legais.

Para enfatizar então o quão inconstitucional é o dispositivo 1.641, II do Código Civil de 2002, urge lembrar que a imposição à separação legal de bens fere diversos princípios constitucionais protegidos

pelos direitos fundamentais, tal como o princípio da autonomia da vontade. Este consiste em proteger o desejo de todo ser humano, o que resta demonstrado completamente agredido na ótica da separação de bens. Otavio Luiz Rodrigues Junior, menciona, em seu artigo, que:

Tanto em dicionários como na expressão vulgar, autonomia perpassa os significados de independência, liberdade, autorregulamentação de condutas, autogoverno. Em tempos modernos – e também pós-modernos –, esses sentidos são geralmente associados a aspectos ótimos, em contraposição a regimes nos quais o exercício desse “autogoverno de si” (expressão bem pleonástica, reconheça-se) encontra óbices, embaraços e contradições num certo ideal de poder extrínseco absoluto, seja este encarnado por uma divindade ou por um Leviatã, para se referir à figura do Estado, homenageando a famosa metáfora de Thomas Hobbes. (RODRIGUES, 2004, p. 113- 14).

Na história da civilidade, primeiro surgiu a sociedade para depois se forjar o poder. No primeiro momento esse poder se agigantou e oprimiu o indivíduo. Com o despertar do conceito de dignidade, os direitos individuais ressurgiram como limites demarcatórios do Estado. A autonomia se mostrou desde sempre uma das mais importantes expressões da dignidade. Desse modo, privar o ser humano, apenas porque maior de 70 (setenta) anos, da escolha do regime de bens é um retrocesso implacável na história dos direitos fundamentais.

4.4. Da análise do art. 1.641 do Código Civil

Neste tópico pretende-se demonstrar a constitucionalidade dos incisos I e III do art. 1.641 do diploma civilista e a incongruência do inciso II da mesma norma em face do texto constitucional.

Nesta senda, observa-se que o inciso I nada mais pretende do que impedir a violação das causas suspensivas previstas no art. 1.523 do diploma normativo infraconstitucional de 2002. Em caso de infração de algum inciso do art. 1.523, não haverá, necessariamente, invalidade do matrimônio, mas sim, sua irregularidade (GAGLIANO e PAMPLONA, 2019). Logo, será imposta uma sanção que vise à separação legal de bens.

Por seu turno, o inciso III do supramencionado artigo possui, concorrentemente ao entendimento do inciso II pela via doutrinária e legisladora, caráter protetivo e aplica-se aos menores de idade, tendo em vista a clara vulnerabilidade destes e com o fito de proteger o patrimônio de cada um dos nubentes (GONÇALVES, 2020).

É válido salientar que o Código de 1916 trazia a obrigatoriedade da adoção do regime de separação de bens a partir dos 60 (sessenta) anos do homem e dos 50 (cinquenta) anos da mulher (GONÇALVES, 2020), ferindo claramente o princípio da isonomia com a distinção de sexos. Todavia, o diploma civil de 2002 findou com a distinção e determinou a obrigatoriedade do regime para todos os maiores de 70 (setenta) anos.

Não obstante, lembre-se que para a aderência da separação de bens no que tange ao inciso II do art. 1.641 do Código Civil, basta que um dos nubentes seja maior de 70 (setenta) anos. Alguns autores indicam o caráter protetivo do instituto, visando assegurar que não haja interesse econômico na relação (GONÇALVES, 2020). Isso porque, o envelhecer traz olhares de pessoas inescrupulosas, que exploram o idoso, principalmente na questão material- econômica (BACELAR, 2006), desse modo, reforça-se a ideia de resguardo a este grupo etário pelo enunciado civilista.

Por outro lado, nota-se a inconstitucionalidade da mencionada norma frente ao art. 5º da Constituição Federal, que garante a igualdade como bojo material central do ordenamento jurídico como um todo. A restrição imposta pela norma infraconstitucional infantiliza os idosos, já que, via de regra, os maiores de 70 (setenta) anos são considerados pessoas capazes e lúcidas no plano atual (FIUZA, 2011). Além de que, a situação deveria ser observada não pela idade de forma geral, mas pela capacidade intelectual e cognitiva de cada um, tendo em vista que a consciência é o fator determinante para julgar a validade ou não do ato.

O fato da idade avançada não configura incapacidade, de forma alguma, no plano jurídico brasileiro (GAGLIANO e PAMPLONA, 2019). É de grande relevância, inclusive, citar os tipos de incapacidade, quais sejam: absoluta ou relativa, dispostas nos arts. 3º e 4º, ambos do Código Civil. Tenha-se em vista que não há, nos mencionados dispositivos, a figura do idoso, o que reafirma a inconstitucionalidade do inciso II.

Importante trazer a seguinte ponderação: se é possível ao idoso presidir a República, integrar a Câmara dos Deputados e, ainda, o Senado Federal, por que não poderia escolher arbitrariamente o próprio regime de bens? (GAGLIANO e PAMPLONA, 2019).

Nesta senda, é perceptível a clara violação aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que os idosos são impedidos, por intermédio do art. 1.641, II do Código de 2002, de optarem pelo modelo de regime de bens ao realizarem o matrimônio, sendo a estes impostos a separação de bens.

Desse ponto, surge a ideia de desrespeito aos princípios constitucionais, visto que o idoso passa a ocupar um lugar de mera expectativa, não de fato e muito menos de direito: estes também são seres humanos, que devem ser tratados igualmente comparados aos mais jovens, tendo suas vontades e desejos atendidos, devendo ser, também, amparados pelo legislador e pelo mundo jurídico.

5. CONCLUSÃO

Na presente empreitada todo esforço foi trazer à análise os aspectos multifacetados do idoso como uma realidade de grande impacto na sociedade contemporânea e, por consequência, no mundo jurídico. O trabalho foi conduzido para demonstrar que os idosos constituem parte considerável da população brasileira, fenômeno comum em vários países do mundo. O impacto de tal fato recebeu eco do constituinte ao inseri-los no ápice do ordenamento positivo e lhes reservar por lei o denominado Estatuto do Idoso. Exatamente a partir da leitura crítica submetida à filtragem constitucional que as conclusões aqui apresentadas foram ancoradas.

Infere-se, portanto, que o idoso é, conforme a leitura do ordenamento jurídico brasileiro capitaneado, plenamente capaz para todos os atos da vida civil. Por essa razão, não deve haver qualquer óbice ao poder optar pelo regime de casamento que mais lhe agrada. Isso porque, mesmo que o Estado possa intervir nas relações privadas, não é cabível sua participação nesta temática, devendo o maior de 70 (setenta) anos ter preservado o seu livre arbítrio, sob pena de serem feridos gravemente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia. No decorrer de todo o artigo ficou demonstrado que o art. 1.641, II do Código Civil se contrapõe de modo inconciliável com os princípios constitucionais da dignidade e da isonomia.

A agressão ao princípio da dignidade ocorre em função da discriminação injustificada pelo etarismo e, de maneira casuística. Retira-se a validade da vontade do idoso maior de 70 (setenta) anos apenas para a escolha do regime de bens numa nítida prevalência da propriedade e do interesse econômico dos pretensos herdeiros em detrimento do exercício pleno das faculdades do titular de direitos. Por outro turno, a violação ao princípio da isonomia se configura na medida em que os maiores de 70 (setenta) anos podem concorrer em igualdade de condições com os demais indivíduos no desejo de ocupar os mais altos postos da República. Não guarda, pois, o art. 1.641, II do Código Civil qualquer lógica com a Constituição do Brasil.

Ficou devidamente demonstrado que o art. 1.641, II do Código Civil não se coaduna com o eixo gravitacional de validade da Constituição Federal que é exatamente a dignidade, ressalvada, por óbvio, da discriminação negativa (art. 3º, IV, da CRFB). A melhor hermenêutica dos direitos fundamentais é aquela que os expande repelindo leitura restritiva, vez que esta última desvaloriza o eixo gravitacional do sistema jurídico que é o ser humano.

Por todos esses motivos expostos, tem-se em síntese derradeira que o art. 1.641, II do Código Civil é flagrantemente inconstitucional por tratar o idoso como incapaz apenas por um critério cronológico que em si mesmo é anacrônico e incompatível com a dignidade e com a vontade inclusiva do texto ápice da ordem jurídica brasileira.

REFERÊNCIAS

BACELAR, Rute. O que é envelhecer – nossas verdades. In BACELAR, Rute (org.). **Encontros de vida: Expectativa do processo de envelhecer**. Recife: Nossa Livraria, 2006. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016, 496 p. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 20 de outubro de 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm, acesso em 23 de outubro de 2023.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm, acesso em 03 de novembro de 2023.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Estatuto da Pessoa Idosa**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm, acesso em 15 de novembro de 2023.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

D'OLIVEIRA, Maria Christina Barreiros. **Breve Análise do princípio da isonomia**: (http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/3_edicao1.pdf), acesso em 25 de novembro de 2023.

FIUZA, César. **Direito civil (curso completo - volume único)**. 15ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil - Direito de família**. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GOMES, Irene; e BRITTO, Vinícius. IBGE. **Censo 2022: número de pessoas com 65 anos ou mais de idade cresceu 57,4% em 12 anos**. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38186-censo-2022-numero-de-pessoas-com-65-anos-ou-mais-de-idade-cresceu-57-4-em-12-anos#:~:text=Considerando%20a%20popula%C3%A7%C3%A3o%20de%20idosos,de%20%20a%2014%20anos>, acesso em 26 de novembro de 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil 3: Responsabilidade civil, direito de família e direito das sucessões (esquemático)**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

RAMOS, Diego da Silva. <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5865/O-principio-da-proporcionalidade>, 23 de novembro de 2023.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Fundamentos constitucionais do direito à velhice**. Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica, 2002.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade**: (<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/982/R163-08.pdf?sequence=4&isAllowed=y>), acesso em 23 de novembro de 2023.

SANTOS, J. M. Carvalho. **Código civil brasileiro interpretado**. Volume 5. 14 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lênio Streck**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

_____. **O que é isso - decido conforme minha consciência**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WILDE, Oscar. **O retrato de Dorian Gray**. Rio de Janeiro, editora: Darkside. 1ª edição. 2021.

A REFORMA TRIBUTÁRIA SOBRE O ASPECTO DA TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO NO BRASIL

Bárbara Liana Mendes Medeiros Oliveira¹⁹

Antônio Claudio Portella²⁰

Resumo

A Proposta de Emenda Constitucional 45, conhecida como PEC da Reforma Tributária, teve uma votação histórica no Congresso Nacional e impressionou pela agilidade da sua tramitação. Este artigo analisa a PEC 45 com foco na tributação sobre o consumo e destaca o aspecto da desigualdade tributária. A pesquisa utiliza o método hipotético-dedutivo, faz uma abordagem geral do Sistema Tributário Nacional, suas espécies tributárias e explora a complexidade do sistema tributário. O trabalho apresenta uma análise teórica da proposta de reforma da emenda constitucional 45, com destaque para suas implicações sociais, econômicas. Examina também o Imposto Sobre Valor Agregado (IVA) e seus aspectos relevantes, além de analisar a reforma e sua implicação no pacto federativo. Por fim, o trabalho verifica os desdobramentos da reforma tributária sobre a tributação consumerista.

Palavras-chaves: Reforma tributária, tributação consumerista, Imposto Sobre Valor Agregado(IVA)

Abstract

Constitutional Amendment Proposal 45, known as the Tax Reform PEC, had a historic vote in the National Congress and was impressive for the agility of its processing. This article analyzes PEC 45 with a focus on consumption taxation and highlights the aspect of tax inequality. The research uses the hypothetical-deductive method, takes a general approach to the National Tax System, its tax types and explores the complexity of the tax system. The work presents a theoretical analysis of the proposed reform of constitutional amendment 45, highlighting its social and economic implications. It also examines the Value Added Tax (VAT) and its relevant aspects, in addition to analyzing the reform and its implications in the federative pact. Finally, the work verifies the consequences of the tax reform on consumer taxation.

Keywords: Tax reform, consumer taxation, Value Added Tax (VAT).

19. Graduada em Direito pelo ICEV Instituto de Ensino Superior. E-mail: barbara.oliveira@somosicev.com.

20. Mestre em Direito e Especialista em Direito Tributário e Legislação de Impostos. E-mail: antonio.silva@grupocev.com.

1. INTRODUÇÃO

Segundo dados da *Global Revenue Statistics Database/OCDE* publicados em 2022, que mostram a carga tributária no Brasil e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a economia brasileira é muito dependente da tributação sobre o consumo. O nível da tributação consumerista no Brasil chega a 15,1% do PIB (Produto interno bruto), o país fica atrás apenas da Hungria, que apresenta uma incidência de 15,6% sobre o PIB, enquanto a média de incidência dos países da OCDE é de 10,8%.

O sistema tributário brasileiro é muito complexo e a carga tributária no Brasil é muito alta, o que gera um custo imenso para as empresas e distorções alocativas que prejudicam o crescimento do país. Conforme mostra o Relatório do *Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER)*, publicado no ano de 2020, que compara o contencioso tributário administrativo brasileiro com os países da OCDE e da América Latina, no Brasil a carga do contencioso administrativo sobre o Produto Interno Bruto (PIB) é de 15,9%, enquanto nos países da OCDE, a incidência é de 0,28% do PIB, e para um grupo de países da América Latina 0,19% do PIB.

A tributação sobre o consumo, apesar de ter um potencial arrecadatório muito grande, desconsidera a capacidade contributiva do contribuinte. Nesse sentido, a tributação não é isonômica, pois os mais ricos e os mais pobres são tributados igualmente. Um estudo do *Comitê de Oxford para Alívio da Fome (OXFAM)*, publicado em 25 de setembro de 2017, mostra que 10% da população mais pobre do Brasil despenderam 32% da sua renda no pagamento de tributo, enquanto os 10% mais ricos contribuem apenas com 21% da sua renda em tributos. A última reforma tributária efetiva que aconteceu no Brasil foi em 1965, portanto, o sistema tributário vigente não condiz com a realidade econômica do país.

Em abril de 2019, o Deputado Baleia Rossi (MDB) apresentou a proposta de emenda à constituição de número 45, a PEC pretende reformar o sistema tributário brasileiro. A ideia da reforma é simplificar o sistema de tributação do país com a criação de dois tributos sobre valor adicionado, um que ficará sobre a gestão do Governo Federal, denominado Contribuição Sobre Bens e Serviços (CBS), que substitui o IPI, PIS e COFINS, e outro de competência dos Estados e dos Municípios denominado Imposto Sobre Bens e Serviços (IBS).

Durante anos no Brasil se discutiu a possibilidade de uma reforma no sistema tributário. Nesse cenário, há um descontentamento da população brasileira com a alta carga tributária do país e com contencioso tributário. Segundo um estudo do Instituto Brasileiro de Planejamento tributário (IBPT) realizado com os países que apresentam as maiores cargas tributárias e publicado em 2018, o Brasil é o país, proporcionalmente, com a menor devolução desses tributos em serviços públicos de qualidade.

A reforma tributária sempre esteve na pauta das principais discussões políticas do país e, no momento, a PEC 45 já está em trâmite no congresso nacional. Portanto, esse trabalho justifica-se pela motivação de analisar e ampliar os conhecimentos sobre a repercussão da reforma na tributária no Brasil, principalmente em relação aos tributos sobre o consumo, e visa realizar um panorama do sistema tributário brasileiro e dos principais problemas causados pela alta carga tributária incidente sobre o consumo. Em síntese, o presente estudo pretende verificar o impacto que a reforma tributária terá na tributação sobre o consumo no Brasil e avaliar a substituição do atual sistema tributário pelo modelo de IVA dual.

Além disso, a pesquisa também se propõe a realizar uma análise dos principais aspectos da PEC 45 em relação ao Imposto sobre Valor Agregado (IVA). Para esse fim, o presente estudo tem como base teórica e metodológica a pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa adota uma abordagem de natureza qualitativa e emprega o método hipotético dedutivo. Desse modo, a finalidade desse estudo não se limita a examinar exaustivamente todas as questões referentes a temática pesquisada, mas a fornecer subsídios para futuras pesquisas nesse campo.

2. O SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL E SUA COMPLEXIDADE

O Sistema Tributário Nacional, conforme conceituado pelo autor Hugo de Brito Machado(2010), consiste em um conjunto de normas que regulam a arrecadação de tributos, apresentando diferentes espécies tributárias, exceções e princípios fundamentais que o orientam. É importante ressaltar que so-

mente a partir de 1965, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 18, ocorreu o reconhecimento da existência de um sistema tributário brasileiro, adaptado ao conceito moderno de sistema tributário.

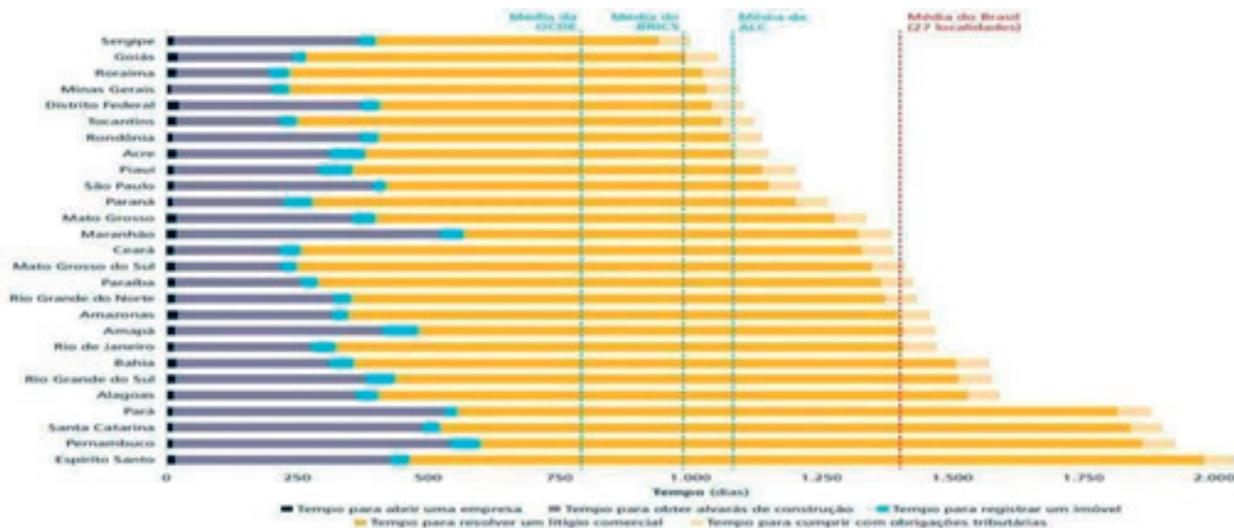
No Brasil existem cinco espécies tributárias: os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, o empréstimo compulsório e as contribuições especiais.

Segundo Leandro Paulsen(2020), esses tributos possuem características distintas atribuídas pela constituição federal. Em síntese, o que difere os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria é o fato gerador. Entretanto, o autor ressalta que a utilização apenas do fato gerador não é suficiente para definir as contribuições de melhoria e os empréstimos compulsórios, pois estes tributos são definidos a partir da sua finalidade e da promessa de restituição.

Os tributos podem ser divididos em tributos diretos e tributos indiretos. Nos tributos diretos o ônus financeiro recai sobre o sujeito que realiza o fato gerador, isto é, o contribuinte. Nos tributos indiretos o ônus financeiro é repassado para outra pessoa, embora o contribuinte direto seja o sujeito responsável por realizar o fato gerador previsto em lei, ele transfere o encargo para outro agente econômico.

O sistema tributário brasileiro é excessivamente complexo. Um relatório do Doing Business, publicado no ano de 2021, demonstrado no gráfico a seguir, mostra que uma empresa brasileira leva, em média, 1.500 horas para pagar tributos, enquanto a média do tempo gasto dos países da América Latina é de 361 horas. Este dado evidencia a grande disparidade entre o tempo gasto no Brasil e nos demais países para se cumprir com as obrigações tributárias.

Figura 1: A burocracia consome um grande número de horas produtivas das empresas no Brasil



Fonte: Doing Business (2021)

A respeito da complexidade do sistema tributário brasileiro e sobre o custo que o atual modelo tributário gera para administração pública e para os contribuintes, Ives Gandra Martins formula:

O sistema é caótico, com superposições de incidências e elevado nível de complexidade. Gera um custo fantástico de administração para contribuintes e para os diversos Erários, facilitando a sonegação dolosa e impondo, para muitos setores, a inadimplência sobrevivencial, como forma de evitar a falência.(Martins,2018,p.1)

Nesses termos, o sistema tributário nacional é confuso, o que causa muitos problemas de ordem financeira e administrativa faz com que tanto os contribuintes quanto os órgãos da administração tributária, gastem muito tempo para fazer a gestão de seus direitos e obrigações. Ademais, a complexidade facilita e incentiva a prática de sonegação fiscal de forma intencional, o que prejudica a arrecadação.

3. O IMPOSTO SOBRE VALOR AGREGADO

Nos termos do Centro de Cidadania Fiscal (CCIF), o IVA é um imposto não cumulativo e incide em todas as fases da produção e da comercialização. Em cada fase, é assegurado o direito ao crédito equivalente ao valor do imposto pago na fase precedente. O CCIF também enfatiza que, para ser eficaz, o

IVA deve ter uma base ampla e adotar o princípio do destino, pois a tributação no destino é crucial para garantir que o IVA funcione como um imposto sobre o consumo e não sobre a produção.

Luciano Garcia Miguel(2015) destaca que o imposto sobre valor agregado é aplicado em diversos países e é reconhecido por sua eficácia. Segundo o autor, o imposto se destaca pela sua notável eficiência na arrecadação, em conjunto com um sistema que mantém a neutralidade em sua incidência. Essa modalidade tributária se consolidou como um padrão global para tributação sobre consumo.

Segundo o professor Isaías Coelho(2023), o propósito do IVA é gerar receita tributária sem afetar a economia e sem pretensão de distribuir renda. O imposto não tem influência sobre fluxos de comércio exterior, nem tem utilidade para incentivar setores específicos ou regiões. De acordo com o autor, um aumento na alíquota do IVA amplo resulta em um aumento proporcional em todos os preços, o que é indispensável para sua neutralidade. Em resumo, o IVA busca gerar receita fiscal sem perturbar a economia, e seu impacto se manifesta mediante um aumento proporcional nos preços, mantendo sua neutralidade em relação aos preços relativos.

A neutralidade tributária está diretamente relacionada ao princípio da isonomia e implica em não diferenciar a tributação de bens e serviços em situações semelhantes. Por isso, ao debater sobre a reforma tributária, é fundamental destacar a neutralidade do IVA, visto que este é o argumento central defendido pelos proponentes da reforma.

Segundo a professora Rita de La Feria, em entrevista para o Estadão publicada em 2023, defensora da reforma tributária, o IVA é adotado em 170 países, o que torna evidente seu sucesso na geração de receita e demonstra sua eficiência em relação à exportação e aos investimentos no país.

4. REFORMA TRIBUTÁRIA E O PACTO FEDERATIVO

Conforme determina Pedro Lenza(2019), embora cada Estado Federativo tenha características próprias relacionadas às suas realidades locais, uma característica compartilhada em todas as federações é a repartição de competências, o que assegura autonomia entre os entes federativos e mantém o equilíbrio na federação.

Consoante ao entendimento de Fabrício Augusto de Oliveira(2020), a constituição de 1988 trouxe mudanças significativas para o federalismo fiscal, o que se refletiu na expansão das competências tributárias dos estados e dos municípios e na concessão de maior autonomia para a legislação de seus próprios impostos. Além disso, houve um aumento considerável na transferência de receitas de impostos para esses entes. Um exemplo notável foi a fusão de alguns impostos no Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), ampliando significativamente sua base de incidência. Ademais, foi atribuído aos estados a competência para cobrar o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) e o Imposto Sobre Veículos Automotores (IPVA).

No Brasil a competência tributária é atribuída pela Constituição aos entes da federação: União, Estados, Distrito Federal e municípios. De acordo com Roque Antonio Carrazza, competência tributária é a capacidade para criar tributos e, no Brasil, em decorrência do princípio da legalidade, os tributos são criados por meio de lei, nos termos do art.150, inciso I da Constituição Federal.

Uma crítica a PEC 45 feita por grandes nomes do direito tributário como Roque Carrazza, Ives Gandra Martins e Humberto Ávila(2023) é que a substituição do ICMS e do ISS pelo IBS, cuja arrecadação e partilha será administrada por um Comitê Gestor, vai gerar uma redução da autonomia dos estados e dos municípios em decorrência da diminuição dos seus poderes na tributação sobre o consumo.

Segundo os autores supramencionados, o sistema proposto na PEC 45 carece da descentralização necessária para ser verdadeiramente um IVA dual. Isso ocorre porque o IBS referente aos estados e municípios seria estabelecido por meio de lei complementar, o que integra o processo legislativo da União. Esse procedimento segue a mesma estrutura adotada na CBS. Além disso, após a criação do IBS, sua administração seria conduzida por um Conselho Federativo também estabelecido e regulado por lei complementar. Esse órgão teria a atribuição de criar normas infralegais, padronizar interpretações vinculativas, coletar, compensar, distribuir o IBS e decidir questões relacionadas ao contencioso administrativo. Atualmente, estas funções são desempenhadas individualmente por estados e municípios.

O professor Paulo Barros de Carvalho(2023) também faz uma crítica à PEC da reforma tributária por entender que a competência tributária dos Estados e dos Municípios garante a autonomia dos entes federados e afirma que qualquer reforma que centralize a arrecadação apenas na União terá um impacto prejudicial ao desenho federativo. Ele sustenta que a aplicação de impostos unificados é incoerente devido as evidentes diferenças entre as regiões do Brasil. Entretanto, o autor enfatiza que uma reforma sobre o consumo é apropriada. Porém, é importante tomar medidas com certa cautela e focar a reforma especificamente no consumo.

Em contrapartida, o Secretário Extraordinário da Reforma Tributária, Bernard Appy, em relatório publicado pela Câmara dos Deputados, propõe, como alternativa para questão federativa, o Fundo de Desenvolvimento Regional (FNDR), financiado pela União, que pretende funcionar como um instrumento de desenvolvimento regional destinado para promover o estímulo de atividades produtivas com auxílio de subsídios econômicos e financiamento, bem como para realização de projetos e obras de infraestrutura, desenvolvimento científico e tecnológico e iniciativas voltadas para preservação ambiental.

Segundo o economista, o FNDR servirá como um paliativo para as modificações resultantes da reforma que extingue os benefícios fiscais que, atualmente, são concedidos por estados e municípios como mecanismos de desenvolvimento local, que contribui para guerra fiscal. Além disso, o fundo vai incluir atividades que os benefícios fiscais do ICMS não abrangem, como, por exemplo, o setor de serviços.

5. A PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL 45

A proposta de emenda constitucional 45, formulada pelo Centro de Cidadania Fiscal (CCIF) e apresentada na Câmara dos Deputados pelo Deputado Baleia Rossi (MDB), pretende simplificar o sistema tributário. Esta proposição visa extinguir cinco tributos (IPI, ICMS, ISS, PIS e COFINS), substituindo-os por três impostos: a Contribuição Sobre Bens e Serviços (CBS), o Imposto Sobre Bens e Serviços (IBS) e o Imposto Seletivo (IS). O texto da Reforma Tributária já foi aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

A reforma tributária optou por um modelo de IVA dual. A CBS e o IBS são impostos que incidem sobre o consumo e possuem como característica principal a não cumulatividade. Nesse sentido, o pagamento do tributo é feito em cada etapa, de modo que o responsável por uma fase calcula o valor do imposto em sua totalidade, mas ao recolher o tributo há uma compensação do que já foi pago anteriormente.

O texto da reforma prevê a definição de uma alíquota padrão e uma especial para setores que recebem benefícios fiscais, tais como a educação e a saúde, também prevê a isenção do IBS e CBS para produtos da cesta básica que, conforme o art.8,§1º da PEC 45, serão definidas em lei complementar. Além disso, com objetivo de promover a redução das disparidades de renda, o texto contempla um sistema de “cashback”. Por fim, o Imposto seletivo(IS) terá a função de uma taxa adicional aplicada sobre produtos e serviços prejudiciais à saúde, ele tem o objetivo de desestimular o consumo de bens e serviços considerados nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Nos termos do art.156-A, §4 da PEC 45, a gestão do IBS será feita por um Conselho Federativo:

Art. 156-A. Lei complementar instituirá imposto sobre bens e serviços de competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. § 4º Para fins de distribuição do produto da arrecadação do imposto, o Conselho Federativo do Imposto sobre Bens e Serviços:

I - reterá montante equivalente ao saldo acumulado de créditos do imposto não compensados pelos contribuintes ou não ressarcidos ao final de cada período de apuração; e

II - distribuirá o montante excedente ao ente federativo de destino das operações que não tenham gerado creditamento na forma prevista no § 1º, VIII, segundo o disposto no § 5º, I e IV, ambos do art. 156-A.

O conselho Federativo do IBS terá uma assembleia-geral com representação de todos os entes da federação e um comitê gestor que ficará responsável pela distribuição da arrecadação do IBS entre os entes federativos.

Art. 156-B. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão de forma integrada, exclusivamente por meio do Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços, nos termos e limites estabelecidos nesta Constituição e em lei complementar, as seguintes competências administrativas relativas ao imposto de que trata o art. 156-A:

I – editar regulamento único e uniformizar a interpretação e a aplicação da legislação do imposto;

II – arrecadar o imposto, efetuar as compensações e distribuir o produto da arrecadação entre Estados, Distrito Federal e Municípios; III – decidir o contencioso administrativo.

§ 1º O Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços, entidade pública sob regime especial, terá independência técnica, administrativa, orçamentária e financeira.

Nesse sentido, o Conselho Federativo será uma entidade pública com competências administrativas e operacionais e será neutro, pois não estará vinculado isoladamente a nenhum ente federativo. Conforme o texto da PEC 45, o Conselho Federativo será um ente público em caráter especial e terá independência técnica, administrativa, orçamentária e financeira.

Ademais, em nota técnica elaborada, a Secretaria Extraordinária da Reforma Tributária do Ministério da Fazenda (SERT/MF) afirma que uma das diretrizes estabelecidas para reforma é não haver aumento de carga tributária em nenhuma circunstância. Além disso, determina que a estabilidade da carga tributária será assegurada por meio do uso de alíquotas de referência. Nesse sentido, durante a transição para o novo sistema, os tributos anteriores serão eliminados e as alíquotas dos novos impostos serão ajustadas para compensar a perda da arrecadação. As alíquotas de referência serão estabelecidas e atualizadas anualmente, utilizando cálculos realizados pelo Tribunal de Contas da União (TCU), que levará em consideração informações fornecidas pelos entes da federação e pelo conselho federativo do IBS.

O Ministério da Fazenda informa que a alíquota-padrão será fixada com base na variação do hiato de conformidade, um indicador que procura estabelecer a diferença entre a capacidade de arrecadação de tributos sobre o consumo, levando em conta todos os regimes especiais, e a arrecadação efetiva alcançada. Portanto, o hiato de conformidade é resultado quatro aspectos diferentes:

- o grau de sonegação;
- o grau de elisão fiscal (perda de receita por conta de interpretações divergentes sobre a legislação entre os contribuintes e o fisco);
- o grau de inadimplência (diferença entre o imposto declarado e o imposto recolhido); e
- a perda de receita em decorrência da judicialização.

A alíquota padrão dos novos tributos dependerá de uma série de fatores, o que dificulta estimar com precisão qual será a alíquota. Ela será definida de modo que manterá a carga tributária dos antigos tributos. **figura 2- Alíquotas-padrão estimadas com base no texto aprovado na Câmara dos Deputados (%)**

| Cenário | Descrição | Cenário factível | | | Cenário conservador | | |
|---------|--|------------------|-------|-------|---------------------|-------|-------|
| | | CBS | IBS | Total | CBS | IBS | Total |
| A | Cenário Base | 6,95 | 13,78 | 20,73 | 7,38 | 14,64 | 22,02 |
| B | Cenário A + Alíquota reduzida de 50% para agropecuária e cesta básica | 7,51 | 14,89 | 22,39 | 7,98 | 15,83 | 23,81 |
| C | Cenário B + Alíquota reduzida de 50% para serviços de educação privada | 7,61 | 15,10 | 22,71 | 8,09 | 16,05 | 24,14 |
| D | Cenário C + Alíquota reduzida de 50% para serviços de saúde privada | 7,82 | 15,51 | 23,33 | 8,30 | 16,47 | 24,77 |
| E | Cenário D + Alíquota reduzida de 50% para demais bens e serviços | 7,95 | 15,76 | 23,70 | 8,43 | 16,72 | 25,15 |
| F | Cenário E + redução da alíquota para 40% da alíquota básica | 8,19 | 16,24 | 24,43 | 8,69 | 17,23 | 25,92 |
| G | Cenário F + Alíquota zero para metade da cesta básica | 8,41 | 16,69 | 25,10 | 8,92 | 17,70 | 26,62 |
| H | Cenário G + Demais tratamentos favorecidos | 8,52 | 16,92 | 25,45 | 9,05 | 17,95 | 27,00 |

Fonte: Ministério da Fazenda (2023)

A tabela acima mostra uma estimativa de alíquotas a partir do texto aprovado na Câmara dos Deputados. O cenário descrito retrata uma situação em que não há tratamento diferenciado, com exceção da continuidade do Simples Nacional e da Zona Franca de Manaus. Ademais, há regimes específicos de

tributação, como os aplicados a combustíveis, serviços financeiros, operações imobiliárias, planos de saúde, entre outros. Em resumo, as projeções indicam que a arrecadação atual sobre produtos e serviços será mantida, e a alíquota-padrão total, que corresponde a soma das alíquotas do IBS e do CBS, poderá chegar até 27%.

6. REFORMA TRIBUTÁRIA SOBRE O CONSUMO

A última reforma no sistema tributário do país ocorreu com a emenda constitucional nº 18 de 1965, durante o período da ditadura militar. O objetivo principal dessa reforma foi corrigir um sistema tributário defasado, adaptando-o a realidade econômica do país existente na época. Uma das principais mudanças implementadas nesse período foi a introdução de impostos sobre o consumo de produtos industrializados, que representou uma significativa alteração no sistema tributário vigente.

A tributação sobre o consumo é indireta e regressiva, pois ela desconsidera a renda do contribuinte e onera exclusivamente o consumo. Apesar de no Brasil existirem políticas que estabelecem alíquotas diferentes para produtos mais essenciais, por exemplo, os produtos da cesta básica, isso apenas atenua o problema e as classes com menor capacidade contributiva acaba sendo mais prejudicada (Oliveira, 2020).

A estrutura dos tributos brasileiros que incidem sobre bens e serviços geram desafios para o sistema tributário nacional. Atualmente, essa estrutura ineficiente fragmenta os tributos em cinco categorias: ICMS, PIS, COFINS e IPI. Essa fragmentação resulta em distorções, com consequências negativas para economia.

Uma das consequências desse sistema fragmentado é a redução da produtividade, o que causa um impacto negativo a eficiência das empresas devido aos altos custos administrativos e burocráticos gerados pela diversidade de tributos. A necessidade de cumprir com obrigações fiscais distintas em cada um desses tributos cria um obstáculo para o crescimento econômico e para competitividade das empresas. Ademais, a complexidade e a variedade de regulamentos tributários podem sobrecarregar as empresas, impactando negativamente sua capacidade de investir em inovação e expandir suas operações.

Outra consequência negativa resultante desse cenário é o encarecimento de investimentos e das exportações. A complexidade do sistema tributário vigente dificulta a previsibilidade dos custos tributários, o que desestimula investidores nacionais e internacionais. Além disso, as exportações também são afetadas, já que os impostos indiretos sobre os produtos aumentam seu preço final, tornando-os menos competitivos no mercado internacional.

Além disso, a fragmentação dos tributos também contribui para o elevado número de litígios entre contribuintes e o fisco. A interpretação das regras tributárias torna-se mais complexa e sujeita a diferentes entendimentos, o que resulta em inúmeros processos judiciais. Tais litígios acabam sobrecarregando o poder judiciário e atrasam a resolução dos conflitos, o que gera insegurança jurídica para os contribuintes.

Uma alternativa para solucionar esses problemas seria a adoção de um imposto sobre Valor Adicionado (IVA) eficiente. Um sistema IVA eficaz possui uma alíquota única, promovendo maior simplicidade e transparência na arrecadação. Para mais, possui uma base ampla e reduz as chances de evasão fiscal. Isso traria benefícios para economia brasileira e contribuiria para reduzir os litígios tributários. Com um sistema tributário mais claro e uniforme, as interpretações divergentes seriam minimizadas, proporcionando uma maior segurança jurídica aos contribuintes.

Conforme mencionado por Jose Roberto Carneiro da Cunha, o ideal para um sistema tributário ser eficaz é ele estar alinhado com o acordo social proposto pelo Estado:

As características de um sistema tributário eficiente transcendem ao próprio sistema tributário. Elas remetem ao tipo de Estado que o cidadão deseja; à natureza e amplitude do pacto social; à distribuição de direitos e obrigações entre o cidadão e o Estado; e à partição de responsabilidades entre os entes federados. A Constituição de 1988 tentou tratar de todas essas questões e criar um contexto para que o sistema tributário funcionasse de forma eficiente e eficaz. Todavia, não logrou êxito diante dos flagrantes desequilíbrios entre os direitos que buscou assegurar ao cidadão e

a capacidade contributiva da sociedade. Considero que a principal característica de um sistema tributário eficiente é a simplicidade. O sistema deve ser acessível a todos os contribuintes, sejam eles empresas ou indivíduos, e ao próprio Estado que vai aplicar, operar, exigir e cobrar o cumprimento das relações tributárias obrigacionais. Um exemplo de simplificação que deu certo foi a legislação do Microempreendedor Individual (MEI). Neste sistema especial, a tributação é reduzida e quase não existem obrigações acessórias, resumidas a uma declaração anual.[...] Além da simplicidade e da estabilidade, considero que o sistema tributário deve ser progressivo, ou seja, deve tributar mais quem tem maior capacidade contributiva, exigindo mais tributo daquela organização/ pessoa/entidade que gera mais riqueza porque essa é a base tributável que contribuirá para o progresso de todos. O nosso sistema tributário, frequentemente, é acusado de ser muito regressivo, tributando pouco a renda e muito o consumo. Um sistema progressivo justo e, portanto, não confiscatório, foca mais no tributo sobre as famílias, as heranças e os ganhos de capital, e menos nas empresas, pois são estas que geram emprego, riqueza, etc. Quando se aumenta a carga tributária das empresas, inibe-se o investimento, desencoraja-se o empreendedorismo e dificulta-se a geração de emprego e renda. Neste contexto o emprego se precariza, empurra-se o trabalhador para a “pejotização”, ou para a informalidade. Ocorre, portanto, um processo de degradação da qualidade do trabalho, induzido pelo próprio sistema tributário.(Cunha,2018,p.14)

Nesse contexto, a progressividade consiste em tributar mais aqueles que com uma maior capacidade contributiva. Todavia, o sistema tributário brasileiro tem recebido críticas por conta da sua regressividade, pois acaba tributando proporcionalmente menos a renda e mais o consumo. Ademais, as empresas brasileiras também são prejudicadas pela tributação excessiva, visto que uma carga tributária com alta incidência sobre as empresas prejudica os investimentos no país e desencoraja o empreendedorismo. Ao adotar uma abordagem progressiva e justa, conseqüentemente há um estímulo do desenvolvimento econômico. Assim, é necessário encontrar um equilíbrio entre os direitos assegurados pelo Estado aos cidadãos e a carga tributária a ser suportada pela sociedade, de modo a garantir a justiça fiscal na arrecadação tributária.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste artigo observou-se que há a necessidade de uma reformulação na estrutura tributária brasileira, pois o sistema tributário vigente concentra a carga tributária sobre o consumo, o que implica em uma distribuição desigual do peso dos tributos, prejudicando especialmente as classes mais baixas. Assim, com o propósito de reformar o Sistema Tributária Nacional, a PEC 45 foi proposta e aprovada no Congresso Nacional.

Este estudo procurou realizar uma discussão prévia dos possíveis impactos da reforma tributária na tributação sobre o consumo e da substituição do sistema tributário em vigor por um modelo de IVA-dual. A PEC 45 pretende simplificar a tributação e substitui os cinco tributos brasileiros: os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, os empréstimos compulsórios e contribuições especiais, por dois impostos, o IBS e a CBS.

Demonstrou-se, utilizando o método hipotético-dedutivo, que a unificação de tributos e a simplificação dos processos podem reduzir os custos administrativos e burocráticos, além de contribuir para aumentar a competitividade das empresas. Além disso, a reforma do sistema tributário também pode favorecer a atração de investimentos e estimular as exportações, gerando impactos positivos no crescimento econômico do país. Com base nos resultados encontrados no desenvolvimento da pesquisa, pode-se indicar que os objetivos propostos foram alcançados.

O presente estudo também analisou os principais aspectos da reforma tributária, especialmente no que se refere ao imposto sobre valor adicionado e os desdobramentos desse imposto no Brasil, que, conforme a PEC 45, vai adotar um sistema de IVA-dual e terá dois impostos de base ampla, o IBS e a CBS. Ademais, o presente trabalho fez uma análise do conselho federativo do IBS e buscou responder uma das principais críticas feita ao modelo do IVA-dual em relação à autonomia dos estados e ao federalismo fiscal.

Além disso, constatou-se que a busca por um sistema tributário mais justo e eficiente deve considerar não apenas a unificação e a simplificação dos tributos, mas também a preservação da autonomia dos entes federativos e a promoção do desenvolvimento regional. Assim, é necessário um debate amplo e profundo para encontrar um equilíbrio entre esses diferentes aspectos, garantindo uma tributação mais justa e adequada às necessidades do país.

A pesquisa teve limitações e dificuldades, pois o presente artigo foi escrito quando a PEC 45 estava em tramitação no congresso nacional. Nesse sentido, a disponibilidade de dados atualizados e confiáveis sobre a reforma tributária são limitados.

Desse modo, este estudo contribui para a ampliação do debate sobre a reforma tributária, que é um tema relevante para o desenvolvimento econômico e social do país. Assim, colabora para o engajamento dos cidadãos no acompanhamento das políticas tributárias e para uma compreensão mais ampla e informada sobre o assunto.

Posto isto, é imprescindível que os legisladores, especialistas e a sociedade civil trabalhem em conjunto para aprimorar e implementar uma reforma tributária justa que atenda aos objetivos de simplificação e eficiência, dado que a PEC 45 é um importante ponto de partida para essa transformação. Por fim, com um sistema tributário mais justo, o Brasil poderá fortalecer sua economia, atrair investimentos e melhorar a vida de seus cidadãos.

REFERÊNCIAS

RAFAEL GEORGES (Brasil) (org.). **A distância que nos une: Um retrato das desigualdades brasileiras: um retrato das desigualdades brasileiras**. UM RETRATO DAS DESIGUALDADES BRASILEIRAS. OXFAM. Disponível em: [file:///home/chronos/u1771e4120e1ab788dd0798dfbad107cb6609a26a/MyFiles/Downloads/relatorio_a_distancia_que_nos_une-1%20\(2\).pdf](file:///home/chronos/u1771e4120e1ab788dd0798dfbad107cb6609a26a/MyFiles/Downloads/relatorio_a_distancia_que_nos_une-1%20(2).pdf). Acesso em: 31 out. 2023.

PAULO DE BARROS CARVALHO (Brasil). **A visão do tributarista Paulo de Barros Carvalho sobre o sistema tributário**. 2023. Monitor Mercantil. Disponível em: <https://monitormercantil.com.br/a-visao-do-tributarista-paulo-de-barros-carvalhosobre-o-sistema-tributario/>. Acesso em: 17 nov. 2023.

MIGUEL, L. G. **A Hipótese De Incidência Do Icms E A Evoluç O Dos Conceitos Tradicionais De Mercadoria E Serviço De Comunicação**. São Paulo: PUCSP, 2015.

CENTRO DE CIDADANIA FISCAL (São Paulo). **REFORMA DA TRIBUTAÇÃO SOBRE O CONSUMO: VISÃO CCIF 2023. CCIF**. Disponível em: https://ccif.com.br/wp-content/uploads/2023/03/NT_Visao_CCiF_V6.pdf. Acesso em: 11 nov. 2023.

ISAIAS COELHO (Brasil). **Neutralidade e não-cumulatividade do IVA (IBS/CBS)**. 2023. FGV. Disponível em: <https://blogdoibre.fgv.br/posts/neutralidade-e-naocumulatividade-do-iva-ibscbs>. Acesso em: 25 out. 2023.

INSPER (Brasil). **Contencioso tributário no Brasil: relatório 2020 – ano de referência 2019. Relatório 2020 – Ano de referência 2019**. 2020. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wpcontent/uploads/2021/01/Contencioso_tributario_relatorio2020_vf10.pdf. Acesso em: 19 nov. 2023.

MACHADO, Hugo de Brito (ed.). **CURSO DE DIREITO TRIBUTARIO–31ªED.(2010)**. 2010. Malheiros.

MINISTÉRIO DA FAZENDA (Brasil). **Alíquota-padrão da tributação do consumo de bens e serviços no âmbito da Reforma Tributária**. Disponível em: https://www.gov.br/fazenda/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/reformatributaria/estudos/8-8-23-nt-mf_-sert-aliquota-padrao-da-tributacao-do-consumo-debens-e-servicos-no-ambito-da-reforma-tributaria-1.pdf. Acesso em: 20 nov. 2023.

Direito constitucional esquematizado® / Pedro Lenza. – 23. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. (Coleção esquematizado®)

DOING BUSINESS. **Doing Business Subnacional Brasil 2021**. [s.l: s.n.]. Disponível em: <<https://portugues.doingbusiness.org/pt/reports>>.

ADRIANA FERNANDES (Brasília). Estadão. **Imposto unificado foi bem-sucedido em 169 países e só um desistiu dele, diz 'padroeira' do IVA**: professora rita de la feria, da universidade de leeds, afirma que brasileiro não sabe quanto paga de imposto e que imposto sobre valor agregado vai trazer transparência aos preços. Professora Rita De La Feria, da Universidade de Leeds, afirma que brasileiro não sabe quanto paga de imposto e que Imposto sobre Valor Agregado vai trazer transparência aos preços. 2023. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/economia/entrevista-rita-de-la-feria-iva-bem-sucedidoem-169-paises/>. Acesso em: 20 nov. 2023

Global Revenue Statistics Database/OCDE, 2022. Disponível em: <https://www.compareyourcountry.org/tax-revenues-global/en/0/655+656+657+658+6>

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **Uma pequena história da tributação e do federalismo fiscal no Brasil: a necessidade de uma reforma tributária justa e solidária** | Fabrício Augusto de Oliveira – São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. Paulsen, Leandro Curso de direito tributário completo / Leandro Paulsen. – 11. Ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N° 45, DE 2019. Proposta de Emenda Constitucional n° 45, de 3 de abril de 2019. Altera o Sistema Tributário Nacional. [S. l.], 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=9418093&ts=1700000310970&disposition=inline>. Acesso em: 15 nov. 2023.

REFORMA TRIBUTÁRIA. Reforma Tributária, por Ives Gandra da Silva Martins, [S. l.], p. 507-519, 23 abr. 2018. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/reformaTributaria-por-ives-gandra-da-silva-martins/>. Acesso em: 1 nov. 2023.

APPY, Bernard. **Reforma Tributária**: apresentação para a comissão de indústria, comércio e serviços da câmara dos deputados. Apresentação para a Comissão de Indústria, Comércio e Serviços da Câmara dos Deputados. 2023. Disponível em: [file:///home/chronos/u1771e410e1ab788dd0798dfbad107cb6609a26a/MyFiles/Downloads/BERNARD%20APPY%20%20Secretario%20do%20Ministerio%20da%20Fazenda%20\(2\).pdf](file:///home/chronos/u1771e410e1ab788dd0798dfbad107cb6609a26a/MyFiles/Downloads/BERNARD%20APPY%20%20Secretario%20do%20Ministerio%20da%20Fazenda%20(2).pdf). Acesso em: 19 nov. 2023.

SANTI, Eurico; MACHADO, Nelson (coord.). Imposto sobre Bens e Serviços: Centro de Cidadania Fiscal: Estatuto, PEC 45, PEC Brasil Solidário, PEC 110, Notas Técnicas e Visão 2023. São Paulo: MAX LIMONAD, 2023. 692 p. ISBN 978- 65-00-68343-1. Disponível em: file:///home/chronos/u-1771e4120e1ab788dd0798dfbad-107cb6609a26a/MyFiles/Imposto-Sobre-Bens-e-Servicos_CCiF_2023.pdf. Acesso em: 15 nov. 2023.

A APLICAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR SOBRE O SISTEMA DAS LOOT BOXES E MICROTRANSAÇÕES NOS JOGOS DIGITAIS

Bernard Anderson Queiroz Mendes Feitosa²¹
Leandro Cardoso Lages²²

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC) sobre os sistemas de loot boxes e microtransações presentes nos jogos digitais. De início, a análise dos arts. 2º e 3º do referido Código é imprescindível para evidenciar propriamente os polos da relação consumerista nesses casos, vez que o cenário digital que permeia os jogos é escasso no que concerne a determinações judiciais específicas sobre o tema trabalhado. Ademais, o elencado no art. 6º do CDC é ressaltado para a compreensão de direitos básicos do consumidor, por vezes desconhecido por este e violado pelas empresas fornecedoras de jogos. Será realizada breve exposição acerca da legalidade dos sistemas de loot boxes no Brasil e a semelhança destes com os “jogos de azar”, conforme disposições presentes na Lei das Contravenções Penais (LCP). Posteriormente, será feita breve análise da proteção auferida ao público infanto-juvenil pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no âmbito dos jogos digitais. Por fim, será discutida a presença de lacunas jurídicas nesse cenário, com a proposta de mecanismos que viabilizem o reconhecimento do consumidor sobre seus direitos e o incentivo à devida fiscalização do Estado sobre as empresas fornecedoras de jogos, no que se refere ao cumprimento das legislações pertinentes ao tema.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor. CDC. Loot boxes. Microtransações. Aplicabilidade.

Abstract: This article aims to analyze the applicability of the Consumer Protection Code (CDC) on loot box and microtransaction systems present in digital games. Initially, the analysis of arts. 2nd and 3rd of the aforementioned Code is essential to properly highlight the poles of the consumer relationship in these cases, since the digital scenario that permeates the games is scarce in terms of specific judicial determinations on the topic discussed. Furthermore, what is listed in art. 6th of the CDC is highlighted for the understanding of basic consumer rights, sometimes unknown to them and violated by game supply companies. There will be a brief presentation on the legality of loot box systems in Brazil and their similarity to “gambling”, in accordance with the provisions of the Criminal Misdemeanor Law (LCP). Subsequently, a brief analysis will be made of the protection granted to children and young people by the Child and Adolescent Statute (ECA) in the context of digital games. Finally, the presence of legal gaps in this scenario will be discussed, with the proposal of mechanisms that enable consumers to recognize their rights and encourage due State supervision over companies that provide games, with regard to compliance with legislation relevant to the topic.

Keywords: Consumer Protection Code. CDC. Loot boxes. Microtransactions. Applicability.

21. Graduando em Direito pelo ICEV - Instituto de Ensino Superior. E-mail: bernard.feitosa@somosicev.com.

22. Advogado e Doutor em Direito pela PUC-SP. E-mail: leandro.lages@grupocev.com

1. INTRODUÇÃO

À medida que o mercado de jogos digitais continua a se expandir e integrar cada vez mais o cenário moderno, é imperativo que o Direito acompanhe esse avanço e estabeleça estruturas regulatórias a serem observadas. A interação entre Direito e o mundo dos jogos não apenas protegerá os interesses de todas as partes envolvidas, mas também incentivará a inovação e o crescimento saudável desse setor vital da cultura contemporânea.

A pesquisa e o debate nesse campo são essenciais para garantir que os direitos sobretudo dos jogadores sejam devidamente delimitados e assegurados. Nesse contexto, deve-se ter em mente o caráter vulnerável atribuído ao jogador perante às grandes empresas fornecedoras de jogos.

Lima e Marques (2014) destacam três tipos de vulnerabilidade no aspecto das relações de consumo, sendo elas: vulnerabilidade jurídica, vulnerabilidade fática e vulnerabilidade técnica. No que diz respeito ao sistema de *loot boxes*, pode-se inferir que, para além da vulnerabilidade jurídica, a vulnerabilidade técnica se manifesta na medida em que “o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto a sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços”.

O presente artigo tem como objetivo o estudo da aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) no âmbito dos jogos digitais, mais especificamente no que concerne ao sistema de microtransações e *loot boxes*. A priori, é analisada a fixação da relação consumerista e a identificação dos polos que a compõem. Ademais, é feita a análise de direitos básicos do consumidor que são comumente violados nesse meio.

Posteriormente, é realizada uma breve exposição da Lei das Contravenções Penais (LCP), com vistas a evidenciar a similaridade entre as *loot boxes* e os “jogos de azar”, uma vez que a prática destes é considerada ilícita conforme a legislação mencionada. Por fim, mediante o estudo de disposições presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), busca-se determinar se o público infanto-juvenil encontra a devida proteção contra práticas nocivas e prejudiciais que, porventura, estão inseridas nos jogos digitais.

O trabalho finaliza abordando lacunas legislativas que permeiam as *loot boxes*, além de propor mecanismos que viabilizem uma maior conscientização do consumidor sobre condutas predatórias presentes em jogos digitais e uma maior fiscalização do Estado sobre o cumprimento de legislações vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

A metodologia de pesquisa utilizada tem caráter descritivo, que utiliza o método dedutivo e emprega, como técnica de coleta de dados, a revisão bibliográfica, bem como a análise de documentos e materiais presentes em sites e artigos científicos.

2. O SISTEMA DE MICROTRANSAÇÕES

2.1.OS JOGOS DIGITAIS: A EVOLUÇÃO DE UM MERCADO RENTÁVEL

A indústria dos jogos digitais cresceu exponencialmente ao longo dos últimos vinte anos. Com o surgimento de tecnologias que propiciaram o aumento da capacidade de armazenamento e processamento de dados em computadores e videogames, o mercado que antes era voltado somente para os jogos de mídia física passou a explorar um novo cenário com o advento das mídias digitais.

A expressão “jogo digital” referida inicialmente deve ser entendida como a:

Atividade voluntária, com ou sem interesse material, com propósitos sérios ou não, composta por regras bem definidas e objetivos claros, capazes de envolver os jogadores na resolução de conflitos e que possui resultados variáveis e quantificáveis. Esta atividade deve ser gerenciada por *software* e executada em *hardware* (Miranda; Stadzisz, 2017. p. 299).

Buscando alcançar uma quantidade cada vez maior de jogadores(as), as desenvolvedoras e distribuidoras de jogos passaram a comercializar, além de mídias físicas, jogos que pudessem ser comprados *on-line* ou mesmo baixados (*download*) de forma gratuita. Além disso, começaram a precificar itens dentro do próprio jogo por meio das chamadas microtransações.

Diante disso, o jogador que, inicialmente, busca encontrar nos jogos uma forma de entretenimento acaba tornando-se alvo dessa indústria, que passa a apreendê-lo(a) como uma fonte de ganhos. Assim, quando as desenvolvedoras e distribuidoras de jogos aderem, por vezes, a práticas suspeitas e predatórias, deixam de lado a essência do mercado, apresentando um viés puramente econômico e voltado à monetização.

No início do século XXI, plataformas de distribuição de jogos digitais começaram a ganhar notoriedade, tais como a *Steam* (criada em 2002), a *Nuuvem* (empresa brasileira criada em 2011) e a *Epic Games* (criada em 2017), trazendo consigo catálogos que facilitam o acesso de jogadores(as) aos mais variados *games*. Ademais, surgem os primeiros jogos *multiplayer* na modalidade MMORPG (*Massive Multiplayer Online Role Playing Game*), tornando-se muito populares. Nesse cenário, os jogos, antes vistos exclusivamente como um produto, evoluíram para um serviço. Desse modo, surge, então, o conceito de “*game as a service*”, que inovou ao oferecer jogos com atualizações constantes, mantendo sua continuidade e base de jogadores(as). Tais mudanças representaram uma quebra do paradigma até então vigente, facilitando a acessibilidade e universalização do consumo de “*game as a service*”, além de possibilitarem uma maior integração entre jogadores(as) do mundo todo, ao passo em que contribuem para que novas formas de monetização sejam implementadas, como as microtransações mencionadas inicialmente.

As microtransações correspondem a “todas as transações realizadas nos jogos que sejam efetuadas com dinheiro real, seja para se adquirir um item estético, funcional, melhoramentos, ou moedas do jogo que podem se converter em todos estes” (Fantini; Fantini; Garrocho, 2019, p. 1254). Para melhor entender as características destas, destaca-se a tese da filósofa Erica Neely, especializada em filosofia da tecnologia e ética da computação, que propõe três aspectos que podem compô-las: o primeiro é a aleatoriedade, na qual o jogador(a) adquire uma caixa surpresa, que pode sortear qualquer item disponibilizado no jogo, como é o caso das *loot boxes*; o segundo é a natureza do item adquirido, podendo este ser cosmético ou funcional e, no caso deste último, possibilitando uma disparidade entre jogadores com base no quanto estão dispostos a gastar; e o terceiro é a capacidade de somente adquirir um produto mediante o pagamento com dinheiro real, não propiciando ao jogador a possibilidade de auferi-lo de outra forma no próprio jogo.

Uma vez entendidas as características das microtransações, depreende-se o quão nociva a sua prática pode ser no mundo dos jogos, pois aspectos como a aleatoriedade e a propensão a gastos expressivos auferidos ao jogador podem gerar prejuízos a este. Atualmente, a indústria de jogos está focada nas microtransações, de modo que sua principal fonte de receita decorre destas. Todavia, a falta de fiscalização e regulamentação acerca das práticas realizadas possibilita que as empresas que atuam no ramo dos jogos digitais abusem de mecanismos tais como as *loot boxes*.

2.2. LOOT BOXES: UMA BREVE ANÁLISE DE SUAS IMPLICAÇÕES

As *loot boxes* são uma espécie de microtransação, sendo definidas como caixas de recompensas inseridas nos jogos, que podem ser adquiridas mediante recursos do próprio jogo, moedas virtuais ou dinheiro real. Elas contêm itens que podem ser obtidos pelo jogador, mas não é possível determinar quais serão estes até o momento de abri-las. A recompensa pode envolver desde os itens mais raros presentes no jogo até os mais comuns.

Alguns jogos criam abas ou *tiers* para diferenciar um conjunto de itens que tem alta taxa de ser gerado e outros *tiers* com itens de baixa chance de serem gerados (Takahara, 2020, p. 25). Porém, é válido ressaltar que nem todos os jogos informam essa probabilidade, o que representa uma violação direta ao Código de Defesa do Consumidor, como será explicado posteriormente.

Segundo o site Techtudo, a primeira grande repercussão negativa acerca das *loot boxes* ocorreu com o lançamento do jogo *Star Wars Battlefront II*, em 2017. Este foi lançado no mercado custando cerca de R\$250,00 (duzentos e cinquenta reais). A problemática surgiu quando o(a) jogador(a), após adquirir o jogo, percebeu que, para jogar com algum personagem que desejasse em específico, ou precisaria gastar mais dinheiro, comprando caixas de recompensas (*loot boxes*) dentro do jogo pela possibilidade de receber tal personagem; ou então jogar 40 horas para juntar cartões disponibilizados pelo próprio jogo e adquirir uma única *loot box*, que ainda assim não traria a certeza de adquirir o personagem almejado.

Conforme pesquisa realizada pelos próprios jogadores, para desbloquear todos os itens e personagens dentro do jogo referido, o(a) jogador(a) teria que dedicar aproximadamente 4.528 horas. Desse modo, resta claro que a solução mais viável seria tentar a sorte com as famigeradas *loot boxes*. A empresa *Electronic Arts*, desenvolvedora do jogo, lucrou valores substanciais ao adotar esse sistema. Entretanto, a repercussão foi tão negativa pela comunidade gamer, que esta foi obrigada a desativar o sistema de *loot boxes*.

Diversos outros jogos surgiram ao longo do tempo, apresentando o mesmo modelo de “negócios”, tais como *FIFA*, *Apex Legends*, *Free Fire*, entre outros. Alguns, inclusive, são lançados e disponibilizados para o público de forma gratuita, os chamados *free-to-play*. Contudo, apesar dessa “gratuidade” do jogo, as empresas arrecadam muito dinheiro mediante a implementação das *loot boxes*. A partir desse ponto, outra questão de extrema relevância deve ser levantada: a classificação etária a qual um jogo se determina.

Existem jogos que possuem classificação etária livre, ou seja, todas as idades podem e estão aptas a jogar. Outros, apresentam indicativos para um público de idade mais elevada, como 16 ou 18 anos. Isto posto, incita-se o questionamento acerca da devida avaliação e fiscalização pelos órgãos competentes sobre esta, pois alguns jogos, em especial os que possuem *loot boxes*, apresentam classificação etária livre e possuem uma propensão a causar grande mal ao público mais juvenil.

Notícias que remontam a gastos expressivos feitos por crianças utilizando os cartões de crédito dos pais, dentro dos jogos, passaram a ser cada vez mais frequentes nos jornais e redes sociais. A exemplo disso, um vídeo de uma criança de 5 anos de idade pedindo desculpas a sua mãe por gastar R\$217,00 (duzentos e dezessete reais) comprando diamantes (moeda virtual utilizada no próprio jogo, para adquirir caixas de recompensas ou outros itens) para o jogo *Free Fire*, viralizou nas redes sociais e, apesar de trazer um lado cômico a toda a situação, não deixa de evidenciar o quão preocupante ela é. Isto posto, muitas controvérsias surgiram acerca da temática das *loot boxes* e com elas a inerente necessidade de se proteger a parte mais vulnerável dessa relação, o consumidor, em especial o público infante-juvenil.

3. AS LOOT BOXES SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO DO CONSUMIDOR E A APLICABILIDADE DO CDC NESSE ÂMBITO

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 representa o topo do ordenamento jurídico. Todas as normas e legislações vigentes devem estar em consonância com o que está nela disposto.

Segundo Paulo Bonavides (2001), em sua obra *Curso de Direito Constitucional*,

A Constituição é o ponto mais alto do nosso ordenamento, lei-mãe de todas as outras, que serve de filtro e de alicerce para as demais normas, sendo, pois, o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais.

Nesse contexto, destaca-se o disposto na Constituição Federal, uma vez que denota a importância atribuída pela carta maior da legislação brasileira a questões como dignidade da pessoa humana, desenvolvimento nacional e defesa do consumidor. Todas as demais leis, inclusive as que abrangem o Direito do Consumidor no âmbito digital, devem estar em conformidade com esses fundamentos e objetivos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana [...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

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: [...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da Lei, a defesa do Consumidor

[...]

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:

[...]

V - defesa do consumidor

Com o advento da Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor (CDC), tem-se uma abordagem mais específica acerca dos direitos e deveres dos consumidores, dentre outras questões, de tal modo que a defesa do consumidor prevista na Constituição é devidamente reforçada. Trata-se de uma regulamentação das relações consumeristas no Brasil, que busca evitar o abuso perpetrado pelas grandes empresas criadoras, fornecedoras e distribuidoras de jogos em detrimento da parte mais vulnerável na relação jurídica, o consumidor. Com base nisso, Flávio Tartuce (2013), professor mestre e doutor em Direito Civil, afirma que:

O CDC brotou como uma resposta legal protetiva, objetivando ainda, situar a transparência e a concordância entre consumidores e fornecedores. Mais do que uma legislação alfandegária e punitiva, o Código criou uma cultura de respeito aos direitos de quem consome produtos e serviços, iniciamos o processo de desenraizar as relações onde o consumidor era tratado como um sujeito figurativo da relação de consumo, sem voz, e plantamos a semente do Direito do Consumidor que defende conceitos que confrontam com os desejos do fornecedor, porém não ministra vontades e sim garantias (TARTUCE; NEVES, 2013, p. 25).

Para melhor entender a aplicabilidade do CDC sobre a temática das microtransações e *loot boxes*, é imprescindível que, a priori, se estabeleça quem são os fornecedores e quem são os consumidores propriamente. Para isso, os arts. 2º e 3º do referido Código determinam:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

[...]

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Desta forma, depreende-se que o(a) jogador(a), na condição de destinatário final dos jogos que adquire, é enquadrado na definição de **CONSUMIDOR**. Em contraponto, as empresas criadoras, desenvolvedoras e distribuidoras de jogos são equiparadas ao **FORNECEDOR**. Além disso, é válido ressaltar que no âmbito dos jogos digitais as classificações destes podem ser ou de **PRODUTOS** ou de **SERVIÇOS**.

Uma vez determinados os polos da relação consumerista, a pertinência acerca dos abusos cometidos pelas grandes empresas criadoras e fornecedoras de jogos deve ser evidenciada. O sistema de microtransações, mais especificamente no que concerne às *loot boxes*, acaba ferindo diversos dispo-

sitivos elencados no CDC. A exemplo disso, tem-se no art. 6º, direitos básicos do consumidor que comumente são ignorados ou relativizados pelas grandes corporações:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.

Depreende-se, então, que ao consumidor devem ser asseguradas a proteção à vida, à saúde e à segurança. Porém, como falar em segurança e saúde diante de práticas predatórias como as *loot boxes*, que possuem uma propensão ao vício e considerável dano patrimonial? Não se trata apenas do autocontrole que um(a) jogador(a) deve ter ao usufruir desse sistema, mas sim sobre a devida proteção que a este deve ser auferida, de modo a restringir ou evitar o seu comprometimento, uma vez que estratégias são utilizadas pelas grandes empresas para induzi-lo a permanecer consumindo compulsivamente.

Tendo por base as teorias de Análise do Comportamento de B. F. Skinner (1982), fundador do Behaviorismo Radical, a aleatoriedade presente na sistemática das *loot boxes* funciona como um sistema de recompensa imediata capaz de moldar/condicionar o comportamento do indivíduo, pois interage com uma das formas fundamentais de funcionamento do nosso cérebro, associada a prazeres inesperados. Tem-se nestas, toda uma estrutura audiovisual que reforça o comportamento compulsivo, tais como sons agradáveis que sucedem a compra de uma *loot box*, ou anúncios chamativos, que prendem o(a) jogador(a) em uma atmosfera única de “entretenimento”.

Ainda no que concerne aos direitos básicos do consumidor, em se tratando da informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com as devidas especificações e riscos, o professor Geraldo Brito Filomeno (2018, p. 144) afirma:

O inc. III do art. 6º ora comentado, pois que se fala expressamente sobre especificações corretas de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam, obrigação específica dos fornecedores de produtos e serviços.

Por conseguinte, a falta de informações claras e objetivas sobre os possíveis itens virtuais a serem adquiridos nas *loot boxes*, bem como a omissão sobre as reais taxas de probabilidade de obtenção de cada item, constituem uma violação direta ao inciso apresentado. Além disso, tendo em vista que o consumidor é motivado não pela aquisição da caixa de recompensa, mas sim pela expectativa de receber determinado item, a sua liberdade de escolha é tangenciada pela forma como lhe é ofertado o produto. Portanto, ao desconhecer precisamente o conteúdo que está adquirindo, este acredita que as probabilidades lhe sejam favoráveis, incentivando cada vez mais o seu consumo (Fantini, Fantini E Garrocho, 2019).

Algumas empresas informam em seus jogos as taxas de probabilidade de obtenção de itens por meio de abas ou *tiers*, como outrora mencionado. Nesse ponto, entretanto, questiona-se a veracidade sobre o que está sendo divulgado. Portanto, é necessário que quaisquer informações prestadas sejam devidamente claras e objetivas acerca do produto ou serviço disponibilizado ao consumidor, conforme estabelece o art. 30 do CDC.

Art. 30 Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Assim, é evidente que as informações veiculadas nos jogos digitais, em especial as que tratam das probabilidades que permeiam a obtenção de itens nas *loot boxes*, devem estar presentes e serem suficientemente claras e precisas, para que o consumidor seja devidamente protegido. Tal qual o disposto no inciso IV do art. 6º, o art. 30 preza pelo princípio da transparência, que segundo Filomeno (2018, p. 145):

Tal proteção é conferida ao consumidor a partir do art. 30 do Código, quando trata a oferta como um dos aspectos mais relevantes do mercado de consumo, atribuindo-lhe o caráter vinculativo, ou seja, tudo que se diga a respeito de um determinado produto ou serviço, deverá corresponder exatamente à expectativa despertada no público consumidor (Filomeno, 2018, p. 145).

Além disso, estímulos visuais e sonoros capazes de induzir o jogador a gastar quantias cada vez maiores são lançados recorrentemente dentro dos jogos digitais. Em sistemas como as *loot boxes*, que utilizam bastante desses estímulos, e sutilmente perpassam ao consumidor a ideia de que o algoritmo responsável pela aleatoriedade dos itens adquiridos é legítimo, cria-se uma falsa expectativa acerca da realidade e uma propensão ao vício. Configura-se portanto como uma prática comercial desleal, violando o disposto no art. 6º, IV do CDC (Fantini, Fantini E Garrocho, 2019)

A tese de que o algoritmo dos jogos que apresentam o sistema de *loot boxes* manipula em certo nível o consumo exacerbado pelo(a) jogador(a) tem fundamento, pois conforme vazamentos realizados por uma fonte interna da *Electronic Arts*, e divulgados pelo Comitê Brasileiro de Clubes (CBC), os jogadores estavam sendo direcionados pela empresa a comprar caixas de recompensas. Ademais, o envio de *loot boxes* adulteradas para alguns influenciadores digitais, com o intuito de enganar o consumidor acerca das reais chances de obter determinado item em um jogo, já foram noticiados, o que representa uma quebra na expectativa do consumidor e uma violação aos princípios e fundamentos já percorridos no CDC.

Outra questão pertinente é a similaridade do sistema de *loot boxes* aos chamados “jogos de azar”. No Brasil, apesar de não haver uma regulamentação específica sobre o fato de as *loot boxes* serem ou não jogos de azar propriamente dito, já foi incitada a discussão sobre a temática. Não obstante, a partir do momento em que as empresas criadoras, desenvolvedoras e distribuidoras de jogos, objetivando apenas o aumento de arrecadação em detrimento dos seus consumidores, se dispõem a perpetrar em seus jogos algo equiparado a um “jogo de azar”, estas estão ignorando padrões éticos e legais. Partindo dessa premissa, países como Bélgica e Holanda baniram a prática do sistema de *loot boxes*, haja vista que assim promovem maior segurança do consumidor.

Quanto à responsabilização no âmbito civil das grandes corporações no mundo dos games, perante os consumidores, o CDC determina, em seus artigos 12 e 14 que:

Art. 12 O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

[..]

Art. 14 O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Com base no disposto nos artigos acima e, tendo em vista o impacto do sistema de *loot boxes* sobre o consumidor, pode-se inferir que as empresas criadoras, desenvolvedoras e distribuidoras de jogos devem ser devidamente responsabilizadas na medida em que perpetuam uma prática nociva e prejudicial. A quebra recorrente de princípios como transparência e boa-fé já demonstra por si só a necessidade de uma fiscalização e regulamentação mais incisiva. Nesse contexto, o art. 4º do CDC estabelece que:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Para além disso, trazendo novamente à pauta a questão etária determinada pelos jogos, tem-se outro fator que exige atenção do Estado e maior regulamentação: a facilidade de acesso do público infanto-juvenil a esse sistema, o que os torna os maiores alvos de práticas predatórias e abusivas. Nesse sentido, considera-se, também, a facilidade acerca de pagamentos a serem realizados no próprio jogo. Não se trata unicamente do monitoramento que os pais devem ter sobre os filhos quanto ao uso indiscriminado dos jogos digitais, mas sim do avanço da legislação apta a proteger os mais vulneráveis em contraponto ao avanço da tecnologia.

Isto posto, o CDC não é a única legislação a ser considerada no que concerne ao sistema de micro-transações e *loot boxes*. Afinal, diante das implicações ao público que usufrui dos mais variados produtos e serviços disponibilizados no universo gamer, é imprescindível discorrer acerca de legislações que, juntamente com o CDC, buscam resguardar os direitos dos indivíduos nas mais variadas esferas.

Diante do exposto, faz-se necessária a implementação, nas plataformas digitais, de novos mecanismos capazes de reconhecer os potenciais danos causados pelo algoritmo dos jogos disponibilizados ao público. Atualizações nas legislações vigentes também se fazem necessárias, assim como a devida fiscalização destas.

4. LEGISLAÇÕES APLICÁVEIS AO SISTEMA DE LOOT BOXES E LACUNAS NORMATIVAS

A priori, deve-se ressaltar que a falta de uma determinação legal que esclareça o caráter das *loot boxes* no Brasil ainda enseja discussões. Tendo em vista que estas não foram, até o presente momento, designadas como “jogos de azar”, faz-se necessária uma análise mais aprofundada acerca do que são “jogos de azar” e quais as legislações que, em conjunto ao CDC, regulamentam essa prática, com vistas a verificar se as caixas de recompensas presentes nos jogos devem ou não ser assim classificadas.

A Associação Nacional dos Centros de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente entrou na Justiça contra as desenvolvedoras que possuem atividade no Brasil (ANCD, 2021), sob o argumento de que estas constituem uma modalidade de “jogo de azar”, proibida pela Lei de Contravenções Penais e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

No Brasil, adota-se o entendimento de total proibição à exploração de “jogos de azar”. Com o advento do Decreto-Lei 3688/41, a Lei das Contravenções Penais (LCP), essa conduta passou a ser considerada ilícita, de tal modo que o seu descumprimento é punível com prisão simples, de três meses a um ano e multa, conforme elencado no art. 50 da referida lei:

Art. 50 Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:

Pena - prisão simples, de três meses a um ano, e multa, de dois a quize contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos móveis e objetos de decoração do local.

Diante deste paradigma, questiona-se: afinal, o que são considerados “jogos de azar” e como podem ser associados ao sistema de *loot boxes*? Apesar da falta de consenso sobre o assunto no âmbito ju-

rídico, é indiscutível que as definições de ambos apresentam similaridades. Ainda no art. 50 da LCP, nos §3º e §4º, fica evidenciado o que são considerados jogos de azar e a que são equiparáveis os lugares acessíveis ao público mencionados no caput.

Art. 50 Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:

[...]

§3º Consideram-se, jogos de azar:

a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte;

[...]

§4º Equiparam-se, para os efeitos penais, a lugar acessível ao público: [...]

d) o estabelecimento destinado à exploração de jogo de azar, ainda que se dissimule esse destino.

Diante do exposto e considerando que as “caixas de recompensas” apresentam em sua natureza o fator sorte, resta determinar se o ganho e a perda dependem exclusivamente desse fator. Para isso, é primordial a análise dos itens obtidos pelas caixas em questão e a finalidade a que estes se dispõem, visto que há uma grande distinção entre itens cosméticos e funcionais, por exemplo.

Nesse cenário, é importante esclarecer que, nas *loot boxes*, os itens cosméticos representam roupas (*skins*), acessórios ou visuais de personagens e armas dentro do próprio jogo, de tal modo que nada influenciam na performance e progresso deste, constituindo apenas

um aspecto estético. Nesses casos, ignora-se a aplicabilidade do art. 50, §3º, “a”, visto que, apesar do item cosmético depender da sorte para ser adquirido, não terá relevância para o ganho e a perda do jogo.

Todavia, os itens funcionais, que representam melhoramentos nas armas e personagens presentes nos jogos, capazes de torná-los mais fortes e desproporcionais em relação aqueles jogadores que não os possuem, influenciam consideravelmente na performance e progresso dos jogos. Nesses casos, o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte, pois o jogador, na tentativa de conquistar o item funcional e obter a vantagem concernente a ele, será direcionado a gastar quantias cada vez maiores sem ter a certeza de que irá adquiri-lo. Assim, tal qual previsto no art. 50, §3º, a, da LCP, tem-se na prática o que é considerado um jogo de azar, apesar de juridicamente não ser aplicada essa definição ao caso em questão.

Nesse contexto, outro ponto a ser abordado é a definição de estabelecimento para a LCP e sua relação com o meio digital. Diante do exposto no art. 50, §4º, “d” da referida Lei, equipara-se “lugar acessível ao público” a “estabelecimento destinado a jogos de azar”, o que sucinta o questionamento: os jogos digitais podem, por analogia, ser associados a um estabelecimento a que o artigo faz jus? A ausência de uma resposta assertiva para essa pergunta demonstra, dentre outros aspectos, que existem lacunas significativas acerca da regulamentação do sistema de *loot boxes* e jogos digitais como um todo, o que prejudica sobretudo a segurança do jogador.

De todo modo, com a finalidade de proteger o público mais jovem de práticas predatórias e associadas a jogos de azar, a LCP estabelece em seu art. 50, §1º que “a pena é aumentada de um terço, se existe entre os empregados ou participa do jogo pessoa menor de 18 anos”. Dessa forma, a referida Lei considera os menores de idade hipervulneráveis perante os fornecedores, adotando assertivamente uma postura ainda mais severa do que o próprio CDC no que concerne a práticas prejudiciais àqueles.

A falta de uma determinação legal que esclareça o caráter das *loot boxes* no Brasil ainda enseja discussões. Tendo em vista que estas não foram, até o presente momento, designadas como “jogos de azar”, a proteção auferida pela LCP torna-se insuficiente. Considerando que o público mais jovem não pode ficar à mercê de práticas nocivas e prejudiciais no âmbito dos jogos digitais, a aplicabilidade do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) complementa a segurança destes. Em conformidade, José de Farias Tavares (2012, p. 73) elucida que “a Lei tem a finalidade de evitar o acesso prematuro a coisas que lhe são perigosas ou nocivas”.

O art. 1º do ECA estabelece que a Lei em questão tem como finalidade garantir a proteção integral da criança e do adolescente. Ademais, no art. 2º, especifica-se que a pessoa até doze anos de idade incompletos é considerada criança e a pessoa entre doze e dezoito anos de idade é considerada adolescente. Tendo isso em vista, há de se concordar que muitos dos jogos digitais disponibilizados ao público não atentam para a definição do que vem a ser criança ou adolescente, possibilitando que faixas etárias que não condizem ao conteúdo ou serviço auferido sejam atingidas.

Assim, resta evidente que existem ainda lacunas legislativas, que caso fossem supridas, dariam um maior direcionamento à maneira como o sistema de microtransações deve ser encarado. A avaliação, por exemplo, sobre o caso de caixas de recompensas serem consideradas “jogos de azar” já permeia as discussões há pelo menos cinco anos e ainda não há entendimento consolidado sobre o tema. Enquanto isso, milhares de brasileiros são subjugados e manipulados mediante a utilização indiscriminada desse sistema, sendo muitos deles crianças e adolescentes que, conforme o ECA, não deveriam ter acesso a esse tipo de conteúdo.

A abrangência do ECA, apesar de extensa, apresenta limitações no que concerne aos jogos digitais. Logo, percebe-se que o avanço da legislação não tem acompanhado o avanço da tecnologia e das demandas sociais contemporâneas, de tal modo que o Estatuto é insuficiente para regulamentar as práticas de jogos de azar presentes nos jogos digitais. (Fantini, Fantini e Garrocho, 2019).

As legislações vigentes apresentadas buscam resguardar os direitos de todos os jogadores. Porém, lacunas legislativas precisam ser supridas e, para isso, discussões e soluções acerca da temática devem ser cada vez mais incentivadas.

5. CONCLUSÃO

Como fora discorrido no presente trabalho, o mercado de jogos digitais está em constante expansão, trazendo consigo novas maneiras de conectar os jogadores em um ambiente virtual e implementando novos mecanismos de monetização, como as microtransações e *loot boxes*.

Todavia, a falta de fiscalização e devida regulamentação acerca desses novos mecanismos presentes nos jogos digitais prejudicam sobretudo o consumidor, pois o entretenimento por este almejado, o torna alvo de abusos e manipulação. Dessa maneira, medidas devem ser adotadas de modo a estabelecer um ambiente saudável, ético e conforme os parâmetros legais. Assim, entende-se que o sistema de *loot boxes* deve ser regulamentado pelo Estado, no intuito de suprir as lacunas legislativas outrora mencionadas.

Discutir se determinada prática deve ser objeto de regulamentação significa considerar a intervenção do Estado nas relações privadas. Contudo, isso deve ser feito com a devida cautela, considerando os impactos sobre princípios constitucionais como a livre iniciativa e o bem estar social. Sob essa perspectiva, deve-se analisar a relevância que grandes empresas de jogos como a Sony, por exemplo, possuem no cenário nacional, uma vez que movimentam valores substanciais na economia brasileira mediante a disponibilização de seus produtos e serviços. A restrição destes de forma desproporcional realizada pelo Estado poderia inviabilizar para tais empresas a permanência e continuidade desse mercado, uma vez que a livre iniciativa estaria sendo violada, prejudicando não somente os interessados na relação de consumo, mas também toda a economia. Em contrapartida, é notório o conhecimento de que medidas devem ser adotadas para proteger a parte mais vulnerável dessa relação e preservar o bem estar social. Tendo em vista que o princípio constitucional da livre iniciativa se choca com a ideologia de que no Estado Democrático deve ser assegurado, acima do lucro, a existência digna às pessoas nela envolvida, a regulamentação de mecânicas presentes nos jogos, como as *loot boxes*, deve ser feita de forma gradativa e pontual, preservando tanto o direito das empresas de reger o próprio negócio, quanto a segurança do jogador contra práticas nocivas e predatórias. Inicialmente, medidas como a criação de um programa de ação apto a educar não somente os jogadores, mas todas as pessoas (pais, mães, avós, etc) sobre conceitos importantes na indústria de jogos poderiam ser adotadas pelo governo, por exemplo, diminuindo a alienação da sociedade acerca da temática.

Nesse contexto, o Ministério da Justiça, órgão nacional com poder normativo, tem a atribuição de promover ações para assegurar os direitos e interesses do consumidor e proteger o mercado de con-

sumo, podendo editar instruções normativas que auxiliem na interpretação de leis vigentes. Ademais, o referido órgão poderia elaborar um manual com diretrizes a serem observadas no desenvolvimento e na comercialização dos jogos no Brasil.

Em relação aos direitos básicos do consumidor que são violados diretamente com o sistema de *loot boxes*, outras medidas podem ser adotadas no intuito de diminuir ou mesmo extinguir o potencial nocivo desse mecanismo, tais como: poderá ser informado ao jogador o histórico das últimas caixas de recompensa adquiridas, com o valor pago e a recompensa recebida, de modo que a este seria possibilitado um melhor entendimento sobre o panorama dos gastos realizados; e deverá ser divulgado a este a probabilidade de obter os itens presentes nas *loot boxes*, com comprovação dos dados que embasaram essa informação. Além disso, é importante que as características das caixas de recompensas que as tornam equiparáveis aos “jogos de azar” sejam reavaliadas, uma vez que a Lei das Contravenções Penais já positivou o caráter ilícito destes.

Válido ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, na busca de assegurar a integridade e os direitos dessa faixa etária, estabelece que as microtransações não deverão ser amplamente acessíveis ao público infanto-juvenil, principalmente em se tratando de *loot boxes*. Dessa forma, os jogos que utilizarem desse sistema deverão atentar para o estabelecimento de uma classificação indicativa mínima para ter acesso ao conteúdo das lojas dentro do jogo, e ainda que isso possa ser superado pela simples omissão da idade ao preencher o cadastro do jogo, as transações que exigirem dinheiro real devem ser limitadas caso o jogador cadastrado faça uso de uma forma de pagamento que não esteja em seu nome, evitando que terceiros sejam também lesados.

Conclui-se, portanto, que apesar de não ter uma regulamentação estabelecida acerca das *loot boxes* no ordenamento jurídico brasileiro, as legislações vigentes buscam resguardar os direitos de todos. É notório que a evolução digital tem sido desproporcional quando comparada a evolução do Direito, mas ainda assim este tem caminhado a passos largos para acompanhá-la. Medidas devem ser adotadas para proteger ainda mais aqueles que necessitam, em especial no que concernem à fiscalização das grandes empresas fornecedoras de jogos e seus mecanismos e a identificação e supressão de lacunas legislativas.

REFERÊNCIAS

ANCED. **Anced entra na justiça pedindo a proibição de sorteios ilegais em jogos eletrônicos**. ANCED BRASIL, Distrito Federal, 4 de abr de 2021. Disponível em: <<https://www.ancedbrasil.org.br/anced-entra-na-justica-pedindo-proibicao-de-sorteios-ilegais-em-jogos-eletronicos/>>. Acesso em: 06 de nov. de 2023.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, 2023. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 de nov. de 2023.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 06 de nov. de 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei N° 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 06 de nov. de 2023.

BRASIL. **Lei N° 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 05 de nov. de 2023.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos básicos do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo. Colaboração de Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga. 12. ed. rev., atual e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 136-170. E-book.

F. S. Miranda and P. C Stadzisz, Jogo Digital: definição do termo. In: Proceedings of XVI Simpósio Brasileiro de Jogos e Entretenimento Digital, 2017.

FANTINI, Laiane; FANTINI, Eduardo; GARROCHO, Luís. **A Regulamentação das Loot Boxes no Brasil: Considerações Éticas e Legais acerca das Microtransações e dos Jogos de Azar.** SBGames, Rio de Janeiro, XVIII SBGames. Out. 2019. Disponível em: <<https://www.sbgames.org/sbgames2019/files/papers/industriaFull/196985.pdf>>. Acesso em: 20 de out. de 2023.

Ministério da Justiça, Decretos e Competências, 2019. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/Acesso/institucional/sumario/competencia>>. Acesso em: 10 de nov. de 2023.

São necessárias mais de 4.500 horas de jogo, ou US\$ 2.100, para desbloquear todo o conteúdo de Star Wars: Battlefront 2, de acordo com estimativas dos jogadores. VG247, Surrey 16 de nov de 2017. Disponível em: <<https://www.vg247.com/2017/11/16/it-takes-over-4500-hours-of-play-or-2100-to-unlock-all-content-in-star-wars-battlefront-2-according-to-player-estimates/>>. Acesso em: 16 de out. de 2023.

SKINNER, B. F. **Ciência e Comportamento Humano**, 11ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Obra original publicada em 1953).

TAKAHARA, Victor Massashi. **Microtransações em jogos eletrônicos**: um estudo sobre percepção dos usuários sobre os itens funcionais e ornamentais. Dissertação (Mestrado em Economia) - Curso de Economia - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29536>>. Acesso em: 01 de nov. de 2023.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual De Direito Do Consumidor: Direito Material E Processual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2013.

TAVARES, José Farias. Livro I - Parte Geral: Título III - Da Prevenção. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 8ª ed. São Paulo: Grupo GEN, 2012. p. 72-74. E- book.

ALGORITMOS DISCRIMINATÓRIOS: UMA ANÁLISE DA DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA E OS DIREITOS GARANTIDOS PELA LGPD

Hilda Beatriz Diniz Donato Gonçalves²³
Jarbas Gomes Machado Avelino²⁴

Resumo: O presente artigo tem por finalidade demonstrar a aplicação da Lei n° 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), nas relações de emprego. A partir de uma análise doutrinária, foram identificados e indicados os requisitos necessários para que o tratamento de dados pessoais e de dados pessoais sensíveis, durante as fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, seja realizado sem a violação aos direitos da personalidade dos empregados, o que possibilitou a compreensão acerca dos limites e dos desafios impostos ao empregador-controlador nesse contexto. Com a citação de jurisprudências especializadas sobre o assunto, foi possível solucionar o problema de pesquisa a respeito de como e com base em que parâmetros se dá a responsabilização civil do empregador nos casos de tratamento indevido dessas informações pessoais, caracterizadas pelo seu potencial lesivo e discriminatório.

Palavras-chave: Discriminação; Algoritmos; Inteligência Artificial; LGPD

Abstract: Given the context in which society and technologies are increasingly closer and interacting with each other, the research proposes to investigate whether there is algorithmic discrimination in artificial intelligence. Thus, the work aims to explore about the discriminatory biases of algorithms that influence decision making and consequently, influence people's lives. And subsequently, analyze the LGPD, demonstrating the rights assured to data subjects. The methodology used is exploratory and qualitative, in which a bibliographic review will be used, focusing on scientific articles, monographs, master's dissertations, doctrines, as well as laws and other regulations. It was concluded that algorithms are not neutral as they make their decisions through their own biases. Moreover, the LGPD represents an important advance in the protection of individuals' personal data, mitigating these biases to the extent that it imposes audits and investigations on those who hold the data, so that the rights are ensured and respected as provided by law.

Keywords: LGPD. Data protection. Employment relationship. Collection of personal data. Processing of data. Civil responsibility.

23. Bacharel em Direito pelo Instituto de Ensino Superior iCEV, e-mail hilda.goncalves@somosicev.com

24. Advogado e Docente do Instituto de Ensino Superior iCEV, bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí (2004)

1 INTRODUÇÃO

No parecer SF/18341.29177-00, de 2018, o Senador Ricardo Ferraço afirmou que a economia moderna é maciçamente baseada em dados (*data driven economy*) e que, a todo momento, informações sobre todos os aspectos das relações humanas, inclusive da personalidade dos indivíduos, estão sendo coletadas, armazenadas e processadas, restando o dado pessoal como um ingrediente indissociável da privacidade do cidadão, de forma que a sua preservação guarda conformidade com o efetivo respeito a garantias fundamentais do indivíduo.

Porém, tal qual explica Reani (2018), havia um vácuo na regulamentação de uso de dados pessoais civis nos âmbitos público e privado. Então, a Lei n. 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – surgiu, influenciada pelo *General Data Protection Regulation* (GDPR), para harmonizar e preencher as lacunas advindas das leis esparsas previamente encontradas no ordenamento jurídico brasileiro. Sua entrada em vigor, em setembro de 2020, representou uma consolidação legislativa em relação ao tratamento desses dados.

Nessa toada, Carlos Henrique Bezerra Leite (2023) dispõe que a interpretação sistemática dos arts. 3º e 4º da LGPD autoriza a ilação de que seus princípios e regras são aplicáveis nos sítios da relação empregatícia. Além de tal entendimento, Lara Padilha Ramos e Ana Virgínia Moreira Gomes (2019) afirmam que a aplicação da LGPD é essencial para resgatar o equilíbrio da relação de trabalho entre empregado e empregador, tendo em vista a necessidade de autorização do empregado para coleta de dados e a imposição de limites ao seu tratamento, o que garante o respeito aos direitos fundamentais à privacidade, proteção de dados, liberdade e dignidade humana dos trabalhadores.

Com o objetivo principal de realizar uma análise jurídica sobre essa aplicabilidade da LGPD nas relações de emprego, foram utilizados livros físicos e e-books sobre direito digital e direito do trabalho, além de artigos científicos e monografias recentes sobre o tema da proteção de dados pessoais, pesquisados no site Conjur, na Revista dos Tribunais, no Google Acadêmico, dentre outros. A escolha final de referências foi realizada por meio de fichamento e foi selecionado apenas o que se encaixou na delimitação temática do artigo, que se enquadrou em uma pesquisa teórica. Com isso, houve a identificação de quais requisitos são necessários para o devido tratamento de dados pessoais e de dados pessoais sensíveis durante as fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, bem como a compreensão de quais desafios são impostos ao empregador durante esse processo.

Jurisprudências pátrias foram selecionadas no site *Jusbrasil*, pesquisadas por meio das palavras “LGPD”, “relações de emprego”, “dados pessoais sensíveis”, “tratamento indevido de dados”, restritas aos Tribunais Regionais do Trabalho, ao TST e ao STF, para aprofundamento da análise, a fim de elucidar o problema de pesquisa acerca de como e sob quais parâmetros se dá a responsabilidade civil do empregador-controlador diante do tratamento indevido de dados pessoais e de dados pessoais sensíveis dos candidatos a emprego e dos empregados, em cada um dos estágios supracitados.

Embora dentro do contexto da proteção de dados, não foi abordado no presente trabalho o *compliance* trabalhista, nem o tratamento de dados anonimizados, de médicos e de dados relativos ao uso de álcool e drogas, devido às suas particularidades. Além disso, também não foi alvo da pesquisa o tratamento de dados no regime telepresencial de trabalho e aquele realizado de modo automático.

Por tratar de um tema atual e multidisciplinar, com grandes repercussões sociais, principalmente no tocante às minorias, este trabalho tende a trazer importantes contribuições para pesquisas posteriores e para o estudo de operadores do direito e de demais interessados na área. Além disso, a compreensão acerca do assunto abordado é de suma importância para a proteção dos direitos fundamentais daqueles que se posicionam em relações jurídicas laborais como empregados.

2. LGPD: DISPOSIÇÕES INICIAIS SOBRE DADOS PESSOAIS E DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS.

2.1 Dados Pessoais e Dados Pessoais Sensíveis

Ao pesquisar “o que são dados pessoais sensíveis?” na plataforma Google, encontra-se aproximadamente 18.300.000 resultados. Esse vasto número de respostas é consequência da recente implementação da Lei Geral de Proteção de Dados, que passou a interferir no mundo jurídico e no meio social, ao

regulamentar o tratamento de diferentes tipos de informações particulares aos indivíduos, chamadas de dados.

De acordo com Chiara S. de Teffé (2022), a relevância de se desenvolver um instrumento legal que coloca os direitos à proteção de dados e à privacidade em posição de preeminência, em face de situações estritamente patrimoniais, se deu em razão do crescimento dos graus de exposição dos indivíduos e de sua sujeição a estruturas tecnológicas, pertencentes a Estados e grandes empresas. Dessarte, dentro desse cenário, no qual os dados pessoais se tornaram um importante ativo econômico para empresas e corporações, a LGPD possibilitou a garantia dos direitos à privacidade e à segurança aos seus titulares, por meio da proteção às informações personalíssimas inerentes a eles.

No primeiro artigo da supracitada lei é possível ver o recorte estabelecido quanto ao caráter pessoal das informações amparadas por ela. Ao ler o dispositivo, entende-se que a norma dispõe somente sobre o tratamento de dados referentes à pessoa natural, identificada ou identificável, com exceções previstas no rol taxativo do art 4º. Assim, os dados pessoais caracterizam-se por um vínculo objetivo existente com o indivíduo, dotados da possibilidade de revelação de alguma característica ou ação atribuída em conformidade com a lei. (DONEDA. 2011.)

Não obstante, dados pessoais possuem uma derivação chamada dados sensíveis: são informações que se referam a “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico.” Essa diferenciação é importante, pois a categoria de dados sensíveis tem uma necessidade de proteção legal adicional, devido ao potencial lesivo inerente a eles. (CORRÊA, DE PAULA, BELLINTANI. 2020.)

Alinhados a esse entendimento, Vólia Bomfim e Iuri Pinheiro (2020) afirmam que os dados sensíveis são dados pessoais associados a determinados contextos que sejam capazes, em tese, de gerar uma discriminação injustificada. No âmbito das relações empregatícias, situações em que tais dados são utilizados em desfavor de seus titulares são muito comuns.

A título de exemplificação, pode-se considerar o questionamento direcionado a uma candidata, em sua entrevista de emprego para gerente de vendas, sobre a possibilidade de uma gestação durante o contrato de trabalho. É possível depreender que a informação solicitada é considerada um dado sensível, pois além de íntima e de não possuir relevância para o cenário da contratação ou da prestação de serviço, pode ser o fator determinante para a não contratação da mulher em questão.

O professor Carlos Nelson Konder (2019), em uma visão mais aprofundada, afirma que a definição de certo dado pessoal como dado pessoal sensível não pode ser estabelecida em abstrato. O caso em concreto deve ser analisado, à luz do contexto de utilização da informação, para verificar se há a potencialidade de que seu tratamento possa servir como instrumento de estigmatização ou discriminação.

Por conseguinte, para o direito do trabalho, dados pessoais são aqueles relativos à figura do empregado e dados pessoais sensíveis são aqueles irrelevantes para a prática do cargo ou função e que, pelo seu simples fornecimento, são potencialmente capazes de gerar prejuízo ao seu titular, de maneira preconceituosa e discriminatória, motivo pelo qual há necessidade de uma tutela mais rígida em relação a eles. (MULHOLLAND. 2018.) Proteger de maneira rigorosa os dados pessoais sensíveis se torna, assim, instrumento para a efetivação da igualdade e da liberdade.

2.2 Tratamento de Dados na LGPD.

O inciso X do art. 5º da referida lei define tratamento como toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, redução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

Com o fito de regular essas operações, a LGPD determinou que o tratamento de dados somente pode ocorrer sob hipóteses específicas, distribuídas nos artigos 7º, referente aos dados pessoais e 11º, referente aos dados pessoais sensíveis, ambos com róis taxativos. Segundo Menezes e Colaço (2019), essa prática passou a se sujeitar a objetivos, finalidades, interesses e princípios próprios, permitida somente se estiver em conformidade com as dez exigências assinaladas no art. 7º, que serão ampliadas pelo art. 11, no caso de dados sensíveis.

Nesse quadro, Maria Christina Fleming (2021) explica que o tratamento de dados pessoais sensíveis deve ser precedido de cautelas maiores, com especial atenção aos princípios e direitos dos titulares, pois um eventual incidente de segurança com esses tipos de dados pode trazer consequências mais gravosas aos direitos e liberdades dos titulares.

À vista disso, a lei contempla dois caminhos possíveis para o tratamento de dados sensíveis. O primeiro estabelece a exigência de consentimento específico e destacado do titular ou responsável, para finalidades específicas (consentimento qualificado), sem restrição adicional à finalidade para qual o dado sensível será utilizado, enquanto o segundo permite a dispensa do consentimento, desde que o tratamento seja utilizado para finalidades taxativamente previstas no inciso II do art. 11 da LGPD (CORRÊA, et al. 2022). Eis o entendimento aprofundado do assunto:

Vale ressaltar que para os dados pessoais sensíveis as hipóteses legais de tratamento do interesse legítimo, da proteção ao crédito e da execução de contrato não se aplicam. Com relação à execução de um contrato, apenas a hipótese de exercício regular de um direito, inclusive em contrato, poderá justificar o tratamento de dados pessoais sensíveis. Como exemplo, poderíamos citar uma operadora de plano de saúde que rescinde um contrato com o cliente que emprestou sua carteirinha do plano para outra pessoa e que para isso tenha que acessar, compartilhar, coletar etc., algum dado pessoal sensível desse cliente. (TEIXEIRA, GUERREIRO. 2022.)

Para uma proteção maior ao tratamento de dados pessoais sensíveis, o supracitado inciso reduziu as bases legais de tal natureza a partir da dispensa do consentimento, com a exclusão de três hipóteses em comparação ao rol dos dados pessoais, quais sejam o interesse legítimo, a proteção ao crédito e a execução de contrato.

Logo, na falta de um dispositivo específico e voltado exclusivamente para as relações laborais na LGPD, o empregador pode justificar o tratamento de dados pessoais em qualquer uma das dez bases legais do art. 7º (mais amplo), bem como o tratamento de dados pessoais sensíveis naquelas previstas no art. 11 (mais restrito), por meio de uma análise acerca de qual justificativa melhor se alinha às operações pretendidas, com uma avaliação dos prós e contras de cada uma delas, atentando-se, neste último caso, para as vedações supracitadas.

Ainda, o empregador, no âmbito das relações empregatícias em que tome parte, em suas diferentes fases, desde a pré-contratual até a pós contratual, deve adequar a sua atuação aos ditames traçados na referida lei, respeitando-a, com destaque para os princípios ditados no art. 6º, que são basilares para qualquer espécie de tratamento de dados: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, boa-fé e responsabilização e prestação de contas.

Assim, em que pese a singularidade que marca as relações laborais, a incidência da LGPD deve se coadunar com os princípios diretores previstos na lei. Neste sentido, os princípios da finalidade, da adequação e da necessidade, segundo Luciane Barzotto e Ricardo

H. Martins Costa (2022), formam um tripé do núcleo duro da legitimação do tratamento de dados, visto que a operação realizada sempre deve observar se há a restrição à finalidade específica que justifica o seu uso; se é adequada ao fim pretendido e se é realizada sem excessos, baseada apenas no necessário. Cumpre mencionar que os princípios da não discriminação, da transparência e do livre acesso também são aplicados de forma direta no âmbito trabalhista, como será demonstrado nos tópicos posteriores.

3. ANÁLISE JURÍDICA DA APLICAÇÃO DA LGPD NAS RELAÇÕES DE EMPREGO.

3.1 Os desafios impostos quanto ao papel do consentimento nas relações empregatícias:

Ao se analisar a relação de emprego no contexto da economia dos dados, em conformidade com os ensinamentos de Flávia Alcassa (2020), compreende-se que o empregado figura como o titular dos

dados e o empregador como o controlador. Dessa forma, a preocupação em relação ao tratamento de dados pessoais dos empregados decorre, principalmente, da existência da subordinação jurídica entre o titular e o controlador, o que pode ensejar abusos no momento da coleta, utilização e conservação dos dados. (LEITE, 2023.).

Consoante Gustavo Tepedino (2019), a LGPD não tem por objetivo inviabilizar o tratamento de dados para conhecimento do público-alvo e aprimoramento das atividades empresariais, mas apenas conciliar esse legítimo interesse do empregador-controlador com a relação de pertencimento, digna de proteção, entre os dados pessoais e os seus próprios titulares, empregados.

Nesse aspecto, de acordo com Tarcísio Teixeira e Ruth Guerreiro (2022), o consentimento do titular dos dados ou responsável é a justificativa mais conhecida para o tratamento legal de dados pessoais. Definido pelo art. 5º, XII da LGPD, ele é considerado a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.”

Ocorre que, no direito do trabalho, há uma grande controvérsia acerca da utilização dessa base legal como justificativa para o tratamento de dados pessoais (sensíveis), tendo em vista a chance de um consentimento viciado, logo, nulo, pelo desequilíbrio entre os polos da relação de emprego. Lilian de Souza Castalani (2022) explica que diante de um nítido desequilíbrio de forças entre as partes pactuantes na relação de trabalho, certamente o titular de dados pessoais não ofertará consentimento verdadeiramente livre. E se não é livre, não é válido, conforme a própria LGPD dita. De forma mais desenvolvida:

A expressão “livre” pressupõe verdadeira opção do titular dos dados, pressuposto que despertará dúvida sobre sua ocorrência no âmbito de uma relação como a trabalhista, marcada pelo desequilíbrio de poder e, em regra, pela dependência econômica. Não serão raras as alegações de que o empregado não teve legítima escolha, a ele tendo sido imputado o consentimento como fator condicionante de manutenção do vínculo de emprego. (BARZOTTO, COSTA. 2022.)

Sob essa perspectiva, denotou-se que o empregado, na condição de subordinado, terá maior dificuldade em expressar livremente seu consentimento em relação ao uso de seus dados pessoais pelo empregador (ALVES, ESTRELA. 2020.), o que torna a base legal do consentimento, nas relações de emprego, frágil e passível de nulidades, ao se considerar a disparidade entre os dois sujeitos principais da relação empregatícia, caracterizada pela hipossuficiência do empregado.

Contudo, caso o empregador decida pelo tratamento com essa fundamentação, embora a lei disponha em seu art. 8º caput e §1º sobre a validade de qualquer manifestação de vontade, devido a essa controvérsia, é indicado que seja realizado o consentimento escrito, seja em um aditivo contratual com cláusulas separadas das demais, seja por um documento específico e apartado do contrato formal de trabalho, a fim de resguardar sua segurança, pois, conforme § 4º do art. 8º da lei em tela, é vedado o tratamento de dados diante de consentimento fornecido

de forma genérica e o ônus de comprovar a validade do consentimento recai nas mãos do controlador, nos moldes do §2º do mesmo artigo. Ainda sobre o exposto:

É preciso ficar claro que nem sempre é preciso o «consentimento» do titular (pessoa natural) para o tratamento de dados. Embora o primeiro contato com a matéria remeta o raciocínio a tal exigência, certo é que referida hipótese só deve ser utilizada quando da ausência e/ou impossibilidade de enquadramento de todas outras. E a razão parece ser óbvia: o consentimento pode ser revogado a qualquer tempo (artigo 8º, parágrafo 5º), o que coloca o controlador em uma situação delicada. (ARAÚJO. 2020.)

Em resumo, a adoção dessa base legal nas relações laborais é um desafio e, por isso, aconselha-se ao empregador que utilize outra fundamentação para o tratamento de dados, como o cumprimento de obrigação legal (prevista para ambos), pois há possibilidade de revogação do consentimento a qualquer momento pelo titular ou responsável (§5º) e a partir da ocasião em que essa vontade for manifestada, independentemente da documentação anteriormente firmada, o tratamento de dados deve cessar, além de que essa descontinuidade não pode ser utilizada como razão para a rescisão contratual.

3.2 Fase pré-contratual

As relações de emprego são precedidas por uma fase pré-contratual, na qual as informações pessoais dos candidatos são colhidas, a fim de que o empregador opte pela contratação ou não. Esse processo seletivo pode ser intermediado por um recrutador ou realizado pelo próprio profissional contratante, sendo comum a análise de currículos e a realização de entrevistas.

Na visão de Lígia Maria Costa (2014), há uma tendência para que, durante essa seleção, o empregador invada a esfera da vida privada do pretendente com perguntas pessoais, o que o leva a voluntariamente revelar os aspectos mais íntimos de sua vida, no intuito de conquistar o emprego proposto, prescindindo da proteção de seus direitos fundamentais, situação que configura violação aos preceitos legais previstos na LGPD. É que, mesmo nesta fase preliminar ao contrato, a lei citada já deve incidir de modo a reger a relação entre as partes e evitar violações de direitos. Sobre isso:

Nos instantes de negociação preliminar, podem ser feitas entrevistas com o candidato ao emprego com o objetivo de melhor conhecê-lo e de, igualmente, ele também melhor conhecer a organização que pretende contratá-lo. Nesse momento também, com base na referida responsabilização extracontratual, os pretensos negociantes, até mesmo para proteger os dados reciprocamente colhidos, precisam agir com respeito à privacidade, à autodeterminação informativa e à liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião. Nesse instante cabe redobrar a atenção e adotar procedimentos capazes de fazer prova de que se preservou a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem dos envolvidos. (MARTINEZ. 2023.)

Assim, em vistas de garantir a consecução dos direitos fundamentais à privacidade, à segurança e à intimidade, honra e imagem dos profissionais envolvidos, a aplicação da Lei 13.709/2018 harmoniza-se, durante a fase de seleção, com a adoção de uma política de coleta mínima de dados pessoais, na qual as informações preliminares solicitadas são restritas ao necessário para a caracterização do possível empregado e para compreensão de suas qualificações, a exemplo de endereço, e-mail, telefone para contato, número de inscrição no CPF, histórico acadêmico e profissional, dentre outras, sem adentrar no campo dos dados pessoais sensíveis, em razão de seu potencial discriminatório.

Vólia Bomfim (2020) afirma que, durante a coleta de dados pessoais na pré-contratação, o empregador deve não apenas ater-se à letra da lei, por meio da adoção de uma base legal, mas atentar-se conjuntamente à ausência de qualquer prejuízo ou discriminação para com o empregado-titular, razão pela qual é recomendável a coleta, durante a fase pré-contratual, apenas de dados fundamentais para a prática da atividade.

Nesse raciocínio, o Desembargador Relator João Batista César, no julgamento do Recurso Ordinário em Procedimento Sumaríssimo referente ao processo 0010606- 19.2022.5.15.0117, deu provimento ao recurso para condenar a empresa recorrida Biosev Bioenergia S.A. a pagar indenização a título de dano extrapatrimonial, decorrente de ato ilícito/discriminatório, ao recorrente Wesley Resende De Magalhães, por ter realizado exame toxicológico durante o processo seletivo à vaga de emprego, prática que resultou na não contratação do empregado, de forma discriminatória e ilícita.

Dessa forma, jurisprudência e doutrina entram em consenso a respeito dos limites impostos ao poder decisório do empregador: embora ele possa contratar somente aqueles que atendam aos requisitos de qualificação mínimos exigidos, tais como curso de profissionalização ou proficiência em idiomas específicos, com uma margem de escolha para efetivação de funcionários que melhor se adequem ao perfil profissional da empresa, pode haver sua responsabilização civil caso haja a não contratação do empregado, por motivos discriminatórios ocasionados pela coleta de dados pessoais, sensíveis ou não, na fase pré-contratual.

Sobre essa disposição, cumpre trazer recente posicionamento linear do TRT da 10ª Região, em julgamento dos Embargos no Recurso de Revista referente ao processo de nº 0000933-49.2012.5.10.0001, interposto pelo Ministério Público do Trabalho da 10ª Região, no qual a Embargada a GPS Logística e Gerenciamento de Riscos S.A foi condenada à obrigação de abster-se de utilizar banco de dados, de prestar e/ou de buscar informações sobre restrições creditícias relativas a candidatos a emprego/trabalho, seus ou de terceiros, sob pena de multa, bem como ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, com valor a ser apurado em execução, sob fundamento de que não há o que se ponderar quanto

à livre iniciativa frente à LGPD, tendo em vista a utilização do cadastro, durante a fase de seleção, pela empresa requerida, para finalidade diversa da concessão de crédito, de forma a afrontar aos direitos de personalidade do empregado, por meio de uma manipulação de dados pessoais sensíveis tendente a gerar uma cadeia de quebra da isonomia e de discriminação.

Importante apontar, a respeito desse tema, que diferentemente do caso concreto citado acima, em que a discriminação ocasionou a não contratação do empregado e a consequente responsabilidade civil do empregador, há situações em que, mesmo diante da exigência de uma documentação com potencial discriminatório, o empregado foi efetivado na fase pré-contratual. Nesse esteio, diante da ausência efetiva de discriminação e de prejuízo, não há o que se falar em responsabilização civil, conforme entendimento do TST, a saber:

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE - EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS IMPOSTA NA FASE PRÉ-CONTATUAL - TRABALHADOR REGULARMENTE CONTRATADO - NÃO CONFIGURAÇÃO DE CONDUTA DISCRIMINATÓRIA
- INDEVIDA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

Com a ressalva do entendimento pessoal deste relator, a 7ª Turma firmou posicionamento no sentido de que, nas situações em que o trabalhador deduz pretensão de condenação da empresa ao pagamento de danos morais, em razão da exigência de exibição de certidão de antecedentes criminais, formulada como condição para a admissão no emprego, a contratação regular do trabalhador, após a apresentação do documento mencionado, afasta a configuração do dano moral. Nas razões do voto vencedor, da lavra do Ministro Douglas Alencar Rodrigues, entendeu-se que a efetiva contratação do obreiro elidiria o dano, “ainda que se possa questionar a licitude da conduta empresarial, com base nos preceitos legais e constitucionais que vedam quaisquer espécies de discriminação (art. 3º, IV, e 5º, ‘caput’, ambos da CF e art. 1º da Lei 9.029, de 1995)”. Isso porque “sem a alusão objetiva a qualquer fato ou circunstância vivenciada a partir do requisito empresarial, não se mostra possível reconhecer qualquer afronta à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem do trabalhador (CF, art. 5º, X)” (TST- RR-125500-65.2013.5.13.0024, 7ª Turma, Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, DJe de 28/11/2014). Recurso de revista desprovido.

Portanto, a responsabilização civil do empregador quanto ao tratamento de dados pessoais durante essa fase muito tem a ver com a análise do caso concreto. Todavia, é preciso ressaltar que diante da legislação ser ainda recente, o acervo jurisdicional é raso e passível de algumas decisões contraditórias em relação a sua aplicação no âmbito trabalhista.

Por último, após a seleção, nos termos dos artigos 15 e 16 da LGPD, os dados relativos àqueles que não foram contratados devem, como regra, ser descartados de forma segura, para que não haja o vazamento dessas informações. No caso excepcional de necessidade de armazenamento por previsão expressa legal, conforme explicam Ricardo Calcini e Dino Araújo (2021), deve haver uma organização com a estipulação de prazo de manutenção da documentação e o titular precisa saber e anuir, expressamente, nos casos de compartilhamento de currículo. É obrigação do recrutador informar claramente aos não selecionados a política de utilização dos dados coletados na entrevista e o motivo pelos quais eles não foram imediatamente descartados.

Em conclusão, os limites e desafios impostos ao empregador na coleta de dados pessoais durante a fase pré-contratual, conforme doutrina e jurisprudências elencadas, são: necessidade, em primeiro lugar, de que os documentos solicitados sejam relevantes para a prestação do serviço, pois a não contratação como resultado de discriminação por meio de tal tratamento pode ensejar sua responsabilidade civil; e, em segundo, urgência na comunicação aos candidatos a respeito de como se dará o tratamento de seus dados pessoais durante e após a finalização da seleção, mesmo àqueles que não sejam efetivamente contratados, também sob pena de possível responsabilização.

3.3 Fase Contratual

Finalizada a fase de seleção, dá-se início à fase contratual da relação de emprego, na qual o empregado começará a prestação do serviço nos termos compactuados dentro do contrato, definido pelo

art. 442 da CLT como o “acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.” (RICKEN, Luiz Henrique. 2021.) Dentre os dados que são tratados no curso do contrato de trabalho, há os relacionados com a saúde ocupacional, afastamentos previdenciários e para fins de preservação da segurança no caso de algumas ocupações específicas.

Carlos Bezerra Leite (2023) afirma que nesse estágio é comum o tratamento de dados pessoais sensíveis decorrente da necessidade de cumprimento de uma obrigação legal, pelo fato de os empregadores terem que preencher informações sobre os seus empregados no sistema e- Social, além de prestarem informações à fiscalização do trabalho. Em complementação:

O cumprimento de obrigação legal ou regulatória consiste no controlador poder tratar dados pessoais, mesmo sem o consentimento do titular, quando tiver que cumprir alguma determinação legal ou regulamentação. Pode-se citar, por exemplo, o caso de um empregador que necessite informar os dados do seu empregado para fins da seguridade social ou mesmo em casos de fiscalização do Ministério do Trabalho. O empregador não precisará de consentimento do seu empregado para tratar os dados pessoais de seus empregados. Nesse caso, porém, quando da contratação de seu funcionário, o empregador terá que informá-lo dentro de quais possibilidades seus dados poderão ser tratados, atendendo-se assim ao princípio da transparência. (TEIXEIRA, GUERREIRO. 2022.).

Em outras palavras, mesmo que seja o caso de prescindibilidade do consentimento, é dever do empregador informar ao empregado quanto à política de tratamento adotada pela empresa, para que ele tenha consciência a respeito de todo o processo, de forma transparente, acessível e não prejudicial. Além disso, entendem Luciane Barzotto e Ricardo H. Costa (2022) que também é fundamental a preparação de rotinas seguras de controle e de armazenamento de dados, por meio de treinamentos realizados pela empresa com todo o quadro geral de funcionários, inclusive os que aparentemente não lidam com dados, como a faxineira, o contínuo ou o garçom, pois eles podem ter acesso fortuito a um documento esquecido no ambiente de trabalho.

Nesse sentido, cumpre trazer o julgamento da Ação Civil Coletiva (0020043- 80.2021.5.04.0261), proposta pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Alimentação de Montenegro em face da Cooperativa dos Citricultores Ecológicos do Vale do Cai LTDA, sob o fundamento de que a empresa reclamada estaria descumprindo sistematicamente a proteção de dados pessoais de seus empregados, pois não havia indicação do controlador encarregado pelo tratamento, tendo ocorrido também o compartilhamento das informações com terceiros, sem as devidas cautelas legais.

O TRT da 4ª Região decidiu, nesse caso, pela procedência parcial do pedido, determinando que a empresa indicasse e nomeasse um encarregado para tratamento de dados pessoais sensíveis, a fim de que seus empregados ficassem cientes de quem era o responsável por seus dados sensíveis. Além disso, determinou que fossem implementadas e comprovadas práticas de proteção relacionadas à segurança e ao sigilo das informações, sob pena de multa. Condenou a reclamada ao pagamento dos honorários sucumbenciais e das custas processuais.

Portanto, a adoção de uma postura preventiva e transparente a respeito do tratamento de dados pessoais sensíveis, por intermédio da promoção de medidas de segurança no ambiente de trabalho, bem como de orientações aos seus funcionários, a fim de conter os riscos relacionados ao possível vazamento dessas informações, é mais um dever imposto ao empregador-controlador pela LGPD. Nesse sentido, Gustavo Tepedino (2019) explica que é necessária a realização de treinamentos especializados dos funcionários que trabalham com tecnologia da informação, para que eles tenham ciência dos elevados requisitos de segurança contemplados no art. 46 da LGPD e da necessidade de aprimoramento constante dos sistemas. Ainda, Adriana Giuntini (2021) sugere que uma boa prática para a governança de dados pessoais sensíveis na relação empregatícia é a elaboração de guias e cartilhas, com linguagem simples e acessível, para a compreensão por todos os colaboradores e empregados da empresa, dos mais diversos cargos ali existentes, acerca dos cuidados necessários ao tratamento de dados sensíveis, por meio de uma apresentação atrativa, interessante e, se possível, com exemplos práticos.

Depreende-se do exposto que, durante a fase contratual, nas palavras de Ediraldo H. Brígida (2022), as empresas devem se adequar à legislação, a fim de conferirem um papel primordial na efetividade

dos direitos e na prevenção de danos. (CALCINI, ARAÚJO. 2021.) Na prática, sugere-se que o empregador defina uma trilha de tratamento dos dados de forma documentada e procedimental a fim de comprovar a utilização de protocolos e sistemas que garantam a segurança dos dados e o acesso facilitado do titular sempre que preciso.

3.4 Fase pós-contratual

Segundo Flávia Alcassa (2022), a fase pós-contratual é caracterizada pelo desligamento de um funcionário ou colaborador dos quadros da empresa. Assim, a extinção do contrato de trabalho pode significar, a partir de uma análise do art. 15 da LGPD, uma das hipóteses de término do tratamento de dados pessoais, tanto em atenção ao princípio da finalidade (inciso I), que determina a interrupção do tratamento quando exauridos os seus propósitos legítimos, quanto pela comunicação de revogação do consentimento pelo titular (inciso III).

Uma vez finalizado o tratamento, a regra prevista no art. 16 da citada lei é de que a empresa elimine os dados pessoais do empregado. Nesse diapasão, Pedro Henrique C. Souza (2022) diz que, em caso de necessidade de descarte de documentação em papel ou em outro meio físico, é recomendável a fragmentação dos documentos em tiras, ou até mesmo em partículas, a depender do grau de sigilo previsto nas informações. Importante atentar-se para o descarte tanto dos documentos originais, como de eventuais cópias. Ainda, o empregador não poderá, de forma alguma, descartar dados diretamente em lixeira comum, devendo haver um setor responsável de segurança, que examine os documentos e realize procedimentos formais de eliminação, conforme dispõe Selma Carloto (2022).

Com base nesse dever do empregador de descartar os dados pessoais sensíveis de seus empregados após a rescisão contratual, a Juíza do Trabalho Substituta da 2ª Vara do Trabalho de Boa Vista, Dra. Vanessa Maia De Queiroz Matta determinou, na sentença referente ao proc. ATOrd 0000655-47.2021.5.11.0052, que a Reclamada deixasse de utilizar a assinatura digital da reclamante em suas atividades, bem como condenou a empresa ao pagamento de indenização por danos morais na quantia de R\$5.000,00 à autora, sob o entendimento de que quando a relação empregatícia se extingue, os deveres de proteção persistem e não mais se justifica a utilização de informações do trabalhador, para a realização das atividades empresariais.

Todavia, cumpre mencionar que a LGPD prevê, como exceção, a possibilidade de conservação de dados, mesmo após o término de seu tratamento, para finalidades específicas. No âmbito das relações empregatícias, Eduardo T. Filho (2021) explica que, pela interpretação do inciso I do art. 16, a empresa é autorizada a manter os dados do empregado, na fase pós-contratual, para fins de produção de provas pelo prazo prescricional das pretensões trabalhistas, como é possível depreender do seguinte trecho:

No âmbito pós-contratual, os empregadores não devem descuidar dos prazos prescricionais. Não é porque houve a ruptura do pacto laboral que a eliminação dos dados pessoais será feita automaticamente. Note-se que, mesmo que haja pedido explícito do titular para a eliminação de seus dados, a empresa deve ficar atenta para guardá-los até que não seja mais possível o ajuizamento de nenhuma ação por parte do titular do dado. Como referidos dados podem ser utilizados para a elaboração de defesas processuais, devem ficar armazenados pelo menos até o término do prazo da ação rescisória respectiva. (MINHARRO. 2023.).

Ou seja, nas relações empregatícias, o descarte de dados nem sempre acontece de forma automática após o fim do tratamento, com o término do contrato de trabalho. É dizer que todos os dados que possam ser utilizados como instrumento comprobatório em ações posteriormente ajuizadas, tais como registro de ponto e demonstrativo de pagamentos, podem ser armazenados pelo empregador, mesmo que sem consentimento, em virtude da finalidade de obrigação legal. Em atenção ao disposto:

O prazo prescricional atual para o empregado exigir seus créditos e direitos trabalhistas derivados das relações de trabalho é de 5 (cinco) anos, até o limite de 2 (dois) anos após a extinção do contrato. Portanto, a empresa possui garantia legal para guardar documentos comprobatórios pelo menos dentro do prazo prescricional. Contudo, no decorrer do período de guarda, ainda deverão ser observadas as diretrizes

da LGPD, com a adoção de técnicas capazes de deixar os dados em sigilo, sendo que após o término desse período, o descarte é obrigatório. Aqui recomendamos que haja uma tabela de temporalidade e destinação desses dados e, para que essa tabela tenha eficácia, deve ser instituída uma avaliação da necessidade daqueles documentos serem guardados ou não. (ALCASSA. 2022.).

Assim, embora o empregador tenha o dever de eliminar os dados pessoais sensíveis do empregado após o fim do tratamento, bem como de estabelecer condutas proativas para que o descarte seja seguro e que não haja o vazamento das informações prestadas, com ausência de prejuízos ao titular, ele também conta com uma proteção legal de armazenamento nos casos de documentos que possam ser utilizados como matéria de defesa no âmbito processual após a rescisão contratual, desde que por tempo determinado e que sejam observadas as diretrizes da LGPD, respeitado o direito do empregado-titular de livre acesso aos documentos pretendidos, nos moldes do inciso IV do art. 6°.

Esse entendimento foi adotado no julgamento, pelo TRT da 3ª Região, da ação de produção antecipada de provas 0010486-12.2020.5.03.0074, proposta por Samyra de Sá Generoso de Souza em face da Cooperativa de Crédito de Livre Admissão da União dos Vales do Piranga e Matipo LTDA. A lide tratou a respeito da entrega de documentos relativos à antiga empregada (registros de ponto, ficha de empregado atualizada, demonstrativos de pagamento e ficha financeira da trabalhadora), armazenados pela requerida, para fins de verificação do pagamento correto de horas extras.

O juiz Ézio Martins Cabral Júnior considerou que os documentos requeridos pela autora são de sua própria titularidade, visto que referem-se a dados pessoais de sua vida laboral, sendo, portanto, obrigação da ré fornecer o livre acesso a eles, mesmo após o fim do contrato de trabalho. O magistrado também evidenciou que tais dados são informações com caráter probatório, possíveis até mesmo de solucionar o problema de forma administrativa, sem o ajuizamento de nova ação. Dessa forma, o pedido em relação à entrega da documentação foi julgado procedente.

Conclui-se, pelos casos concretos citados no presente tópico, que a jurisprudência pátria vai ao encontro do que a doutrina defende acerca do tratamento de dados pessoais na fase pós-contratual: a saída do empregado pressupõe o descarte de seus dados pessoais, a ser realizado de forma segura, com a implementação de medidas ativas de proteção contra o vazamento dessas informações. Todavia, o armazenamento pode ocorrer nessa fase, desde que seja observada sua finalidade probatória em processos, bem como o prazo legal permitido, garantido o livre acesso a seus titulares ou responsáveis.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente trabalho foi possível compreender que a LGPD é aplicável no âmbito trabalhista e que ocorre tratamento de dados pessoais e de dados sensíveis em todas as fases das relações laborais, sendo dever do empregador cumprir os requisitos legais previstos na Lei Geral de Proteção de Dados, a fim que ele seja realizado de forma devida, nos moldes do art. 11, em conformidade com os princípios previstos no art. 6°, com a garantia de que os direitos à segurança, à privacidade e à honra do titular ou responsável serão protegidos, sem que este sofra qualquer prejuízo ou discriminação, antes, durante ou após o contrato de trabalho.

Verifica-se que o consentimento é uma base legal fragilizada nas relações de emprego, pois tais relações são formadas por sujeitos desiguais, a partir da hipossuficiência do empregado. Dessa forma, depreendeu-se que essa fundamentação é um desafio para a figura do controlador-empregador, na medida em que esse consentimento pode ser nulo desde o princípio por vício inerente ou revogado a qualquer momento, de modo a se tornar preferível que o empregador se resguarde em outras justificativas, em especial no cumprimento de dever legal, hipótese prevista para o tratamento de ambas as classificações de dados e que dispensa a necessidade de consentimento.

Diante do questionamento sobre como se dá a responsabilização civil do empregador no caso de uso indevido de dados sensíveis durante os estágios pré-contratual, contratual e pós-contratual, concluiu-se pela análise das jurisprudências selecionadas que pode haver tanto responsabilidade civil individual, quanto responsabilidade coletiva a ser tutelada pelos entes coletivos, como Ministério Público ou sindicatos.

Nos casos relativos à pré-contratação, denotou-se que o empregador pode ser responsabilizado diante da coleta de dados não alusivos ao cargo ofertado, que podem gerar discriminação e ocasionar a não contratação do empregado. Ainda, pode ser o caso de não haver responsabilidade, nos casos em que a coleta não ocasiona efetivo prejuízo para o empregado, sendo imprescindível a avaliação do caso concreto para tal entendimento. Ademais, foi possível compreender que, ao final da seleção, a regra é o descarte dos dados selecionados, mas que é possível o armazenamento em hipóteses expressas, desde que o titular tenha ciência nos casos legalmente previstos ou que expresse seu consentimento.

Durante o contrato, o tratamento de dados sensíveis pelo empregador é recorrente, em razão da obrigação em prestar informações à fiscalização trabalhista, porém deve ser adotada, primordialmente, uma conduta proativa pelos empregadores-controladores, com a elaboração de treinamentos para a conscientização de todo o quadro de funcionários da empresa sobre medidas seguras de proteção, para o devido tratamento dos dados, a fim de evitar vazamentos e lesividade ao titular, que deve estar ciente sobre como ocorre todo o processo e ter livre-acesso às informações sempre que desejar, sob pena de possível responsabilização.

Por fim, em relação à pós-contratação, concluiu-se que a regra é a eliminação dos dados pessoais armazenados, nos moldes dos artigos 15 e 16 da LGPD, com a possibilidade de responsabilização da empresa pelo uso contínuo de tais informações após o encerramento da atividade, exceto nos casos em que elas podem ser utilizadas como fins probatórios em ações trabalhistas, até o término do prazo da ação rescisória respectiva, como é o caso de documentações relativas aos registros de ponto ou de pagamentos.

Assim, embora o tema da aplicação da LGPD nas relações de emprego ainda seja um estudo em desenvolvimento, foi possível verificar que doutrinadores e operadores do direito entram em consenso quanto ao dever do empregador de promover um tratamento de dados pessoais sem discriminação e sem risco de prejuízo ao empregado.

REFERÊNCIAS

ALCASSA, Flávia; CASTELANI, Liliana. **Lei Geral de Proteção de Dados pessoais e o impacto nas relações de emprego**. Migalhas. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/333658/lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-e-o-impacto-nas-relacoes-de-emprego> Acesso em 03 jun. 2023.

ALVES, Amauri Cesar; ESTRELA, Catarina Galvão. Consentimento do trabalhador para o tratamento de seus dados pelo empregador: análise da subordinação jurídica, da higidez da manifestação de vontade e da vulnerabilidade do trabalhador no contexto da LGPD. in Síntese. V. 31, n. 375, 2020.

ARAÚJO, Leandro Sampaio Correa. **Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados nas relações de trabalho**. Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-14/leandro-araujo-impactos-lgpd-relacoes-trabalho> Acesso em: 13 jun. 2023.

BARZOTTO, Luciane Cardoso; COSTA, Ricardo Hofmeister de Almeida Martins (org.). **Estudos sobre LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados: Lei nº 13.709/2018: doutrina e aplicabilidade no âmbito laboral** [livro eletrônico]. Porto Alegre: EJUD4, 2022.

BOMFIM, Vólia. PINHEIRO, Yuri. **A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho**. Instituto Trabalho em Debate. 2020. Disponível em: <http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-seus-impactos-nas-relacoes-de-trabalho> Acesso em: 13 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília: Congresso Nacional, 2018.

BRÍGIDA, Ediraldo H. S. **Dados Pessoais E Sensíveis Do Trabalhador: Mecanismos Jurídicos E As Possibilidades De Proteção Nas Relações Laborais**. Revista da ENIT. 2022. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/revista/index.php/RevistaEnit/article/view/183/107> Acesso em: 19 jun. 2023.

- CALCINI, Ricardo. ANDRADE, Dino Araújo. **Impactos da LGPD nas relações de trabalho**. Consultor Jurídico. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-11/pratica-trabalhista-impactos-lgpd-relacoes-trabalho> Acesso em 03 jun. 2023.
- CARLOTO, Selma. **Lei Geral de Proteção de Dados: enfoque nas relações de trabalho**. 3ª edição. São Paulo: LTr. 2022. E-book.
- CORRÊA, I.; DE PAULA, F.; BELLINTANI, B. COVID-19: a necessidade de disciplina adequada à proteção de dados sensíveis no Brasil. IN **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 14, n. 1, p. 179-206, 2020. DOI: 10.30899/dfj.v0i0.1007. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/1007>. Acesso em: 13 jun. 2023.
- DONEDA, D. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. IN **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 91-108, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 24 jun. 2023.
- FILHO, Eduardo T. **A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira - Análise Setorial (Volume II)**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2021. E-book. ISBN 9786556273969. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273969/>. Acesso em: 12 jun. 2023.
- FLEMING, Maria Christina. **LGPD: diferenças no tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis**. Consultor Jurídico. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-06/fleming-diferencas-tratamento-dados-pessoais-sensiveis> Acesso em: 12 jun. 2023.
- KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis a luz da Lei 13.709/2018. In: Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a suas repercussões no Direito Brasileiro. - 1. Ed.** - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 451-455.
- GIUNTINI, Adriana et al. **LGPD nas relações de trabalho**. Salvador: Editora Motres, 2021. E-book.
- LEITE, C. H. B. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.
- MARTINEZ, L. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.
- MENEZES, Joyceane Bezerra de; COLAÇO, Hian Silva. Quando a Lei Geral de Proteção de Dados não se aplica? In TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. p. 163.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **Dados Pessoais Sensíveis e a Tutela de Direitos Fundamentais: uma análise à luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18)**. 2018. Disponível em: <file:///home/chronos/u-d6cf119e44ea4570b039cf1a66e1666307ef6ba5/MyFiles/Downloads/Dialnet-DadosPessoaisSensiveisEATutelaDeDireitosFundamenta-8697583.pdf> Acesso em 24 jun. 2023.
- PADILHA RAMOS, L. C.; GOMES, A. V. M. Lei geral de proteção de dados pessoais e seus reflexos nas relações de trabalho. IN **Scientia Iuris**, [S. l.], v. 23, n. 2, p. 127, 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n2p127. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/35794>. Acesso em: 18 jun. 2023.
- REANI, V. **Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados para os negócios e as pessoas**. Consultor Jurídico. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-25/valeria-reani-impactos-lei-protacao-dados-negocios>. Acesso em: 28 nov. 2022.
- RICKEN, Luiz Henrique. **Os impactos da LGPD nas relações trabalhistas**. Repositório Universitário da Ânima (RUNA). 2021. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/20070/1/tcc_luiz_2021.12.09.pdf. Acesso em: 14 jun. 2023.

SANTOS, Lígia Maria Costa. **A fase pré-contratual da relação de trabalho e do direito à mentira**. Repositorium. 2014. p.8 Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/35129> Acesso em 11 mai. 2023.

SOUZA, Pedro Henrique Cavalcante. **O descarte de documentação pelas empresas diante das novas diretrizes estabelecidas pela LGPD**. Migalhas. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depe-so/367986/o-descarte-de-documentacao-pelas-empresas> Acesso em: 13 jun. 2023.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. **Dados pessoais sensíveis: qualificação, tratamento e boas práticas. 1ª Edição**. São Paulo. Editora Foco. 2022. E-book.

TEIXEIRA, Tarcísio; GUERREIRO, Ruth M. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD): Comentada Artigo por Artigo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555599015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599015/>. Acesso em: 11 jun. 2023.

TRT. **Recurso Ordinário em Procedimento Sumaríssimo n. 0010486.12.2020.5.03.0074**. Ponte Nova/MG: 3ª Região, 2021

TRT. **Ação Civil Coletiva n. 0020043-80.2021.5.04.0261**. Santa Cruz do Sul: 4ª Região, 2021.

TRT. **Ato ordinário n. 000065-47.2021.5.11.0052**. Boa Vista: 2ª Vara do Trabalho, 2022

TST. **Recurso n. 125500-65.2013.5.13.0024**. Brasília: 7ª Turma, 2014.

DESCRIMINALIZAÇÃO E LEGALIZAÇÃO DA MAÇONHA NO BRASIL: UMA REFLEXÃO SOBRE A GUERRA ÀS DROGAS

João Fernando dos Santos Soares ²⁵

Maderson Amorim Dantas da Silva ²⁶

Resumo: *Cannabis sativa* (cannabis, maconha) permanece como a droga ilegal mais consumida mundialmente. Nos últimos tempos, a discussão sobre a descriminalização da maconha tem crescido devido à ampliação do consumo, especialmente entre jovens, e ao desenvolvimento do mercado canábico no Brasil. O uso medicinal da *Cannabis* está em debate, com avanços legislativos e decisões judiciais permitindo o cultivo para fins terapêuticos. Este trabalho propõe-se a analisar a descriminalização e legalização do uso de produtos oriundos de maconha, destacando-se a complexidade dos seus componentes químicos, incluindo canabinoides como o THC e o CBD e buscando discutir a seguinte questão “Por que descriminalizar e legalizar a maconha no Brasil”? Com este intuito, utilizaram-se fontes bibliográficas variadas, incluindo literatura acadêmica, jurisprudência e dados estatísticos para embasar esta análise. Dentre os pontos analisados destacam-se benefícios como: a redução do tráfico, geração de empregos e investimentos em saúde e educação. Também se discute a necessidade de distinguir claramente usuários de traficantes no sistema legal, resguardando com a justiça restaurativa a dignidade ao usuário de drogas no âmbito dos juizados.

Palavras-chave: *Cannabis sativa*. Canabinoides. Uso medicinal do canabidiol. THC. Tráfico de drogas. Superlotação carcerária. Lei de Drogas. Mercado canábico

Abstract: *Cannabis sativa* (*cannabis, marijuana*) remains the most consumed illegal drug worldwide. In recent times, the discussion about the decriminalization of marijuana has grown due to the increase in consumption, especially among young people, and the development of the cannabis market in Brazil. The medicinal use of Cannabis is under debate, with legislative advances and court decisions allowing cultivation for therapeutic purposes. This work aims to analyze the decriminalization and legalization of the use of marijuana products, highlighting the complexity of its chemical components, including cannabinoids such as THC and CBD, and seeking to discuss the following question

“Why decriminalize and legalize marijuana?” marijuana in Brazil”? For this purpose, varied bibliographic sources were used, including academic literature, jurisprudence and statistical data to support this analysis. Among the points analyzed, benefits such as: reduction of trafficking, job creation and investments in health and education stand out. The need to clearly distinguish users from drug dealers in the legal system is also discussed, protecting the dignity of drug users within the courts with restorative justice.

Key words: *Cannabis sativa*. Cannabinoids. Medicinal use of cannabidiol. THC. Drug trafficking. Prison overcrowding. Drug Law. Cannabis market.

25. Graduando em Direito pelo ICEV — Instituto de Ensino Superior. E-mail: joao.soares@somosicev.com

26. Advogado, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPÍ e Mestre em Direito pelo IDP. E-mail: maderson.silva@grupocev.com.

1. INTRODUÇÃO

Cannabis sativa L. (Linnaeus, 1753), no dia a dia conhecida como maconha ou canábis, é uma planta herbácea, integrante da família Cannabaceae e que há muito tempo tem sido usada pelo homem. Originária da Ásia Central, e apresentando uma grande capacidade de adaptação climática, se espalhou pela Europa e várias partes do mundo, incluindo Canadá, Estados Unidos da América, África, Américas Central e do Sul (Hourfane *et al.*, 2023; Bonini *et al.*, 2018).

De composição química complexa, em virtude da diversidade dos seus constituintes naturais, até o momento, já foram descritos em *C. sativa* mais de 500 compostos químicos (Khalsa *et al.*, 2022; Radwan *et al.*, 2021). Diferentes classes de metabólitos secundários estão distribuídos por várias partes da planta, com uma ampla gama de aplicações benéficas para os seres humanos, incluindo nutracêuticos, cosméticos, aromaterapia e farmacoterapia (Odieka *et al.*, 2022; Jin *et al.*, 2020; Hourfane *et al.*, 2023).

A classe química dos canabinoides, um grupo constituído, por 125 diferentes compostos, tem concentrado grande parte das pesquisas terapêuticas (Radwan *et al.*, 2021; Bilbao, Spanagel, 2022; Barrales-Cureño *et al.*, 2020). Em contrapartida, também são os canabinoides, representados pelo canabidiol (CBD) e o delta-9-tetrahydrocannabinol (Δ^9 -THC), que tem suscitado grandes debates éticos, filosóficos, jurídicos, médicos, farmacêuticos e religiosos devido aos efeitos farmacológicos que ocasiona nos seus usuários (Barrales-Cureño *et al.*, 2020; Radwan *et al.*, 2021).

O THC é o responsável por concentrar os efeitos psicoativos e de dependência que demonizam e limitam o uso desta planta (Citti *et al.*, 2017; Khalsa *et al.*, 2022). Contudo, outros canabinoide, como o CBD detêm os valores da utilização das ações biológicas e terapêuticas, amplamente demonstrados em diversos estudos e que não possuem efeitos psicotrópicos indesejáveis (Jin *et al.*, 2020; Khalsa *et al.*, 2022; Bilbao, Spanagel, 2022; Odieka *et al.*, 2022; Hourfane *et al.*, 2023).

A presença do canabinoide THC nas mais variadas partes da planta é variável, sendo observado nas inflorescências (10-12%), folhas (1-2%), caules (0,1-0,3%), raízes (<0,03%) e sementes (geralmente ausentes). Nota-se que a maior concentração deste canabinoide se faz presente nas flores, provocando o descarte das outras partes das plantas. Com este procedimento, potenciais produtos canabinoides que não apenas o CBD, bem como outras substâncias fitoterápicas não canabinoides, são perdidas (Jin *et al.*, 2020).

Há ainda de se destacar que as concentrações de THC são dependentes das condições de crescimento da planta e das suas características genéticas, o que pode tornar cada planta de canábis diferente (Hourfane *et al.*, 2023; CITTI *et al.*, 2017). Deste modo, as plantas de *C. sativa* que possuem alto teor de THC (2-8%) são denominadas maconha/marijuana; enquanto as que possuem menos de 0,3% de THC são conhecidas como cânhamo ou fibra (Trofin *et al.*, 2012; El-Deftar *et al.*, 2015). Esta última possui maiores níveis de CBD comparado ao THC. Além disso, o cânhamo revela outros usos como das sementes, do óleo das folhas e do caule e das suas fibras que podem ser empregados na produção de papel, tecidos, cordas, compostos plásticos e materiais de construção (Small, 2015).

Percebe-se, assim, que a diferenciação entre maconha e cânhamo se faz necessária, por vários aspectos, entre eles o não desperdício dos produtos oriundos da planta, decorrente apenas da ideia do efeito exclusivamente prejudicial do THC. Este canabinoide também tem revelado potenciais efeitos biológicos com ação antitumoral, antinociceptiva, para uso em tratamento de glaucoma que não respondem a outras terapias, ação antiemética decorrente de terapia antineoplásica, bem como efeito anti-inflamatório 20 vezes maior que a aspirina (Barrales-Cureño *et al.*, 2020, Odieka *et al.*, 2022; Russo, Marcu, 2017). Outro cenário relevante para a utilização da maconha e/ou do cânhamo se relaciona da não criminalização dos produtores e/ou usuários dos vários produtos advindos desta planta.

Segundo relatório divulgado em 2022 pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (United Nations Office on Drugs and Crime/UNODC), a maconha continua a ser a droga ilegal mais consumida em todo o mundo, com 180 milhões de usuários (Unodc, 2022). Uma pesquisa realizada pela empresa Gallup News aponta que, em 2022, nos Estados Unidos, constatou-se que pela primeira vez na sua história, os norte-americanos usaram mais maconha do que tabaco (G1, 2022).

Do ponto de vista econômico, cresce cada vez mais a discussão acerca da descriminalização da maconha, principalmente por conta de dois motivos: primeiro, o aumento expressivo de 34% no consu-

mo, por parte de jovens de 19 a 30 anos, no período de 2016 a 2021, dados estes relatados e divulgados pelos *National Institutes of Health* (NIH) dos Estados Unidos (Porterfield, Carlie, 2022); e o segundo, relaciona-se ao crescimento do mercado canábico brasileiro, conforme um estudo divulgado pela consultoria Kaya Mind, indicando que apenas o setor de medicamentos gerou, no país, R\$130 milhões, em 2021 (Machado, Leandro, 2022).

Embora o processo de regulamentação esteja em andamento, é importante ressaltar que a utilização da *C. sativa* para fins medicinais já é uma realidade no Brasil, com pacientes recorrendo ao sistema judicial para obter autorização para o autocultivo da planta. Em junho de 2022, um marco importante foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de permitir o cultivo da maconha para fins terapêuticos para três indivíduos (Moncau, 2022). Apesar desses avanços, o debate a respeito da legalização da maconha para uso recreativo permanece altamente controverso no Brasil, indicando haver um longo percurso a ser trilhado nesse assunto.

Tal debate levanta importantes aspectos, como, por exemplo: a) Encarceramento de usuários como traficantes, que possuem muitas vezes pouca quantidade de droga e no geral podem ser pequenos traficantes ou “soldados do tráfico”; b) facilidade de prisão por tráfico de drogas, por ser um crime que dá pouco trabalho e gera boas estatísticas de condenação; c) encarceramento como forma de fortalecimento do crime organizado; d) diferenciação subjetiva entre traficante e usuário, em que essa aferição ocorre muitas vezes devido ao estereótipo do criminoso com base nos grupos, que foram vulnerados na história do país; e) países e os seus modelos de política de drogas: Uruguai, Portugal e EUA (Colorado); f) anti proibicionismo como solução; g) combinação da pequena produção agrícola e rural- Plantio fácil da maconha; h) guerra às drogas como uma indústria que possui beneficiários; i) proibição como agregador de valor na cadeia produtiva clandestina; j) reversão dos lucros do mercado canábico para finalidades como saúde e educação; k) facilitação do uso medicinal da maconha; l) redução dos riscos associados ao uso de maconha adulterada; m) dos gastos públicos com repressão ao tráfico de drogas; n) geração de empregos e estímulo à indústria, dentre outros.

Diante disso, este trabalho se propõe a discutir sobre a seguinte pergunta: Por que descriminalizar o uso da maconha no Brasil? Para responder essa indagação serão apresentados os benefícios da legalização do uso da maconha sem conotação criminal como solução para o enfraquecimento do tráfico, geração de emprego e renda e reversão do lucro com a venda para investimentos em saúde pública e educação.

Por fim, serão abordados, também, como a legalização do uso da maconha pode influenciar na diminuição do sistema carcerário brasileiro. A importância deste tema, pode ser, por exemplo, demonstrada pela pesquisa realizada pelo juiz Marcelo Semer, sob a orientação do professor Maurício Dieter, da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, em 2019, que observou que cerca de 50% dos encarcerados, em razão da Lei de Drogas, foram presos por estar na posse de menos de 100 g de maconha ou 50 g de cocaína (Bello, Ney, 2019).

Percebe-se que essas pessoas foram encarceradas como traficantes, sendo estarem com quantidade que indica consumo próprio. Tal pesquisa, implica na conclusão que é necessária uma solução para a superlotação dos presídios e adoção de critérios objetivos que possibilitem distinguir o comportamento do usuário e do traficante.

Para a realização deste trabalho, foram utilizados: fontes bibliográficas representadas por repositórios de trabalhos publicados em periódicos relacionados a temas jurídicos, acervos públicos de dissertações, teses que abordam o tema, jurisprudência envolvendo a Lei 11.343/2006 e dados estatísticos, experiências de outros países, artigos acadêmicos, livros e notícias.

2 USO HISTÓRICO DA MACONHA

A cannabis (de língua angolana) é uma das drogas mais antigas extraídas de plantas, e os seus primeiros registros datam de 2723 a.C., momento em que foi mencionada na Farmacopeia Chinesa. Outras informações históricas sugerem que a cerâmica encontrada no centro-norte da China por volta de 4.000 a.C. continha cânhamo, como vestígios de fibras vegetais (Paula, 2018).

Os escravos africanos e os seus descendentes alicerçaram o lugar da cannabis na sociedade brasileira a partir do século XVI. Além disso, consolidou-se na América portuguesa devido ao hábito de escravos africanos ou marinheiros portugueses visitarem a Índia (Paula, 2018).

Ao longo do século XIX, a cannabis não provocou muito interesse, apesar que neste momento histórico os medicamentos com essa base estivessem disponíveis em feiras e farmácias. A cannabis somente se apresentou como um problema social no século XIX, após acusações de que afetava o comportamento dos escravos, tornando-os violentos e prejudicando as suas atividades (Magalhães, 2022).

A Câmara Municipal do Rio de Janeiro, naquele momento histórico, decidiu restringir o uso de maconha por escravos e outros grupos. Da mesma maneira, outras cidades promulgaram restrições proibindo a venda e a utilização de maconha. Em contrapartida, houve incentivo governamental ao acesso às sementes e à cannabis no século XVIII, onde agricultores de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo cultivavam cânhamo para alimentar a indústria naval (Magalhães, 2022).

Gradualmente se disseminou pela Índia e pelo Médio Oriente e só chegou à Europa no final do século XVIII e início do século XIX, passando pelo Norte da África e alcançando as Américas. Antes era utilizado principalmente pelas suas propriedades têxteis e medicinais. Os romanos valorizavam esta planta principalmente pela resistência das cordas e velas produzidas a partir das suas fibras (Rodrigues; Zumstein, 2018).

Após a viagem de Vasco da Gama, os navegadores portugueses introduziram o tabaco na África e na Ásia. Em troca, os seus navios traziam para o Brasil escravos acostumados a fumar maconha, que também era usada para produzir fibra. Entretanto, nos Estados Unidos, George Washington, Thomas Jefferson e agricultores importaram sementes da Europa para as suas colheitas. As carroças dos pioneiros que conquistaram o oeste americano eram protegidas por lonas feitas de fibras de cânhamo. Os navios portugueses, espanhóis, holandeses, franceses e britânicos dependiam tanto de velas e cordas de cânhamo que os seus governos espalharam as sementes da planta de cânhamo ao redor do mundo (Rodrigues; Zumstein, 2018).

Até o século XX, o cânhamo era conhecido nas Américas como fibra têxtil e planta medicinal. De meados do século XIX até a década de 1940, a cannabis foi incluída nas farmacopeias oficiais de vários países. Os medicamentos à base da cannabis estavam disponíveis em qualquer dispensário (Sousa, 2020).

No Ocidente, o uso da cannabis iniciou-se como droga psicoativa por escritores e artistas no século XIX, como os poetas franceses Rimbaud e Baudelaire, mas o seu uso foi limitado às grandes cidades e aos pequenos círculos boêmios nas colônias de imigrantes asiáticos e africanos. No entanto, no início do século XX, os cientistas descobriram os efeitos secundários da cannabis e o seu uso acabou por ser limitado ou excluído das farmacopeias e proibido por lei em diversos países (Sousa, 2020).

O consumo de cannabis difundiu-se em todo o mundo na década de 1960, sendo o seu consumo comum entre as classes mais baixas e, posteriormente, generalizado entre os jovens de todas as classes. Nos últimos anos, as estatísticas mostram que a maconha tem sido uma das drogas ilícitas mais consumidas entre os jovens estudantes do ensino médio e universitários (Schwartz, 2006).

No entanto, a maconha é usada para outras finalidades, à exceção das medicinais, ainda é proibida no Brasil, sendo fundamental se travar um debate com objetivo da oportunidade de sua liberação ou não.

3 OS TIPOS DE DROGAS, SEUS EFEITOS NO CORPO HUMANO E ALGUNS MOTIVOS PARA SEU USO

O uso de entorpecentes, constante no meio adolescente e juvenil, tornou-se uma problemática questionada por inúmeros órgãos públicos mundiais. Dentro deste aspecto, ao longo deste trabalho será desenvolvida uma abordagem a respeito dos tipos de substâncias ilegais existentes e, por sua vez, quais os efeitos que elas podem causar no corpo humano. Com uma contextualização inicial, serão apresentadas as drogas mais utilizadas pelos jovens e, posteriormente, conciliadas às problemáticas apresentadas (Rocha, 2016).

Maconha: Traz uma sensação de bem-estar, felicidade, relaxamento, sonolência, perda da definição de tempo e espaço: o tempo passa mais lentamente (um minuto pode parecer uma hora ou mais), perda do equilíbrio, alteração da memória recente, aumento da frequência cardíaca, olhos vermelhos (Rocha, 2016).

Cocaína: Produz excitação e euforia, sensação de bem-estar, autoconfiança elevada, aceleração do pensamento, aumento da frequência cardíaca, respiratória, da temperatura corpórea e da pressão sanguínea, insônia, perda do apetite, sudorese, tremor leve das extremidades, tiques, dilatação da pupila, entre outros sinais (Paula, 2018).

LSD: Produz sensações de frio, suor, dor de cabeça, medo, angústia, modificação da sensação de espaço, modificação das sensações do próprio corpo (Paula, 2018).

Ecstasy: Provoca o mau funcionamento do fígado e excesso de bÍlis no sangue, deixando a pessoa amarelada. Apesar do aumento da sede, o indivíduo não urina e não consegue transpirar na mesma velocidade em que bebe água, podendo causar até a morte, depressão, ansiedade e síndrome do pânico, problemas de memória e atenção, aumento excessivo da temperatura do corpo.

Como motivo para o uso dos mais diversos tipos de drogas percebe-se que as pessoas, às vezes, estão tão enfasiadas do seu dia a dia, tão perdidas na confusão que se meteram que terminam trilhando caminhos de “esquecimento”. É para isso que servem as drogas químicas e o uso da maconha nos meios comuns, as pessoas querem “viajar”, querem “esquecer os problemas”, querem “ficar livres” (Rocha, 2016).

Entretanto, as perturbações e delÍrios provocadas pelo consumo de drogas, no dia a dia, são as mais variadas e dependem sempre de indivíduo para indivíduo. No entanto, pode-se dizer que grande maioria das drogas psicoativas, mesmo em doses moderadas, perturbam o controle motor, o tempo de reação e a capacidade de atenção. A utilização de narcóticos, possivelmente, vem causando prejuÍzos na produtividade no trabalho das pessoas (Rocha, 2016).

A busca de potencialização dos efeitos das substâncias psicoativas depressoras, quando adicionadas a álcool e solventes, sedativos, hipnóticos, opiáceos e tranquilizantes, é provavelmente a mais perigosa de todas, pois uma pequena dose de qualquer delas pode ser fatal, o que normalmente não aconteceria. Em relação a muitas drogas, já são conhecidos os prejuÍzos que causam à saúde (Volpi, 2010). Alguns exemplos são: álcool, tabaco e crack.

No que tange a outras, é um problema que continua em estudo. Isto é natural, pois também em relação ao tabaco só várias centenas de anos após o uso ser generalizado se descobriram a sua influência em certas doenças. Mas o problema principal das drogas é o prejuÍzo psicológico, a apatia, o imobilismo, a desmotivação e a dependência. Assim, tudo vai perdendo o seu significado: os amigos, a conversa, o esporte, a leitura, as viagens, a praia, o cinema e a música (Zaffaroni, 2021)

Pode dizer-se que quem se droga não conseguiu encontrar na vida outras formas de prazer: o prazer de conversar, de ter amigos, de crescer, tornando-se mais livre e independente dos pais, de ter as suas ideias e lutar por elas, de ler, de aprender, de descobrir, de ensinar, de partilhar, de ter projetos de vida, de viver com alegria, com energia, com esforço e com amor (Zaffaroni, 2021).

As alterações ao nível da personalidade podem ser verificadas ao fim de três a quatro anos de consumo, no caso dos adolescentes em franco desenvolvimento, ou mais tempo, no caso dos adultos com características personalÍssimas já bem-marcadas e que iniciem o consumo de substâncias na idade adulta. Porém, a deterioração cognitiva pode ser evidenciada logo numa fase inicial de consumo, principalmente se o tipo de substâncias estiver na classe das psicodislépticas, ou seja, “capazes de produzir processos psÍquicos como a desrealização, de personalização, problemas de memória e atenção ou concentração, delÍrios e alucinações, entre outras” (Volpi, 2010).

A mídia e o contexto social exercem um poder de influência em mais de 90% dos usuÁrios de drogas. Em comerciais de cigarros ou bebidas isso também acontece, já que, há sempre um garoto procurando outra garota e após o uso do produto, elas aparecem instantaneamente (Sousa, 2020). Mas esses comerciais não nos informam sobre como os produtos são prejudiciais à saúde. Nas propagandas de cerveja aparece sempre: “Se beber, não dirija”, mas não continuam a frase “... pois você pode morrer, ou pior, matar alguém inocente” (Sousa, 2020, p. 28).

Companhias também influenciam as pessoas. Amigos portadores de drogas estão sempre empurrando ou incentivando o uso da mesma. Para ser parte ou ser popular é que muitos adolescentes entram nesse mundo, tornam-se dependentes e não conseguem sair, e os prejuízos vão aumentando com o passar do tempo (Silva, 2020).

Todo ano a ONU, através do UNODC, enfatiza a Campanha Internacional de Prevenção às Drogas. Nesta data, em Viena, é lançado o Relatório Mundial de Drogas, trazendo dados atualizados do mundo todo sobre consumo, produção e comércio ilegal de substâncias entorpecentes (Silva, 2020).

Esta convenção apresenta medidas detalhadas contra a venda ilegal de entorpecentes., incluindo: prevenções contra a lavagem do dinheiro; contra o desvio de precursores químicos; provê apoio logístico para a cooperação internacional na extradição de traficantes, entregas e transferência controlada de produtos. Tais medidas dão suporte ao compromisso mundial de combate ao crime transnacional ratificado pela Declaração do Milênio (Zaffaroni, 2021).

O PROERD (Programa Educacional de Resistência às Drogas e à Violência) tem como base o D.A.R.E. (*Drug Abuse Resistance Education*) e foi formulado pela Professora Ruth Rich, com o Departamento de Polícia da cidade de Los Angeles, EUA, em 1983. No Brasil, o PROERD chegou em 1992, através da Polícia Militar do Rio de Janeiro; sendo que desde 2002 se faz presente em todos os Estados brasileiros (Sousa, 2020).

O PROERD é desenvolvido nas escolas de 1ª a 4ª séries, por policiais militares treinados e preparados para desenvolver o lúdico, mediante metodologia especialmente voltada para crianças. Para transmitir uma mensagem de valorização à vida e da importância de manter-se longe das drogas (Assis, 2021).

Após quatro meses de curso, as crianças recebem o certificado PROERD, momento que prestam a promessa de manterem-se afastados e longe das drogas. A APCD (Associação Parceria Contra Drogas) é uma ONG (Organizações não Governamentais) sem fins lucrativos, em operação desde abril de 1996, constituída por vários empresários da iniciativa privada, cujo objetivo principal é aumentar a consciência da população sobre os perigos, os riscos e impactos do consumo de drogas ilícitas, através da divulgação de campanhas educativas de caráter preventivo contra o seu uso (Assis, 2021).

O UNODC é responsável pela prevenção às drogas e pelo combate ao crime internacional, em seus mais diversos aspectos. A missão do UNODC é de contribuir e fortalecer o desenvolvimento socioeconômico dos países ao promover justiça, segurança, saúde e direitos humanos (Bello, 2019).

Estabelecido em 1997, o UNODC tem uma grande equipe de servidores, em todo o mundo e, quase todo o orçamento do escritório (90%) vem mediante ajudas voluntárias dos países doadores. O mandato do UNODC é prestar cooperação técnica aos Países-Membros da ONU para diminuir os problemas na área de saúde (como o HIV) e social (como a violência), com relação direta ou indireta com drogas ilícitas e o crime (BELLO, 2019). São também ações do UNODC prevenir e controlar o crime organizado, incluindo corrupção, lavagem de dinheiro, tráfico de pessoas e terrorismo, sempre baseado em ações de respeito e garantia dos direitos humanos (Sousa, 2020).

Na Declaração do Milênio, os Países Membros tomaram a escolha de implementar o compromisso mundial de aumentar o combate contra o crime transnacional – em todas as dimensões. A SENAD (Secretaria Nacional Antidrogas), no nosso país, tem o papel de fazer o controle das drogas.

4. A PRISÃO POR TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL

Neste tópico apresentar-se-á uma rápida passagem pelo histórico nacional de luta contra o narcotráfico. O primeiro registro de punição para uso e tráfico de drogas foi previsto no Código Penal de 1940 no Artigo 281. Porém, o combate mais efetivo e eficiente teve o seu início com a Lei n.º 6.368 no ano de 1976.

Com o transcorrer dos anos, o legislador percebeu que mesmo com a lei que proibia a venda ou o consumo de entorpecentes era necessário modificar a sua visão, mesmo porque a pena privativa de liberdade não estava mais fazendo “efeito” para a repreensão do consumo ou mesmo para a prática de outros crimes que estão relacionados. A criminalidade vinha aumentando com o passar do tempo, e desta forma, os legisladores deram-se conta que outras formas para que houvesse uma punição eficaz seria necessário, incluindo a aplicação de outras medidas que não apenas o cárcere privado como forma de punição.

Em 2002 foi aprovada a Lei n.º 10.409, que excluía ao usuário medidas socioeducativas e também penas mais severas, como a desprisonalização e a despenalização e a isenção de penas de certas condutas cometidas pelo infrator quando provados que foram cometidas sob efeitos de substâncias entorpecentes. O projeto dela era para substituir a lei 6.368/76, porém a maioria dos seus artigos foi vetada, por possuir vícios de inconstitucionalidade e deficiências técnicas. Dispõe Paula (2018):

A Nova legislação visou despenalizar e desprisonalizar o uso e o consumo de drogas, desde que o portador ou usuário fosse encontrado com pequena quantidade de substância tóxica, o que não vingou em face do veto total a esse capítulo pelo Presidente da República (Paula, 2018, p. 54).

Os motivos principais do veto da Lei n.º 10.409/02, com relação à parte penal, foram às questões em que ela foi contra vários artigos da Constituição Federal, trazendo a chance de insegurança jurídica. Contudo, diversos artigos dessa Lei foram vetados e então para o crime de uso ficaram a valer, o disposto da lei anterior, ou seja,

Lei n.º 6.368/76. No entanto, a Lei n.º 6368/76, tratava de uma forma simples, o usuário de drogas e o traficante, onde recebiam basicamente o mesmo procedimento penal. Entendendo desta forma, o promotor de justiça, Rocha (2016) expõe:

Da mesma forma que o tráfico de droga e de armas são principais problemas de segurança pública em todo mundo, devendo sofrer uma resposta penal mais rigorosa, por outro lado, é sabido na consciência mundial que o usuário de drogas deve receber um tratamento penal diferenciado (Rocha, 2016, p. 106).

E assim, diante dos fatos expostos, Greco Filho (2015), optou por defender pela elaboração de uma nova Lei, em substituição às Leis n.º 6.368/76 e 10.409/02. Deste modo teve origem, a publicação da nova Lei de Drogas, representada pela Lei n.º 11.343/06 (BRASIL, 2006). O Brasil, seguindo tendência mundial, entende que o usuário e dependentes de droga não devem ser penalizados pela justiça com a privação da liberdade. A atenção deve ser voltada ao usuário, no sentido de oferecer oportunidade de reflexões sobre o próprio consumo (Sousa, 2020).

A Lei n.º 11.343/06 traz em seu texto uma nova concepção de justiça para o usuário e dependente de substâncias ilícitas. Este novo texto abre caminho para a aplicação da justiça restaurativa como política de conscientização de redução de danos nos conflitos causados ao consumidor de drogas no âmbito dos juizados especiais, visando a ressocialização e efetivação dos princípios inerentes a dignidade da pessoa humana, aplicando medidas alternativas, tanto para o paciente quanto para a sociedade (Sousa, 2020).

A política criminal de drogas adota a justiça da paz, modifica as sanções e penas de restrição de liberdade por outras medidas alternativas, visa dar uma boa proteção ao bem-estar do usuário, da sociedade, visa diminuir o consumo de substâncias ilícitas, promovendo assim os princípios da dignidade da pessoa humana. Volpi (2010) observa que o crime, para a justiça restaurativa, não é apenas uma conduta típica e antijurídica que atenta contra bens e interesses penalmente tutelados, mas, antes disso, é uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e a comunidade, cumprindo, por isso, à Justiça identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa violação e do trauma causado, que deve ser restaurado, oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem e a chegarem a um acordo, como sujeitos centrais do processo, sendo ela, a Justiça, avaliada segundo sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, um resultado individual e socialmente terapêutico seja alcançado.

A Lei n.º 11.343/06, em seu artigo 28, estabelece medidas sancionatórias para a posse de substâncias proibidas, como advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e intervenção educativa. Essas medidas visam a reintegração social e a ressocialização do indivíduo, mediante alternativas penais. Assim, os casos referentes às condutas descritas nesse contexto, exceto os relacionados ao crime de tráfico, são encaminhados para processamento e julgamento conforme a lei nº9.099/95 – os juizados especiais criminais que fundamentam a justiça restaurativa (Volpi, 2010).

É de fundamental importância intencionando a nova política sobre drogas, buscando uma forma nova de resolução dos conflitos, alinhando-se a justiça restaurativa, em que a reinserção social do

usuário de drogas é principal objetivo, onde todos os atores envolvidos diretamente ou assumem indiretamente o compromisso de dar a sua contribuição para a resolução do conflito, a recuperação social e a dignidade humana do usuário/dependente.

Esta inovação da justiça restaurativa está presente na lei de drogas, perfazendo a efetivação dos princípios da dignidade humana, garantido constitucionalmente. O tráfico de entorpecentes tem se tornado uma atividade muito presente nas comunidades carentes. Essa atividade criminosa atrai muitos jovens devido à impressão de fácil e alta lucratividade. Mas a realidade não é bem assim. A maioria dos jovens que se envolvem com essas facções criminosas acabam presos ou são mortos em confrontos (Zaffaroni, 2021).

A sociedade vem sofrendo bastante com a venda de drogas, centenas de pessoas são mortas, muitas não estão diretamente fazendo parte do processo de expansão das drogas, muitos agentes da repressão também morrem, os quais são os policiais, na busca de conter os crimes. Muitos cidadãos inocentes estão morrendo em meio à guerra causada pelo tráfico. Os líderes do tráfico recrutam muitos jovens sem perspectivas de uma vida melhor com a promessa de grandes recompensas. Na sua maioria são jovens que não tem oportunidades na vida, sem acesso a uma educação de qualidade, sem oportunidades de emprego, vão em busca do tráfico como o único meio que sobrou para melhorar de vida.

4.1 Tráfico de drogas e equiparados

Realmente, embora seja lamentável, é viável cometer, conforme o Artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, o crime de tráfico. Esse delito pode ser perpetrado por meio das ações delinidas na norma penal, tais como: Exportar, Importar, Remeter, Produzir, Preparar, Fabricar, Vender, Adquirir, Expor à venda, ter em depósito, Oferecer, Transportar, Guardar, Trazer consigo, Prescrever, Entregar para consumo, Administrar ou Fornecer gratuitamente (Leandro, 2015).

Em todos os casos tipificados, é fundamental considerar o elemento normativo do tipo, já que a caracterização do ato ilícito requer, adicionalmente, que o agente esteja atuando 'sem autorização ou em violação de disposição legal, ou regulamentar (Assis, 2021, p. 207)

O delito de tráfico de entorpecentes é configurado ainda que não haja venda de tóxicos, mas evidenciada somente a posse do produto destinada a consumo de outrem. Configurando crime de perigo abstrato, o tráfico não exige efetiva oferta da droga a terceiro, pois o bem jurídico é a saúde pública (Assis, 2021).

O crime de tráfico ilícito de entorpecentes é a infração penal de perigo, representando a probabilidade de danos à saúde das pessoas, mas não se exige a produção de tal resultado para a consumação. É de perigo abstrato, pois não se permite ao infrator a prova de que o seu comportamento pode ser inofensivo, pois regras de experiência já demonstram não ser conveniente à sociedade a circulação de determinados tipos de drogas, pois estas são geradoras de maiores problemas do que vantagem a quem delas faz uso (Bello, 2019).

4.2 Justiça restaurativa

O mundo moderno atravessa um momento crescente nos índices de criminalidade e violência, estabelecendo um conflito social, cultural e histórico. O nosso sistema penal posto está em crise, no qual impede que as partes participem do processo em busca de soluções dos conflitos, por isso mesmo se faz necessário aprimorar o nosso sistema de justiça, para que estado e sociedade disponham de um sistema com outras respostas diante dos fenômenos criminais.

A partir disso, surge a justiça restaurativa, uma nova forma de intervenção penal, baseada na ética da alteridade, que proporciona o diálogo e a reflexão, para as partes resolverem autonomamente os seus problemas, visando um modelo de justiça mais humana, legítima e democrática, bem como a construção de uma sociedade mais livre e solidária, alicerçada na proteção de direitos fundamentais (Leandro, 2015).

Tendo esta ideia, Silva (2020) ressalta o íterim desta nova política: A justiça Restaurativa ou reparadora planeja substituir o Direito Penal, ou pelo menos a punição, por uma reparação na qual, de um lado, a vítima desempenharia um papel central na resposta ao delito e na pacificação social, ao passo que, de outro, se prescindir em maior ou menor grau da retribuição como eixo de uma justiça com sintomas

de esgotamento. Esta nova justiça contribui para cada parte assumir a sua responsabilidade por sua conduta e para proteger a dignidade das pessoas (Laqueur et al., 2020).

Não se faz necessário modificações legislativas do nosso ordenamento jurídico, mesmo porque ele é compatível com a aplicabilidade da justiça restaurativa, tendo um bom espaço para as práticas restaurativas na resolução de conflitos.

O código penal brasileiro, o estatuto da criança e adolescente e a Lei n.º 9.099/1995, são exemplos de legislação, com dispositivos que servem de esteio para a aplicação da justiça restaurativa. Segundo Machado (2022), a difusão de práticas restaurativas no Brasil com projetos em São Paulo/SP, São Caetano do Sul/SP, Porto Alegre/RS e Brasília/DF tem sido experiências bem sucedidas entre estado e sociedade, discutindo os desafios culturais e históricos com relação à justiça, demonstrando que se pode dar um salto na qualidade do trato da resolução de conflitos, desde que bem estruturada para que não se torne um paliativo para a nossa já criticada e ineficiente justiça formal.

A justiça restaurativa em São Paulo/SP e São Caetano do Sul tem experiência em escolas, onde estimula a discussão de forma profunda e organizada, e ajuda a entender o motivo do conflito e as suas consequências. As pessoas envolvidas participam de forma ativa, coletiva e voluntária de encontros com alunos, pais, psicólogos, juizes, educadores, diretores, coordenadores e pessoas da comunidade, essa prática auxilia nas relações entre alunos e educadores, bem como em abolir castigos e dar lugar a reflexões para a solução de conflitos (Machado, 2022).

Em Porto Alegre, a justiça restaurativa está no âmbito da justiça infanto-juvenil, o programa foi criado em 2005, e foi o primeiro no Brasil. O programa é constituído por um conjunto de iniciativas e tem por objetivo a busca de conciliação e a reparação do dano causado pelo crime praticado por adolescentes (Paula, 2018).

Em Brasília, a justiça restaurativa é aplicada nos processos criminais referentes às infrações de menor potencial ofensivo, passíveis de composição civil e de transação penal. No Brasil, há ainda outros estados, como Minas Gerais e Bahia, que também adotam a justiça restaurativa como prática pelo poder judiciário, mas ainda é pouco diante do que pode ser feito para contribuir com uma nova forma de intervenção penal alicerçada nos direitos humanos (Paula, 2018).

A justiça restaurativa visa promover a efetiva coesão e pacificação social, acredita que é possível a construção de uma justiça democrática, capaz de agregar pluralidade e não mais a sua remodelação, tornando-a de fato um instrumento que promova a pacificação social e a dignidade da pessoa humana (Rodrigues; Zumstein, 2018).

Sendo assim, destacamos que a justiça restaurativa efetivamente contribua para uma sociedade que honra os seus direitos e deveres, devendo ser observado o modelo de justiça e os procedimentos apropriados para a aplicação real das práticas restaurativas conforme os seus objetivos de promover o bem-estar e a paz social, em consonância com os princípios da justiça (Rodrigues; Zumstein, 2018).

Alguns princípios aplicáveis à justiça restaurativa envolvem voluntariedade, consensualidade, confidencialidade, celeridade, urbanidade e imparcialidade. Estes, são imprescindíveis para a prática restaurativa e uma justiça democrática que garanta os direitos do cidadão, mantendo o convívio pacífico entre os membros da sociedade (Rocha, 2016).

A adoção do modelo de justiça restaurativa indica uma verdadeira transformação no ordenamento jurídico brasileiro, uma real mudança na sociedade e na cultura brasileira, buscando de fato a concretização dos direitos humanos no estado democrático de direito (Machado, 2022).

Compreende-se a justiça restaurativa como uma reformulação da nossa justiça formal, visando a que a sociedade atue sobre a situação conflituosa, para haver a humanização dos envolvidos, a identificação das necessidades geradas pelo conflito ou crime e a responsabilização de todos envolvidos para que se comprometam e contribuam para sua resolução (Machado, 2022)

Em vez de definir a justiça como retribuição, ela será definida como restauração. Se o crime é um ato lesivo, a justiça significará reparação a lesão e promoverá a cura. Atos de restauração – ao invés de mais violação – deveriam contrabalançar o dano advindo do crime. É impossível garantir recuperação total, evidentemente, mas a verdadeira justiça teria como objetivo oferecer um contexto no qual esse processo pode começar (Machado, 2022).

O objetivo da justiça restaurativa visa solucionar os conflitos que geram crise social, com o intuito de reduzir o impacto causado pela crise no sistema e pela morosidade da “justiça comum” substituindo-se práticas antigas e de poucos resultados por diálogos onde é proporcionada a recuperação social de uma forma pacífica e eficiente de resolução de conflitos advindos de infrações à lei e a convivência social (Rocha, 2016).

4.3 Sistema de aplicação da pena

A Lei n.º 11.343/2006 determinou considerável exasperação na pena cominada, se comparada com o antigo regramento. O crime de tráfico na sua forma fundamental (Art. 33, *caput*) agora é punido com reclusão, de 5 a 15 anos, e pagamento de 500 a 1.500 dias-multa.

As mesmas penas estão combinadas para as hipóteses assemelhadas. Segundo dispõe o § 4.º, nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a substituição em penas restritivas de direito, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. A Lei ampliou o rol de vedações contidas no Art. 2º da Lei n.º 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

Não obstante, referir expressamente à proibição de liberdade provisória, com ou sem fiança; concessão de *sursis*; restritiva de direito; anistia; graça; ou indulto e prazo para obtenção de livramento condicional, a lei, que é federal e especial, não restringiu, em qualquer dos seus dispositivos, a liberdade de individualização judicial da pena de maneira a proibir a fixação de regime inicial aberto ou semia-aberto para início do cumprimento de pena privativa de liberdade (Rodrigues; Zumstein, 2018).

4.4 Possibilidade de substituição da pena

A questão permanecia em aberto, a partir da edição da Lei n.º 9.714/98, que alterou o código penal, possibilitando a concessão de pena restritiva de direito, em substituição à privativa de liberdade, quando não se ultrapassa o montante de quatro anos, para os crimes dolosos, desde que não houvesse o emprego de vigência ou grave ameaça a pessoa.

Formaram-se duas correntes, pelo sim e pelo não. A partir da Lei n.º 11.343/06 resolve-se a polêmica. Não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, nos casos apontados no Art. 44, *caput*, desta Lei, por penas restritivas de direito. Porém, há uma ressalva: é norma penal prejudicial ao réu, razão pela qual somente ser aplicável aos fatos cometidos após a entrada em vigor da Lei n.º 11.343/06 (Brasil, 2006).

O tráfico de drogas é assemelhado ao hediondo. Assim, a já mencionada Lei n.º 11.343 de 2006 prevê:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou, independentemente da pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Todavia, os crimes mencionados no Art. 44 todos estão fora dos parâmetros para a suspensão condicional do processo. Somente os crimes do Art. 33, §§ 2.º e 3.º são passíveis de *sursis* processual (Art. 89 da Lei n.º 9.099/95). Já o *sursis* da pena pode apresentar-se como possível no caso do tráfico minorado (Art.º 33, § 4.º), contudo o legislador vedou tal benefício.

5. DESPENALIZAÇÃO E DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA E DO TRÁFICO DE DROGAS DECORRENTES DA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PELA LEI N.º 11.343/06

Com base no exposto, alguns juristas argumentam que o dispositivo em questão estabeleceu uma infração singular, levando à descriminalização da conduta em análise, o que resultou em significativas divergências doutrinárias sobre a descriminalização e despenalização do comportamento delineado no artigo 28 da Lei 11.343/06. Os defensores dessa visão afirmam que não se trata de um crime ou mesmo de uma contravenção penal, uma vez que a punição correspondente são penas alternativas, não incluindo a privação de liberdade

Assim, o sistema bipartido até então aplicável no Brasil, que afirmava que a infração penal podia ser de duas espécies – delito ou contravenção penal – foi alterado, existindo, então, um sistema tripartido, em que a infração penal abrange o delito, contravenção penal e a infração *sui generis* (Rocha, 2016).

Se considerarmos a definição legal de ‘crime’ no âmbito brasileiro como sendo uma transgressão punível com reclusão, detenção (seja de forma individual, acumulativa ou com multa), é inegável que a posse de drogas para uso pessoal deixou de se enquadrar nessa categoria com a nova legislação. Isso se deve ao fato de que as penalidades aplicadas para esse comportamento, tais como advertências, prestação de serviços à comunidade e participação em programas educativos (conforme descrito no Artigo 28), não acarretam nenhuma forma de encarceramento (Machado, 2022).”

Ademais, por essa razão, essa ação também não se classifica como contravenção penal (definida pela aplicação de prisão simples ou multa). Em outras palavras, a nova legislação de Drogas, conforme o Artigo 28, desclassificou a posse de drogas para uso pessoal. Removeu sua classificação como ‘infração penal’ devido à inexistência de qualquer possibilidade de pena de prisão. E sem essa sanção, não se pode considerar a existência de uma infração penal em nosso país (Machado, 2022).

Entretanto, mesmo frente à teoria apresentada, defende-se que a natureza da conduta tipificada continua sendo a de crime, ao passo no qual o dispositivo em questão encontra-se no capítulo relativo aos crimes e às penas. Não obstante, o responsável por aplicar as sanções cominadas continua sendo o magistrado atendido no devido processo legal (Rocha, 2016).

Já no que diz respeito ao Art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (decreto- Lei n. 2.848, de 7-12-940) deve ser entendida como uma diretriz, de tal forma que as penas trazidas não devem ser interpretadas como taxativas. Segundo Rocha (2016), quanto ao instituto da despenalização, cabe considerá-lo um suavizador de penas, mitigando ou excluindo a pena privativa de liberdade; o que entendemos ser unicamente atribuível às penas cominadas para as condutas descritas no tipo em análise (não recaindo, portanto, sobre tal artigo, o supramencionado instituto da descriminalização).

Embora concretos, os fundamentos apresentados por ambas as correntes de pensamento nesse sentido, vêm se firmando o entendimento da jurisprudência nacional, conforme se observa abaixo:

APelação CRIME. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 28 DA LEI 11.343/06. INOCORRÊNCIA DE DESCRIMINALIZAÇÃO. 1. A Lei

n. 11.343/2006 não descriminalizou a conduta de portar substância entorpecente para uso próprio, apenas cominando novas modalidades de sanção para o tipo penal previsto no artigo 28 da mesma lei. Conduta, portanto, típica.2. Tendo decorrido mais de dois anos entre a data do fato e esta sessão de julgamento, sem a ocorrência de qualquer marco 39 interruptivo legal, incide o disposto no artigo 30 da Lei n. 11.343/06. Extingção da punibilidade do réu, que se pronuncia ex... (71003741394 RS, Relator: Edson Jorge Cechet, Data de Julgamento: 25/06/2012, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/06/2012).

No Artigo 5º, XLVI, a Constituição estabelece diversas penalidades. No âmbito constitucional, a existência de um crime não depende exclusivamente da presença de uma pena privativa de liberdade. A prisão é apenas uma das opções de punição permitidas pela Constituição, e a decisão de não aplicar essa pena não implica na inexistência do crime. Apesar de não ter havido uma mudança na legislação para descriminalizar, isso não impede que haja uma interpretação judicial que leve à descriminalização (Zaffaroni, 2021).

Há, no entanto, nessa seara, quem defenda não ter ocorrido com o advento da Lei nº11.343/2006 a descriminalização, nem tão pouco, a despenalização das condutas narradas no artigo 28 deste diploma. É dessa forma que entende Souza e Alcolumbre (2018), que embasam seu posicionamento sob o argumento de que as penas atribuídas ao sujeito ativo do tipo em tela são próprias e específicas deste.

A ausência de referência às penalidades na Lei de Introdução do Código Penal de 1941 e sua não conformidade com as diretrizes do Artigo 1º não impedem que uma lei posterior, de igual hierarquia, introduza penalidades criminais não contempladas anteriormente. Desde que a punição não seja desonrosa, desumana ou perpétua, pode ser estabelecida por legislação caso esteja conforme a Constituição. É desconcertante a interpretação que argumente contra a capacidade da lei de atribuir ações criminosas penalidades além de reclusão, detenção, prisão simples ou multa, e que a definição da natureza do delito, seja crime ou contravenção, seja rigidamente regulada por uma lei ordinária (como o decreto-lei equiparado à legislação ordinária, como o Código Penal) e que uma lei mais recente não possa modificar (Schwartz, 2006).”

6. CONCLUSÃO

A discussão em torno da descriminalização e legalização da maconha no Brasil é um tema complexo que merece ser debatido de forma mais abrangente e fundamentada. A política de guerra às drogas, em vigor há décadas, mostrou-se ineficaz no combate ao tráfico e ao consumo de drogas, gerando altos índices de violência e de encarceramento.

O porte de drogas para o uso pessoal é uma questão social que gera muitos questionamentos, controvérsias e tomando um corpo maior em sua discussão atual, uma vez que a cada dia que passa o número de usuários de drogas aumentam, e com isso também a “preocupação” de Estado para com reinserção e reeducação dessas pessoas a sociedade.

Conforme apresentado neste trabalho, a nova lei Antidrogas alterou a nomenclatura a ser usada, abolindo a expressão substância entorpecente para a expressão drogas, sendo considerada dentro deste conceito todas as substâncias que causam dependências física ou psíquica.

O Artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006 descreve as novas penalidades destinadas àqueles que adquirirem, possuírem, armazenarem, guardarem ou transportarem drogas para consumo pessoal sem autorização. As sanções para essas pessoas incluem advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e participação em programas ou cursos educativos.

Quando publicada, a Lei n.º 11.343/2006 foi responsável por grandes discussões na doutrina e da jurisprudência, com relação ao argumento de que a referida lei haveria despenalizado ou descriminalizado o uso de drogas. Por fim, define-se a hipótese adotada a esta pesquisa:

A Lei nº11.343/2006 descriminalizou o porte de drogas para uso próprio, enquanto foi deixando de aplicar pena privativa de liberdade. A parte majoritária dos doutrinadores entende que a conduta descrita no artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006 foi apenas despenalizada, pois a pena privativa de liberdade foi extinta, dando lugar a penas que visam atingir única e exclusivamente as condutas de usuários de drogas, auxiliando-os na recuperação e reinserção social.

Porém, uma parte da doutrina, não majoritária, entende que houve descriminalização, ainda que de uma forma, por não haver a legalização da droga. Ressaltam, ainda, que seu entendimento a favor da descriminalização, deu-se pelo fato de que tal conduta não é mais considerada crime. No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não adotou este entendimento ainda, ou seja, para estes tribunais o porte de drogas para uso pessoal foi apenas despenalizado, e permanece, ainda, como crime.

A possibilidade de descriminalizar e legalizar a maconha surge como uma alternativa mais coerente, baseada na redução de danos e na promoção de políticas públicas de saúde e educação. Além disso, a adoção dessas medidas poderia atenuar a superlotação dos presídios, redirecionando recursos e esforços para questões mais urgentes, como o combate ao tráfico de drogas pesadas e a implementação de políticas de prevenção e tratamento.

Contudo, é importante frisar que esse processo deve ser realizado cautelosamente, com a devida regulação e fiscalização, de modo a evitar abusos e garantir a segurança da sociedade. A legalização da maconha não significa a liberação desenfreada do consumo, mas sim a criação de um arcabouço legal que possibilite o controle e o monitoramento dessa atividade.

A experiência de países como Uruguai e Portugal, que adotaram políticas mais progressistas em relação às drogas, pode ser um ponto de partida para a reflexão e a implementação de medidas no Brasil. É preciso considerar também as experiências positivas de programas de redução de danos, que demonstram a importância de uma abordagem mais humana e orientada para a saúde pública.

Diante disso, é fundamental que a discussão sobre a descriminalização e a legalização da maconha no Brasil seja ampliada, levando-se em conta evidências científicas, experiências internacionais e o diálogo com diferentes setores da

sociedade. Somente assim será possível construir uma política de drogas baseada na redução de danos, na proteção dos direitos individuais e na promoção de uma sociedade mais justa e segura.

REFERÊNCIAS

ASSIS, L. N. D. **A legalização da maconha no Brasil**. 2021. 12 f. Trabalho de Conclusão de Curso (TCC; Graduação) – Curso de Direito, Ciências Sociais Aplicadas, UNIVAG – Centro Universitário, Mato Grosso, 2021. Disponível em: <https://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/view/1344/1281>. Acesso em: 22/10/2023.

BELLO, N. Encarceramento por pequena quantidade de drogas: o crime organizado. São Paulo: **Conjur**, 2019. Disponível em: [as-crime-organizado](#). Acesso em: 23 out.2023.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, 1940.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do § 1º do art. 5º da Constituição Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 jul. 1990.

BRASIL. Lei n.º 9.714, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre a reestruturação da Carreira Auditoria da Receita Federal do Brasil, institui o respectivo Plano de Cargos e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 mar. 1998.

BRASIL. Lei n.º 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. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 ago. 2006.

LAQUEUR, H., RIVERA-AGUIRRE, A., SHEV, A., CASTILLO-CARNIGLIA, A., RUDOLPH, K. E., RAMIREZ, J., CERDÁ, M. The impact of Cannabis legalization in Uruguay on adolescent cannabis use. **International Journal of Drug Policy**, v.80, June. 102748. doi:10.1016/j.drugpo.2020.10274. 2020.

LEANDRO, T. G. **A descriminalização do porte de drogas ilícitas para consumo pessoal e o estigma do usuário: uma análise comparada.** 2015. 187 p. Trabalho de Conclusão de Curso (TCC; Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo. 2015. Disponível em Acesso: 23 out. 2023

MACHADO, L. **Enquanto mercado legal de maconha já movimentava R\$ 130 milhões no Brasil, usuários ainda são presos por ‘farelo’.** São Paulo: BBC, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/saude/noticia/2022/06/02/enquantomercado-legal-de-maconhaj-a-movimenta-r-130-milhoes-no-brasil-usuarios-aindasao-presos-por-farelo.ghtml>. Acesso em: 19 out. 2023.

MAGALHÃES, L. Maconha. 2022. In: **Toda Matéria.** Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/maconha/>. Acesso em: 23 out. 2023.

PAULA, M. M. N. D. **Descriminalização do uso da maconha no Brasil.** 2018. 54 p. Trabalho de Conclusão de Curso (TCC; Graduação) – Curso de Direito, Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/21824>. Acesso em: 23 out. 2023.

ROCHA, F. D. C. A. **Legalização das drogas: a descriminalização e regulamentação como forma de combate ao crime organizado.** 2016. 72 p. Trabalho de Conclusão de Curso (TCC; Graduação) – Curso de Direito, Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais FAJS, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/9105/1/20964998.pdf>. Acesso em: 23 out. 2023.

RODRIGUES, M. E.; ZUMSTEIN, L. D. S. Legalização e descriminalização da Cannabis. **Direito & Realidade**, v. 6, n. 5, p. 41 – 52, 2018. Disponível em: <https://revistas.fucamp.edu.br/index.php/direito-realidade/article/view/1280>. Acesso em: 23 out. 2023.

SCHWARTZ, G. **A Constituição e o Direito.** 7ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2006. 365p

SILVA, G. P. D. **Descriminalização do uso e porte da Cannabis sativa para usuários no Brasil: um estudo sob a aplicação dos direitos individuais constitucionais aos usuários.** 27 p. Trabalho de Conclusão de Curso (TCC; Graduação) – Curso de Direito, Escola de Direito e Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiás, 2020.

SOUSA, H. D. P. X. D. **A legalização da maconha e seu efeito sobre o tráfico de drogas na periferia.** 2020. 22 p. TCC (Graduação) – Curso de Direito, CENTRO UNIVERSITÁRIO FAMETRO – UNIFAMETRO, Fortaleza, 2020. Disponível em: <http://repositorio.unifametro.edu.br/bitstream/123456789/220/1/HILDIANY%20DO%20PRADO%20XIMENES%20DE%20SOUSA%20TCC.pdf>. Acesso em: 23/10/2023

SOUZA, M. M. B. P.; ALCOLUMBRE, S. M. P. **Os reflexos da desestrutura familiar nos atos infracionais: uma realidade de exclusão.** Revista de Direito Fibra

Lex, Manaus, n. 3, p. 4-14, fev. 2018. Disponível em: < <https://fibrapara.edu.br/periodicos/index.php/fibralex/article/view/69>>. Acesso em: 31 out. 2022.

VOLPI, M **Da prática do ato infracional: apontamentos ao Art. 103 do ECA.** In: CURY, Munir (Coord.). Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 405p

ZAFFARONI, E.R.I. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral.** 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. 306p.

A INEFICÁCIA DA POLÍTICA CRIMINAL DE GUERRA ÀS DROGAS NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOB O VIÉS DA NECROPOLÍTICA E DO RACISMO ESTRUTURAL.

Maria Clara Amorim Sampaio Barros²⁷
Maderson Amorim Dantas da Silva²⁸

Resumo: O presente artigo busca analisar a problemática da guerra às drogas no Brasil, bem como a política criminal adotada no país para a contenção desta realidade. O objetivo primordial deste trabalho é realizar a correlação entre guerra às drogas e os conceitos de necropolítica e racismo estrutural com a finalidade de compreender o porquê desta guerra ter um inimigo em comum e por que sempre se perde neste conflito. Levantando-se o panorama histórico-social e analisando temas como o proibicionismo, o encarceramento em massa e os impactos da Lei 11.343/2006, foi possível analisar e compreender a falha da política de criminalização do comércio de entorpecentes no contexto do país. Diante desta assertiva, a hipótese resta comprovada, demonstra a estruturação da política criminal e do sistema penal brasileiros sob a égide do racismo e da manutenção das políticas de deixar morrer do Poder Público, desconsiderando qualquer aspecto que tangencie saúde pública ou bem-estar social, o que desemboca, inexoravelmente, no fracasso dessa guerra. Para a realização deste estudo foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica e análise de informações realizadas por meio de leituras exploratórias do material encontrado, cujos resultados foram expostos de forma qualitativa.

Palavras chaves: Guerra às drogas. Lei de drogas. Necropolítica. Política criminal brasileira. Racismo.

Abstract: The present article aims to analyze the problematic war on drugs in Brazil, as well as the criminal policy adopted to restrain this reality. The main objective of this paper is to establish a correlation between the war on drugs and the concepts of necropolitics and structural racism in order to understand why this war has a common enemy and why it is always lost in this conflict. Bringing up the historical and social panorama of the country and analyzing topics such as prohibitionism, mass incarceration, and the impacts of Law 11.343/2006, it was possible to analyze and understand the failure of the policy of criminalizing the drug trade in the country's context. Given this assertion, the hypothesis is confirmed, demonstrating the structuring of Brazil's criminal policy and penal system under the aegis of racism, and in the maintenance of the let-die policies of the public power, disregarding any aspect that touches public health or social well-being, which leads, inexorably, to the failure of that war. To carry out this study, a bibliographic research and analysis of information were conducted through exploratory readings of the material found, the results of which were qualitatively presented.

Keywords: War drugs. Drugs act. Necropolitics. Brazilian criminal policy. Racism.

27. Graduada em Direito pelo ICEV – Instituto de Ensino Superior. E-mail: maria_clara.barros@somosicev.com; <http://lattes.cnpq.br/5304606090254903>.

28. Advogado, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNINOVAFAPI e Mestre em Direito pelo IDP. E-mail: maderson.silva@grupoceve.com; <http://lattes.cnpq.br/9674816457083396>.

1. INTRODUÇÃO

A realidade sócio-cultural do Brasil, desde o início de sua formação enquanto país, é permeada pelo fator da diferenciação de raças e da hierarquização de uma em detrimento da outra pelo motor do racismo. O elemento “raça” é a grande herança da era colonial que sobrevive até hoje contaminando as mais diversas áreas da sociedade e sabotando, constantemente, o princípio da igualdade imortalizado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

É em meio a essa desigualdade que se desenha o problema da Guerra às Drogas, vez que a dinâmica de enfrentamento adotada opera de forma seletiva e pouco eficaz. Somado a isso, o Estado responde com o “deixar morrer” aquelas pessoas tidas como delinquentes, já que, para o poder público e para uma parte da sociedade, essas vidas não têm valor, então ninguém se sente obrigado a buscar responsabilização. Portanto, o Estado, controla quem vive e quem morre, aproveitando-se da triste máxima que se faz verdade: “ninguém tá ligando pra pretos morrendo” (CRIOLO, 2021).

Nesse sentido, o estudo define as seguintes indagações: Por que o combate ao tráfico tem um inimigo em comum, e mesmo depois de diversas tentativas e anos de projetos de políticas criminais e de segurança pública, nunca se obteve êxito? Parte-se da hipótese de que, para lidar com a Guerra às Drogas, a política criminal e o sistema penal brasileiros se estruturam sob a égide do racismo e da manutenção das políticas de deixar morrer do Poder Público, o que desemboca, inexoravelmente, no fracasso dessa guerra.

O artigo desenvolveu-se, a princípio, das noções de Necropolítica e Racismo Estrutural para compreensão da realidade brasileira de enfrentamento. Em seguida fez-se uma contextualização da Guerra às Drogas nos moldes americanos e suas reverberações em solo brasileiro. Após, uma análise da Lei 11.343/2006 e suas consequências, em termos de violência, encarceramento em massa e mortes, chegando a dados alarmantes como a taxa de homicídios de pessoas negras aumentado em 33,1%, enquanto que, entre a população branca o aumento foi de 3,3% (IPEA, 2023).

Ademais, encontrou-se uma redução de 4,2 meses na expectativa de vida dos brasileiros e um custo de R\$50 bilhões anuais, correspondentes a 0,77% do PIB, segundo o Ipea, o que reforça ainda mais a inépcia da política criminal de guerra às drogas. Por fim, levantada a questão da descriminalização das drogas em alguns países do mundo, analisar-se-á de que forma é possível absorver tais tendências para aplicá-las no Brasil, bem como a análise de uma atuação mais ativa do Supremo Tribunal Federal para contornar este cenário.

Para a realização deste trabalho foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica sobre a política criminal de contenção às drogas dentro da realidade brasileira e suas particularidades, utilizando-se de artigos e livros. A análise das informações foi realizada por meio de leitura exploratória do material encontrado, em uma abordagem qualitativa.

2. NECROPOLÍTICA E RACISMO ESTRUTURAL NO BRASIL

O filósofo, teórico político e historiador camaronês Achille Mbembe foi responsável por introduzir pela primeira vez a ideia e o termo “necropolítica” em seu ensaio sobre biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte intitulado Necropolítica. A partir de conceitos introduzidos por Michel Foucault, o filósofo discorre, neste estudo, sobre o poder do estado de controlar quem vive e quem morre, a partir de aparatos sociais públicos.

Em seu texto, Mbembe perpassou pelos conceitos de biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte para explicar como o Estado exerce o poder de matar, através de “experiências contemporâneas de destruição humana” (MBEMBE, 2020, p.11) e que estas mortes teriam alvos específicos. A ideia de biopoder, de Michel Foucault, serviu como base para o estudo de Mbembe, ao relacioná-la “a dois outros conceitos: o estado de exceção e o estado de sítio” (MBEMBE, 2020, p.16), encontrando, nessa linha, a figura de um inimigo.

Assim, não só o Estado, mas toda a sociedade, se volta contra um inimigo em comum que possui como característica mais evidente a cor da pele. Para Foucault, por meio do biopoder, cria-se, portanto, a censura biológica denominada *racismo*, já bem conhecido nos dias de hoje. MBEMBE, op. cit., p.17.

Em termos foucaultianos, racismo é acima de tudo uma tecnologia destinada a permitir o exercício do biopoder, “este velho direito de soberano de matar”. Na economia do biopoder, a função do racismo é regular a distribuição da morte e tornar possíveis as funções assassinas do Estado. Segundo Foucault, essa é “a condição para a aceitabilidade do fazer morrer”. (MBEMBE, 2020, p.18)

De acordo com Foucault (2010), o poder assassino do Estado só pode ser legitimado pelo racismo, com isso, a existência do corpo matável, ou que se deve exterminar, torna-se aceitável perante a população, inflamando-a, também, a lutar, juntamente com o poder público, contra esse corpo. Mbembe, então, faz a relação entre o sistema de plantation nas primeiras colônias da América e a forma como o corpo negro era sujeitado na condição de escravo, o que perpassa até hoje na modernidade (MBEMBE, 2020, p.27).

O Brasil, país com um passado escravocrata muito pungente e o último das Américas a abolir a escravidão (SCHWARCZ, 1993, p. 62), a fez sem levar em consideração nenhuma forma de reparação ou inserção excepcional dos povos que agora estariam livres na sociedade. Ao contrário, houve um favorecimento da imigração europeia e um apagamento da cultura de matriz africana. Com isso, mesmo após 500 anos, perdura o modelo social onde os brancos controlam os meios de informação; o aparelho educacional; formulam os conceitos, as armas e os valores do país (NASCIMENTO, 2016, p. 54).

Nessa linha, o racismo pode ser pensado sob a perspectiva estrutural, justamente a partir destes processos políticos e históricos, como afirma o filósofo e atual Ministro dos Direitos Humanos (2023), Silvio Luiz de Almeida, em seu livro *Racismo Estrutural* (2019, p. 40). A negligência de políticas públicas com que a população negra sofre hoje, não é, com isso, um fenômeno pontual.

Ademais, Almeida (2019, p. 32) afirma ainda que o racismo se manifesta por meio de atos conscientes ou inconscientes ocasionando desvantagens ou privilégios para determinados grupos, além de as instituições também exercerem seu controle com base na raça, por meio de práticas discriminatórias. Não à toa, a estrutura jurídica brasileira, de acordo com Salo de Carvalho, desde a abolição, foi marcada pela eterna contradição: a associação de práticas liberais a práticas punitivas extremamente autoritárias, produtos nítidos do racismo (CARVALHO, 2015).

Nessa conjuntura, as ideias de racismo e necropolítica deixam-se perceber mais evidentemente se considerarmos o aparato do sistema penal e da política criminal brasileiros. Ao relacionarmos racismo, necropolítica e sistema penal, estas ideias se confundem, conversam entre si e se retroalimentam em uma relação simbiótica que norteia a problemática da “Guerra às drogas” no país. Nota-se, com isso, que o tráfico de entorpecentes e a falta de políticas públicas democráticas de segurança, estão entre as maiores causas da matança de jovens negros (GOMES; LABORNE, 2018, p. 11).

Assim, com o passar dos anos e sujeitos à permanente marginalidade pós-abolição, os negros continuam sendo um dos alvos preferidos do controle social punitivo.

3. PROIBICIONISMO E GUERRA ÀS DROGAS

Para que seja possível a análise do que conhecemos hoje como “guerra às drogas”, é necessário que se passe pela “Gênese do Proibicionismo”, como nomeia Daniela Ferrugem (2018). A racionalização do trabalho na América juntamente com a ideia de Proibicionismo estão interligadas. O controle sobre a vida íntima dos operários, a fim de monitorar a moralidade dos trabalhadores, são, portanto, necessidades do novo método de trabalho. (GRAMSCI, 2008, p. 69). Logo, para que essa mão-de-obra fosse completamente consumida e utilizada pelo sistema, seria necessário o controle e a minimização dos instintos sexuais e do uso de substâncias psicoativas que pudessem atrapalhar a produção.

Não tardou para que no mundo como um todo, ganhasse força o mito da proibição dos entorpecentes, o qual sobrevive ainda hoje na ideia de que criminalizando o uso e o comércio destas substâncias, os problemas magicamente desaparecem ou, sendo otimista demais, diminuem. Na verdade, ao tornar ilegal o universo das drogas, criou-se o efeito contrário: o consumo não diminui e o comércio clandestino aumentou.

Nesse contexto, os Estados Unidos passaram por grandes crises relacionadas às drogas. Em 1914, com o consumo alarmante de ópio e cocaína e a criação do *Harrison Narcotic Act*; em 1920, com a Lei Seca e a proibição de bebidas alcoólicas; e em 1937, com a criminalização do consumo de maconha. No

ano de 1971, Richard Nixon, presidente estadunidense da época, discursou para a nação afirmando que *o uso abusivo de drogas é o inimigo número um dos Estados Unidos* (“America’s public enemy number one in the United States is drug abuse”, discurso de Richard Nixon, Estados Unidos, 1971). A partir da declaração e das crises que os Estados Unidos experimentaram ao longo desses anos, originou-se a política conhecida como “guerra às drogas” ou “war on drugs”.

De acordo com a análise de Campbell (1992), os Estados Unidos sequer consideraram o bem comum, mas interesses completamente individuais e próprios:

A chamada guerra às drogas veio a ter seu início efetivo quando os Estados Unidos, a partir de próprios interesses internos e externos, a serem discutidos mais enfaticamente adiante, passaram a fazer e exportar uma análise das drogas como sendo uma ameaça ao Estado, imputando-as assim, através de um efeito de interpretação, como sendo uma ameaça real.” (CAMPBELL, 1992).

Na mesma linha, o Brasil seguiu os moldes norte-americanos adotando uma postura proibicionista às drogas, endurecendo a política legislativa e valendo-se dos reflexos do racismo em todos os cenários. No caso da maconha, por exemplo, a associação entre a droga e os costumes africanos foi crassa e inevitável:

A associação entre maconha e loucura esteve presente em todos os discursos que buscavam a criminalização e repressão do cultivo e uso da planta. Os estudos médico-legais já atestavam que os negros e seus descendentes seriam dotados de características transmitidas geneticamente responsáveis pela personalidade infantil, animalésca, agressiva e mesmo tresloucada. Associados a uma substância tida como altamente perigosa e capaz de levar a crimes, embora pouco se conhecesse dos aspectos químicos e farmacológicos da maconha, a imputação de tais características como intrínsecas à “raça negra” seria intensificada e o controle sobre essa população deveria ser ampliado. (SAAD, 2013, p. 7)

Desse modo, o proibicionismo, enquanto um estatuto, não funcionou somente como um conjunto de leis. Além de fazer com que o tráfico ganhasse força e tivesse o poder de ditar as regras do jogo, a proibição deu origem a um *modus operandi* mais complexo, disperso e perverso e, por ser cultural, reflete nas instituições de segurança, de educação, de saúde, nas comunidades e nas relações interpessoais em que um vigia e controla o comportamento do outro. (FERRUGEM, 2018).

Cria-se uma necessidade, portanto, de entranhar no imaginário popular desinformações, medos e alardes para legitimar as ações de força. Assim, uma vez que a criminalização de entorpecentes aumenta, é diretamente proporcional o aumento do poder de polícia. Tal qual ocorreu nos Estados Unidos, no Brasil, a população carcerária cresceu drasticamente, bem como o extermínio da população jovem, negra e pobre, fazendo com que o país ocupe o terceiro lugar na lista de países com as maiores populações carcerárias do mundo (CNJ), atrás apenas dos EUA e da China.

4. POLÍTICA DE DROGAS DO BRASIL, VIOLÊNCIA E ENCARCERAMENTO EM MASSA

A Lei 11.343/2006, que define os crimes relacionados ao tráfico ilícito de drogas, em seu art. 33 prevê:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Do diploma legal, têm-se a presença de 18 núcleos que caracterizam o crime de tráfico de entorpecentes, o que, de acordo com Nilo Batista, é algo sintomático “para o delírio de uma ilicitude contínua e inescapável” (BATISTA, 1997, p. 137), e com essa abrangente abstração do conceito de tráfico e suas lacunas, o tipo penal torna-se tendencioso à prisões, bem como à interpretações diversas e arbitrárias.

Da Lei ainda se extrai que o fato típico é caracterizado pela ausência de violência ou grave ameaça. Embora sem requintes de violência, há de se considerar que essa só se relaciona ao crime de tráfico tendo em vista a ilicitude de tais substâncias, mas que na relação comercial em si não há qualquer violência (VALOIS, 2021).

Ademais, valendo-se da diferenciação da pena para usuários e traficantes, desconsiderando, inclusive, a prisão para o consumo ou a aplicação de atenuantes, a interpretação da lei para o enquadramento por tráfico ou não, cabe à figura do magistrado, conforme versa o art. 28, § 2º, da Lei 11.343:

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Visto isso, é possível inferir que há uma falta de critério para a distinção de usuários e traficantes, o que contribui, conseqüentemente, para o aumento da seletividade escancarada: pretos e pobres que usam drogas são traficantes; ricos que usam drogas são dependentes químicos; aos ricos, cabe levantar o viés da saúde pública ou da impunidade; aos pobres, prisão e penas mais rígidas.

(...) a criminalização das drogas favorece a escolha de quem deve ser perseguido por quem detém o poder ou, na prática da rua, por quem possui o distintivo naquela ocasião. Uma discricionariedade que chega às raias da arbitrariedade, mas com essa não se confunde, porque sabemos que as drogas são consumidas no alto escalão da camada social, como também são traficadas, e o lucros resultados do seu comércio são usufruídos principalmente pela elite, embora o sistema penitenciário fale por si só: lotado de pobres e miseráveis. (VALOIS, 2021, p.330)

A figura do encarceramento surge, portanto, como uma solução mais fácil e mais rápida, além de provar à sociedade que está se fazendo alguma coisa ou que medidas de segurança estão sendo tomadas para resolver o problema. Com isso, para Valois:

A solução mágica prisão é um lavar as mãos que agrava a situação, aumenta a violência na sociedade e nos emudece para o debate político acerca de um problema que só pode ter solução política. Solução única, a prisão tem sido ratificada nos tratados internacionais independentemente de que prisão se esteja falando, não importando que seja uma prisão mais perigosa do que qualquer droga, que mate mais, que violenta mais, bastando que sirva para demonstrar que todos estão contra as drogas. E, pior, sendo a prisão já ponto pacífico, como punição padrão para uma prática comercial voluntária, o argumento prisão vai perdendo força, fazendo com que reste um único outro argumento: penas maiores. (VALOIS, 2021 p. 58)

Logo, com o advento da Lei 11.343, de 2006, parece ter criado uma piora considerável nos números sobre encarceramento em massa, violência e mortes. Segundo o Infopen, em 2006 tínhamos 47 mil presos pelo crime de tráfico (14%), o que em 2013 passou a ser 138 mil (1 em cada 4 presos). Em 2016 este número chegou a 156.749 mil presos. (Brasil, 2017).

Em dez anos, no Brasil, dobrou-se o número de pessoas encarceradas, sem gerar, todavia, algum impacto expressivo nos índices de violência. De acordo com o Departamento de Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, se em 2005 a quantidade de pessoas presas era de 361,4 mil, no ano de 2016 o Brasil alcançou a marca de 726.354 mil pessoas presas, ou seja, quase o dobro de vagas disponíveis (Brasil, 2017). Ademais, a quantidade de pessoas presas, mesmo sem sentença transitada em julgado, é de 292.450 mil pessoas, ou seja, 40% dos presos sequer possuem condenação. Mais da metade destes são jovens entre 18 e 29 anos, sendo 64% das pessoas encarceradas são pretas ou pardas.

Nesse contexto, ao chegarmos à análise dos dados da violência relacionada a questão das drogas, é possível observar a seletividade do sistema penal e sua preferência justamente por jovens negros marginalizados. Para Zaffaroni (2019), essa preferência está diretamente vinculada à criação de estereótipos, que no Brasil são indissociáveis da marginalidade associada aos jovens, pretos e pobres. Soma-se a isso a “capacidade reprodutora de violência dos meios de comunicação de massa” (ZAFFARONI, op. cit., p. 131), introjetando no imaginário consciente e inconsciente da sociedade a figura do delinquente.

Assim, o “selecionado” não é o que cometeu crime mais gravoso, mas sim o que a sociedade aprendeu a considerar como “risco”.

De acordo com dados do Sisdepen, entre o período de julho a dezembro do ano de 2021, 67,39% da população encarcerada era negra, sendo 50,07% dos presos pardos e 17,32% pretos (BRASIL, 2021). Dados do Infopen demonstram que o tráfico de drogas lidera o número de prisões do país, e o fato da maior parte dessas pessoas presas serem negras, nos faz concluir que existe uma relação entre a política de drogas e controle racial.

Entre 2007 e 2017, a taxa de homicídios de pessoas negras aumentou em 33,1%, enquanto que entre a população branca o aumento foi de 3,3%. Em dados mais recentes sobre a “Violência em números no Brasil” tem-se que as pessoas do sexo masculino reproduziam 99,3% dos casos, 77,9% entre 15 e 29 anos e 75,4% negros, sendo que 11 a cada 100 mortes violentas intencionais foram provocadas pelas polícias, onde 17 pessoas foram mortas por dia, totalizando 6.220 vítimas em 2018 (IPEA, 2019). A seletividade racial também se nota no contexto das polícias: do número de policiais mortos, 97% são homens, 51,7% negros e 65,5% tinham entre 30 e 49 anos.

Estatisticamente, a problemática do tráfico de drogas faz com que a polícia do Brasil seja uma das que mais mata no mundo, como também uma das que mais morre, de acordo com o *Atlas da Violência de 2019*, uma vez que opta por uma política criminal violenta e punitivista, baseada na desigualdade, desconsiderando tópicos importantíssimos como saúde pública, por exemplo. Assim, o pacto silencioso e necropolítico vigente no Brasil, além de não errar o alvo, também empurra para a força as forças policiais.

5. A EVIDENTE INEFICÁCIA DA CRIMINALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE ENTORPECENTES

Diante de todo o exposto, é possível observar os processos de criminalização primária e secundária que delineiam o funcionamento do sistema penal. De acordo com Zaffaroni (2015), a criminalização primária é o que se tem com a criação da legislação que cria a punição e a lei penal, bem como tudo que engloba as ações e omissões do legislativo; enquanto que a criminalização secundária se dá pela apreciação e execução das condutas tipificadas pelas instituições do sistema penal.

A Lei 11.343/2006, portanto, faz um enorme esforço para diferenciar condutas, quando na verdade sua intenção é levar a um denominador comum, que do ponto de vista de Valois (2021, p.425), é, acima de tudo, o modo da política exercer seu necropoder através da figura do legislador.

A dogmática penal, doutrinadores, professores, pesquisadores, não foram consultados na elaboração do tipo penal de tráfico de entorpecentes e nem dos demais crimes da Lei de Drogas, também resultados do interesse em dotar a polícia de drogas de mais instrumentos repressivos. (VALOIS, 2021, p.425)

Ademais, é possível reconhecer que a política criminal de guerra às drogas no Brasil carece de eficiência, mas funciona perfeitamente quando criminalização primária e secundária se unem com o objetivo de encarcerar pretos e favelados e oferecer penas alternativas aos brancos abastados. Como consequência do *Labelling Approach* (etiquetamento social), aliena-se esses indivíduos do convívio social, etiquetando-os como criminosos, o que só pode resultar no convencimento de que, realmente, é aquilo que a sociedade os considera: criminosos (Zaffaroni, p. 130, 1991).

Para Zaffaroni (2019), igualmente tendenciosa é a sentença proferida pelo juiz, exercício, portanto, do poder soberano. Com isso, ao examinarmos as decisões judiciais sob a perspectiva da soberania, essas são também uma forma de controlar quem pode viver e quem deve morrer. Isso se faz evidente ao analisarmos que a taxa de expansão da população carcerária é maior que o aumento da criminalidade (TRINDADE, 2018).

Na contramão dessas tendências, Rosália Guimarães Sarmiento, juíza de Direito de Manaus/AM, já chegou a reconhecer e a declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da lei 11.343/06 (WEB, 2019). Ao seguir entendimento semelhante ao do ministro Gilmar Mendes, do STF, no Recurso Extraordinário nº 635.659, a magistrada desclassificou a conduta de três réus do art. 33 para o art. 28, com isso realizando controle difuso de constitucionalidade. Nas palavras da juíza:

O controle de constitucionalidade, todavia, é obrigação de todo magistrado, diante da primazia da norma constitucional em nosso ordenamento jurídico vigente. Se uma lei (ou parte da lei) é inconstitucional, ela não deve jamais prevalecer, devendo ser afastada a fim de que se garanta a supremacia da Constituição Federal que é o que a Lex Mater ou a Lei das leis (SARMENTO, 2019).

Desse modo, a caracterização de inconstitucionalidade da referida lei não se dá somente em ambiente acadêmico ou popular, no entanto, ainda não se pode falar que acontece no meio jurídico, pois o entendimento da juíza representa fato extremamente raro. Embora signifique avanço importante, como regra do controle difuso de constitucionalidade, a lei, mesmo atacada, não é retirada do ordenamento jurídico.

Como visto, outro dado alarmante é a magnitude da população prisional brasileira, reflexo da política de encarceramento em massa e da equiparação do tráfico à crime hediondo. Ao lotar prisões, cria-se a necessidade de maior investimento em infraestrutura, segurança (ou a falsa ideia de segurança) e policiamento. Gasta-se muito e a bolha cresce a ponto de explodir. Somado a isso, o cárcere detém condições extremamente insalubres, ferindo qualquer dignidade da pessoa humana que, constitucionalmente, todos teriam direito.

Além disso, a Lei de Drogas, juntamente com todo o aparato estatal, parece não vislumbrar a menor possibilidade de tangenciamento à questão da saúde pública, muito embora se proponha a abarcá-la. Ao legalizar o álcool, por exemplo, e criminalizar qualquer outro tipo de droga, percebe-se que não há critérios farmacêuticos e bioquímicos que expliquem o fato de uma substância que também causa danos ao organismo, seja socialmente aceita e onipresente, e outras não.

Por fim, é tráfico de drogas, proveniente da proibição, quem sempre vence a guerra. Ao coibir condutas, ao proibir toda e qualquer substância sem qualquer estudo legítimo, tem-se a manutenção de um comércio extremamente rentável e difícil de se desfazer. Assim, quem conseguiu deter expertise em política criminal de drogas foi o tráfico, e este detém os lucros, enquanto que o Estado lida com o prejuízo ao mesmo tempo em que derrama sangue.

6. TENDÊNCIAS E ALTERNATIVAS EMERGENTES

Luciana Teixeira (2016) realizou importante estudo acerca do impacto econômico da legalização das drogas no Brasil. Segundo a autora, os efeitos imediatos desta mudança seriam: geração de novos empregos; aumento da arrecadação de tributos; e redução de gastos com o sistema prisional, repressão policial e processamento judicial. Ademais, geraria impacto sobre a cadeia de ilicitude, inclusive no tráfico de armas, provocando, assim, diminuição da violência, além de culminar em verdadeiras mudanças para a saúde pública.

Ao observarmos as políticas internas de alguns países europeus, nota-se a quase unanimidade com que se aplica políticas de redução de danos, além de processos e tendências de despenalização e descriminalização da condição de usuário. Ademais, há uma tendência à diferenciação da resposta dependendo do tipo de droga, e nesse sentido, a cannabis é alvo de posturas mais brandas, muitas vezes com autorizações para uso terapêutico e pequena produção doméstica para consumo próprio.

Na Alemanha, adotou-se como os quatro principais focos: a prevenção do uso; o aconselhamento, tratamento e reabilitação; o auxílio à sobrevivência e redução de danos; a repressão e redução da oferta (“German national focal point”, [s.d.]). Toma os problemas envolvendo a drogadição como política de saúde pública, além de voltar sua atenção a grupos como filhos de usuários, grupos de risco, dentre outros. A política criminal alemã contempla, portanto, uma perspectiva despenalizadora e menos repressiva.

Na Espanha, os objetivos foram agrupados em: redução da demanda, redução da oferta e cooperação internacional, desenvolvimento regulatório, pesquisas e treinamentos e sistemas de informação e avaliação. No país, conta-se com o Plano de Ação quadrienal, que definiu foco em seis eixos de trabalho: coordenação, prevenção e sensibilização social, assistência integral, ampliação do conhecimento res- peitante, redução da oferta e cooperação internacional (“Spanish national focal point”, [s.d.]).

Na Holanda, a distinção entre drogas leves e pesadas e a abordagem do tema vêm estabelecidas no documento “Política de Drogas: Continuidade e Mudanças”, desde 1995. Nele, há quatro objetivos:

prevenção do uso, tratamento e reabilitação de usuários; redução de danos a usuários; redução de incômodos públicos causados por usuários; combate à produção e ao tráfico. A política vem sendo complementada com o passar dos anos. O governo foca nas políticas de prevenção desde a educação primária com programas de promoção de comportamentos saudáveis (“Dutch national focal point”, [s.d.]). Além disso, o sistema prisional dispõe de mecanismos e órgãos que estimulam o interesse de internos por tratamento.

Os avanços encontrados na Holanda são notáveis, e constata-se uma maior pretensão do respeito à liberdade individual. Novamente, evidencia-se uma preocupação realista com a saúde pública. Da análise dos modelos alemão, espanhol e holandês, nota-se que inexistente um critério universal para classificar uma substância como boa ou ruim, ademais, têm-se que o foco de nenhum destes países está na punição ou na aniquilação de grupos determinados.

Diante de todo o exposto, ao reconhecer a debilidade da política de drogas do Brasil, tendo em vista a alusão ao proibicionismo, surge no debate as figuras do álcool e do tabaco e as inúmeras tentativas de coibir o consumo e o comércio dessas substâncias. Em algum ponto, foi possível perceber a possibilidade de lucrar com estas drogas consideradas legalizadas, as quais a produção e distribuição regulamentadas resultaram em fato gerador de impostos, taxas, empregos e renda.

Inicialmente, postura igualmente eficaz seria adotar política semelhante em relação à maconha, uma vez que a cannabis é a droga mais tolerável socialmente e uma das que apresenta maior número de estudos comprovando sua eficácia no uso medicinal. Além disso, cabe mencionar a relevância de investimentos em educação conscientizadora de base, como é o caso da Holanda, por exemplo.

A atuação do Supremo Tribunal Federal seria de suma importância para encabeçar a descriminalização dessas substâncias, combatendo, assim, os inúmeros problemas oriundos da política de guerra às drogas. Nos labirintos do STF, a questão das substâncias entorpecentes não se discute de hoje, no entanto, encontra-se travada por muito tempo, sob os argumentos de que a sociedade não está pronta para a discussão. Nesse sentido, segundo Patrícia Perrone Campos Mello:

Diversos mecanismos institucionais induzem o Supremo Tribunal Federal a alinhar suas decisões à opinião pública.(...) Mas nem só de decisões populares vive uma Corte Constitucional. Em alguns casos apreciados neste trabalho, o Supremo Tribunal Federal desempenhou efetivamente um papel contramajoritário na defesa de direitos individuais e de direitos políticos e, eventualmente, teve de suportar as críticas decorrentes de contrariar as expectativas (e os estereótipos) da maioria da comunidade. Nesses casos, defendeu sua atuação com base no esclarecimento de que constitui aspecto inerente à função do Tribunal a missão de defender tais direitos inclusive em face de maiorias eventuais. (MELLO, 2015, p. 457-458).

Logo, representaria grande avanço se o STF se valesse de seu poder de “carta branca”, adotando uma postura contramajoritária, mais técnica e científica, ao contrário do que se vê no Congresso, onde se legisla com base na moral, não cientificamente.

De acordo com José Henrique Kaster Franco (2018), só há óbice para a utilização do mecanismo de ativismo judicial quando este vai de encontro ao ordenamento jurídico e aos direitos fundamentais, nessa linha, o ativismo do Supremo seria uma válvula de escape importante para o caminho do progresso em relação à mudança da política criminal, vez que seria uma das poucas formas de confrontar percepções conservadoras e preconceituosas da sociedade e da casa legislativa que a representa.

Assim, à primeira vista, é de significativa urgência a observância da constitucionalidade da Lei 11.343/06, em especial, dos arts. 28 e 33, explorar o questionamento e, por ventura, substituir o olhar punitivista por um olhar mais humano e garantista de direitos básicos, a fim de defender a vida e a saúde das pessoas.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo discorreu sobre a política criminal utilizada para a contenção da guerra às drogas no Brasil. Conforme verificado no decorrer deste trabalho, ao analisarmos esta questão através da perspectiva das práticas necropolíticas e do racismo estrutural, tem-se que, mesmo após anos de

pós-abolição, a população negra e marginalizada ainda sofre com o “fazer morrer” e “deixar morrer” do Estado, especialmente no que diz respeito ao enfrentamento dos problemas relacionados às drogas.

Ao buscar soluções para este cenário, todo o aparato estatal deixa de considerar problemas reais relacionados à saúde pública, liberdade individual e garantia de direitos e foca, exclusivamente, no proibicionismo, no enrijecimento das penas e no punitivismo. Grande parte das medidas criadas para contornar tal contexto são, portanto, um problema em si mesmo.

Assim, a atual política de proibição de entorpecentes no Brasil, é falha em vários aspectos: viola a dignidade da pessoa humana, lota prisões, estigmatiza e, ao ter como foco a matança de jovens negros, contribui para a retroalimentação do racismo estrutural, num ciclo vicioso. E se não choca a quantidade de vidas que se perdem nessa guerra fracassada, que pelo menos choque o fato de que gasta-se muito dinheiro público com medidas infrutíferas de segurança.

Analisou-se, portanto, um novo modo de pensar a questão das drogas, observando o que tem funcionado em outros países e mudando o que se tem de mais urgente, como é o caso da inconstitucionalidade da Lei 11.343/06. Ademais, considerou-se a descriminalização da cannabis como passo inicial para o fim da guerra às drogas, com a regulamentação de seu comércio, tributação e distribuição, aliada ao investimento em educação conscientizadora nas escolas.

Por não haver indícios de melhora, é inegável a necessidade de implementação de um modelo distinto de política criminal que se tem hoje e, com isso, o STF será de extrema importância para o início desta caminhada. Se o órgão adotar postura mais técnica e científica, levando em consideração estudos e estatísticas já existentes, através do ativismo judicial, poderá decidir pela descriminalização das drogas (ou da maconha, inicialmente), sendo, assim, um caminho ao progresso e à mudança deste cenário hostil e racista.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. Pólen Produção Editorial LTDA, 2019.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 5, n. 20, p. 129-146, out-dez 1997.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito). Disponível em . Acesso em 23/05/2023.

CAMPELL, David. **Writing Security: United States Foreign Policy and the Politics of Identity**, Rev. Ed. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1992

CRIOLO. **Cleane** (Part. Tropkillaz). São Paulo: Oloko Records, 2021.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - SISDEPEN**. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen>. Acesso em: 08 jun. 2023.

Dutch national focal point. Disponível em: https://www.emcdda.europa.eu/about/partners/reitox/netherlands_en. Acesso em: 30 jun. 2023.

FERRUGEM, D. **A guerra às drogas e a manutenção da hierarquia racial**. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

FRANCO, José Henrique Kaster. **Ativismo Judicial e Direito Administrativo Aspectos Gerais**. Belo Horizonte: DPlácido, 2018.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Marina Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

German national focal point. Disponível em: https://www.emcdda.europa.eu/about/partners/reitox/germany_en. Acesso em: 30 jun. 2023.

GOMES, Nilma Lino; DE PAULA LABORNE, Ana Amélia. **Pedagogia da crueldade: racismo e extermínio da juventude negra.** Educação em Revista, v. 34, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-4698197406>. Acesso em: 22 mai. 2023.

GRAMSCI, A. **Americanismo e Fordismo.** São Paulo: Hedra, 2008.

Instituto de Pesquisa Estatística Aplicada - IPEA. **Atlas da violência 2018.** (2018). Rio de Janeiro, Brasil: IPEA. Recuperado de http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018. Acesso em: 22 mai. 2023.

Instituto de Pesquisa Estatística Aplicada - IPEA. **Atlas da violência 2019.** (2019). Rio de Janeiro: IPEA. Recuperado de <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/19/atlas-da-violencia-2019>. Acesso em: 25 mai. 2023.

Instituto de Pesquisa Estatística Aplicada - IPEA. **CUSTO DE BEM-ESTAR SOCIAL DOS HOMICÍDIOS RELACIONADOS AO PROIBICIONISMO DAS DROGAS NO BRASIL.** (2023). Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/12132>. Acesso em: 28 jun. 2023.

MBEMBE, A. **Necropolítica.** [S.l.]: n-1 edições, 2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Atualização - Junho de 2016, p.32. Disponível em: <https://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Acesso em 15 mai 2023.

NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado.** 3. ed. São Paulo: Perspectivas, 2016.

SAAD, Luísa Gonçalves. **“Fumo de negro”: a criminalização da maconha no Brasil (c. 1890- 1932).** Dissertação (Mestrado). Salvador, 2013. 139 f. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2013.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

Sistema Carcerário, Execução Penal e Medidas Socioeducativas. Disponível em: <http://cnj.jus.br/sistema-carcerario>. Acesso em: 30 jun. 2023.

Spanish national focal point. Disponível em: https://www.emcdda.europa.eu/about/partners/reitox/spain_en. Acesso em: 30 jun. 2023.

TEIXEIRA, Luciana da Silva. **Impacto econômico da legalização das drogas no Brasil.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2016, p. 51.

TRINDADE, Lígia. **Política de Drogas e Encarceramento Feminino.** São Paulo: Edepe, 2018. Curso de Extensão em Criminologia.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **Drogas: marco legal.** Escritório de Ligação e Parceria no Brasil. Disponível em: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html> Acesso em: 08 jun. 2023.

VALOIS, L. C. **O direito penal da guerra às drogas**. 3°. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021.

WEB, N. A. **Juíza do AM declara inconstitucional artigo 28 da lei antidrogas**. Disponível em: <https://www.oab-ro.org.br/juiza-do-am-declara-inconstitucional-artigo-28-da-lei-antidrogas>. Acesso em: 30 jun. 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro - parte geral**. 11° ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2015.

_____. **Saber Penal y Criminología**. Buenos Aires: Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología, 2019.

DIREITO DE IMAGEM INFANTIL NAS REDES SOCIAIS: INSTAGRAM E TIKTOK

Maria Madeira Martins Conde Medeiros²⁹
Idelcelina Barros Ximenes³⁰

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a proteção do direito personalíssimo da imagem infantil no âmbito das redes sociais, mais especificamente no Instagram e TikTok, tratando da criança como ser detentor de direitos. Empregando-se nesse estudo a metodologia de pesquisa bibliográfica, com materiais descritivos e expositivos. O trabalho se dividirá em quatro capítulos: o primeiro sobre o direito de imagem das crianças; o segundo falará dos riscos da exposição da imagem de crianças na internet; o terceiro tratará da LGPD e o consentimento para tratamento de dados pessoais de menores; o quarto analisará a responsabilidade dos provedores de aplicação, *TikTok* e *Instagram*, quanto à exposição de crianças nessas plataformas. Concluindo-se que o compartilhamento de dados de crianças nas redes sociais é uma ameaça ao direito de imagem infantil e a outros direitos personalíssimos, especialmente pela falta de responsabilização dos provedores e pela falha dos pais ou responsáveis em não garantir o melhor interesse da criança.

Palavras-chave: Direito de imagem; Provedores de aplicação; Responsabilidade; *TikTok*; *Instagram*; Lei Geral de Proteção de Dados; Riscos das redes sociais.

Abstract; This paper aims to analyze about the protection of children's personality right of image on social medias, more specifically: Instagram and TikTok, treating the children as a being that has rights. This study uses the bibliographical method, with descriptive e expositive materials. The article will be divided into four chapters: the first one is about children's right of image; the second one is about the risks that comes with the exposition of children's image on the internet; the third one will discuss the General Data Protection Law and the consent necessary for treating minor's personal data; and the fourth will analyze the application service provider's responsibility about children's exposition on Instagram and TikTok. It concludes that children's shared data on the social medias is a treat to children's right of image and other personality rights, especially for the lack of accountability of the providers and the parents or the responsible ones failing to ensure children's best interests.

Keywords: Right of image; Application Service Provider; Responsibility; TikTok; Instagram; General Data Protection Law; Social medias's risks.

29. Graduanda em Direito pelo ICEV – Instituto de Ensino Superior. E-mail: maria.medeiros@somosicev.com.

30. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Piauí. Especialista em Direito Público pelo CEUT. Mestre em Educação pela Universidade Federal do Piauí. E-mail: idelcelina.ximenes@grupocev.com.

INTRODUÇÃO

O direito de imagem infantil está intrinsecamente relacionado com outros direitos assegurados por lei. Desrespeitar tal direito pode acarretar, também, que o mesmo ocorra com os que estão ligados a ele, tais como o direito à privacidade, à intimidade, à honra, à dignidade e proteção à infância.

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) trata sobre a preservação da imagem das crianças, e na Lei 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) há previsão sobre o tratamento de dados pessoais de Crianças e Adolescentes na Internet, em especial a abordagem sobre consentimento, finalidade e garantia de respeito à privacidade e inviolabilidade da honra, da intimidade e da imagem.

A presente pesquisa tem como objetivo analisar como o sistema jurídico brasileiro protege a imagem infantil nos provedores de aplicação na internet. De maneira mais específica, identificar a criança como pessoa de direito, evidenciar quais prejuízos pode sofrer devido à exposição precoce na internet, bem como o tratamento de seus dados pessoais, além de analisar a responsabilidade dos provedores de aplicação em relação a isso.

Para a elaboração do trabalho, pretende-se usar como base pesquisa bibliográfica, tais como livros e artigos jurídicos ou revistas digitais, além de dados de pesquisa. Para isso, procedeu-se à seleção, leitura e fichamento, além de métodos descritivos e expositivos.

O artigo será dividido em quatro capítulos. O primeiro trata sobre o direito de imagem do qual a criança é detentora. O segundo visa a compreender as consequências da exposição da imagem infantil na internet. O terceiro discorre sobre a LGPD e o consentimento sobre o tratamento de dados pessoais de menores. Por fim, o quarto analisa a responsabilidade dos provedores de aplicação, TikTok e Instagram, quanto à exposição de crianças nessas redes.

2. O DIREITO DE IMAGEM INFANTIL E SUA RELAÇÃO COM OUTROS DIREITOS.

Amiúde, quem administra, divulga e explora financeiramente a imagem de uma criança nos meios digitais são os pais ou responsáveis, já que os detentores são considerados incapazes nos termos da lei, porquanto o menor ainda não tem discernimento do que significa a exposição de sua imagem nas redes sociais.

A questão é que, se o detentor do direito é menor de idade, surgem questionamentos sobre se realmente cabe aos pais ou responsáveis tomarem a decisão de usar sua imagem como melhor entenderem. Nesta seção tratar-se-á sobre direito à imagem no âmbito internacional e da legislação pátria.

2.1 - O DIREITO DE IMAGEM NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Diversos países têm uma visão própria sobre o que é o direito de imagem e seguem convenções instituídas por tratados e convenções internacionais a respeito desse e de outros direitos da personalidade.

Em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tal documento, em seu preâmbulo, reconhece que todos que constituem uma família humana têm direito à dignidade, além de direitos iguais e inalienáveis, sendo estes essenciais para se ter liberdade, justiça e paz no mundo. Além disso, em seu artigo 12, é previsto que:

Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

De acordo com interpretação do artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, foi criada jurisprudência acerca da imagem de um indivíduo, determinando que não se trata apenas da simples imagem que apresenta características pessoais de cada pessoa, mas que, também, é a respeito da mensagem que, através de fotografia, é passada sobre a personalidade, moralidade, crenças ou hábitos de alguém. (Fodor, 2017.)

As visões de dois países serão citadas a seguir, sendo: França, pela base constitucional da CF/88 ser “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, herança do lema central da Revolução Francesa; e Alemanha pela Constituição Alemã de Weimar, também, ter influenciado a Carta Magna Brasileira de 1988.

Por volta do meio do século XX, a França adotou as regras e padrões internacionais, focando em proteger indivíduos de ataques à sua privacidade e dignidade. O país tem uma extensa jurisprudência afirmando que todos possuem um direito exclusivo à própria imagem, permitindo que a pessoa proíba qualquer disseminação ou uso não autorizados. (Logeais, 1997. Schroeder, 1997).

Na Alemanha, os indivíduos têm garantido o direito de decidir como será exposta e distribuída sua imagem, ou seja, por serem detentores do direito, apenas a pessoa representada poderá decidir se, quando e como deseja se expor para uma terceira parte ou ao público, sendo proibida a distribuição não autorizada, privada ou pública, da imagem. (Bergmann apud BGH NJW-RR 1987, 231. 1998).

Logo, observa-se que tanto a França quanto a Alemanha consideram a proteção ao direito de imagem assunto de extrema importância e relevante para a sociedade.

2.2 - O DIREITO DE IMAGEM NO BRASIL

Conforme o texto da Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]”. Ou seja, o direito de imagem é um direito personalíssimo, de todos os indivíduos, não importando sua idade. Através do mesmo artigo, percebe-se que o direito de imagem está intrinsecamente interligado a outros direitos fundamentais, como o direito à intimidade, privacidade e dignidade.

Já no Código Civil de 2002, o artigo 20 prevê:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2022, p. 219), a imagem pode ser definida como representação por meio de pinturas, escultura, fotografia, filme... da pessoa humana, tendo o rosto como foco primordial.

A imagem é algo pessoal do indivíduo, mas a partir do momento em que é introduzida em uma rede social, pode fugir do controle da pessoa sobre como e onde sua imagem será utilizada, podendo ser usada para memes, vídeos, montagens, entre outros. Ou seja, a imagem pode ser espalhada de forma completamente contrária ao seu intuito inicial de postagem, podendo fazer a pessoa passar por situações vexatórias, que afetam a sua dignidade e, por perda de controle do uso de sua própria imagem, configuram desrespeito à intimidade e à privacidade.

Flávio Tartuce (2023, p.138) conceitua que, em síntese, os direitos da personalidade são: “aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade”. Podendo, tais direitos, serem associados com: vida e integridade; nome da pessoa natural ou jurídica; imagem, tanto a imagem-retrato, quanto a imagem-atributo; honra, podendo ser subjetiva ou objetiva e intimidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III do art. 1º da Carta Magna de 1988, pode ser visto como ferramenta que possibilita que o Estado interfira na vida privada do indivíduo, por meio do Ministério Público, para assegurar que seus direitos estejam sendo respeitados. Sendo, na esfera do direito de família, modo de limitar possíveis abusos dos pais a respeito dos direitos de seus filhos. (Machado, 2021).

A imagem é algo que será de uma pessoa até mesmo depois de sua morte, ou seja, sua exposição e os efeitos disso acompanharão o indivíduo para o resto da vida. Então, ao decidirem expor a imagem de uma criança, os pais e responsáveis acabam por não pensar as consequências disso a longo prazo, pois o menor pode tornar-se um adulto que gostaria de ter a vida privada, ao invés de tê-la exposta nas redes sociais desde tão pouca idade e entendimento.

Quanto ao dever de assegurar às crianças direito à dignidade e ao respeito, é possível ser encontrado no artigo 227 da CF/88 que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Além do disposto no art.11 do Código Civil de 2002: “exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Os direitos da personalidade também são vistos como absolutos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis, vitalícios e indisponíveis. No entanto, no caso do direito de imagem, seria admitido cessão de uso, por isso deveria ser classificado por indisponibilidade relativa. (Gonçalves, 2022.)

A imagem pode ser dividida em duas classificações, sendo elas imagem-retrato e imagem-atributo. Conforme Maria Helena Diniz (2023, p. 53):

A imagem-retrato é a representação física da pessoa, como um todo ou em partes separadas do corpo (nariz, olhos, sorriso etc.) desde que identificáveis, implicando o reconhecimento de seu titular, por meio de fotografia, escultura, desenho, pintura, interpretação dramática, cinematografia, televisão, sites etc., que requer autorização do retratado (CF, art. 5º, X). A imagem-atributo é o conjunto de caracteres ou qualidades cultivados pela pessoa, reconhecidos socialmente (CF, art. 5º, V), como habilidade, competência, lealdade, pontualidade etc. A imagem abrange também a reprodução, romanceada em livro, filme, ou novela, da vida de pessoa de notoriedade.

Com essa classificação, interpreta-se que a imagem está ligada a quem a pessoa é, ao conjunto de características e qualidades que remetem a ela, sendo físicas ou morais, e formam a visão que ela e outros possuem a seu respeito.

3. OS RISCOS DA EXPOSIÇÃO DA IMAGEM DE CRIANÇAS NA INTERNET

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é documento legislativo que visa assegurar e proteger os direitos da criança e do adolescente, e em seu artigo 70 diz que “É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente.”.

Logo, abre espaço para analisar se tanto os pais ou responsáveis, quanto a sociedade em geral e os provedores de aplicação estão fazendo tudo ao seu alcance para garantir que os direitos da personalidade das crianças não estão sendo violados na internet.

Com a sociedade altamente globalizada e a tecnologia fazendo parte natural do cotidiano do ser humano, as crianças estão sendo expostas a eletrônicos e a redes sociais, cada vez mais prematuramente. Por ter se tornado algo comum compartilhar a vida nas redes sociais, muitos pais e responsáveis acabam por publicar muito conteúdo sobre a vida e rotina de seus filhos, às vezes, até chegando a transformar as crianças em influenciadores mirins, e, em outros casos, não controlam o que os menores postam nos provedores ou a que tipo de conteúdo são expostos na internet.

Advindo da normalização do ato de compartilhamento da vida pessoal em mídias sociais, surgiu um fenômeno chamado *Sharenting*, cuja nomenclatura é proveniente da combinação entre duas palavras da língua inglesa: “share”, que significa compartilhar, e “parenting”, traduzido para exercer autoridade parental. A prática foi conceituada como o hábito usual de utilizar as redes sociais para compartilhar notícias, imagens, etc, de alguma criança. (COLLINS, Dicionário, on-line).

No entanto, alguns consideram esse conceito muito simplório e que, na verdade, *Sharenting* deveria ser definido como: pais tornando públicas, de forma detalhada, informações sobre seus filhos através de fotos, vídeos e postagens em redes sociais, sendo uma forma de violação do direito à privacidade das crianças. (Brosch, 2018).

Essa exposição prematura da imagem infantil, sendo ela feita de maneira exacerbada ou não, pode ser altamente prejudicial para o bem-estar do menor, tanto no momento em que ocorre, quanto na vida da criança a longo prazo, a respeito da qualidade de vida, desenvolvimento emocional, autoestima, dignidade, privacidade, aproveitamento da infância, entre outros.

Sendo por ingenuidade ou não dos pais, ao expor excessivamente a vida dos filhos, colocam em risco diversos aspectos da personalidade do infante, seja por motivação de compartilhar o desenvolvimento deste ou por desejarem engajamento social, como uma forma para se alcançar aceitação social. (Lima, 2022).

Grande parte desses usuários ainda não têm inteligência emocional ou preparação psicológica para lidar com o mundo dos provedores de aplicação e suas consequências, independentemente de terem perfis monitorados ou não por seus responsáveis.

Atualmente, algo que atrai muito engajamento em redes sociais são os influenciadores mirins, já que fotos e vídeos envolvendo crianças geralmente são considerados fofos e engraçados. Devido a isto, muitos pais acabam por ver essa prática como uma forma de gerar ganho financeiro para si.

Esses influenciadores mirins acabam por ter grande parte da vida exposta, desde a vida familiar, momentos de lazer, até exposição de locais frequentados por eles, como escolas e parques. Então, algo que era para ser natural do cotidiano ou alguma atividade divertida para o infante, muitas vezes se torna um fardo por responsabilidade dos pais. Isso acontece porque alguns responsáveis colocam pressão nos filhos para que ajam de determinada forma calculada e, por vezes, são colocados em situações vexatórias, para que atraiam mais exposição para seu perfil nas redes sociais.

Em artigo do portal *Sempre Família*, da Gazeta do Povo (on-line), é falado sobre um exemplo do risco de crianças virarem influenciadores digitais por iniciativa dos pais, com intuito de ganho financeiro. Trata-se do “Caso Bel para Meninas”, onde a rotina de uma família era exposta, em especial a da filha mais velha do casal, apelidada de Bel, a qual era submetida a situações desagradáveis, como experimentar bebidas indigestas e desagradáveis, simular um afogamento no mar, enquanto estavam na praia, e até mesmo ter suas escolhas controladas pelos seguidores dos perfis da família. Comportamentos tão prejudiciais ao desenvolvimento da criança que chamaram a atenção de usuários na internet e estes realizaram a campanha “Salve Bel para Meninas”, chamando a atenção do Conselho Tutelar, que realizou denúncia ao Ministério Público. (Derevecki, 2020).

Em reportagem para o setor de Tecnologia da Revista Veja (on-line), o neuropediatra Mauro Muszkat, da Unifesp, afirma que, apesar do estímulo positivo que o sistema de recompensa das redes sociais gera no cérebro infantil, elas não podem ser consideradas suficientes para o enriquecimento da linguagem e pensamento, prejudicando o desenvolvimento de raciocínios mais complexos. Na mesma matéria é mencionado que uma médica, chamada Fernanda Kanner, desativou a conta no TikTok de mais de 2 milhões de seguidores de sua filha, Nina, de 14 anos, após perceber o quanto a rotina de sua filha estava sendo afetada negativamente pelo cotidiano virtual e que a menor havia começado a acreditar que a beleza era sua maior qualidade. (Barros, 2021. Ferraz, 2021.)

A saúde mental das crianças e o aproveitamento da infância são ameaçados pela exposição nas redes sociais, pois os infantes podem passar a ver as postagens como uma forma de obrigação, regulando sua autoestima e felicidade na repercussão que uma publicação teve, tendo sua privacidade violada ao ter gravado pelos pais momentos de lazer, que deveriam ser apenas com o intuito do menor se divertir. Muitas vezes, por ter as redes sociais desde muito cedo, a criança passa a ver a própria como uma forma de entretenimento, ao invés de brinquedos tradicionais, jogos de tabuleiro ou brincadeiras em grupo, importantes para desenvolver habilidades sociais no mundo real, desenvolvimento de atividade motora, equilíbrio, reflexo, entre outros. Ou seja, a inclusão precoce de redes sociais no cotidiano infantil é danosa em diversos aspectos, tanto a curto, quanto a longo prazo.

É previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 3º que:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-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.

Com o excesso da exposição da vida íntima da criança usuária de redes sociais, por ainda estarem em formação, o infante poderá ter crise de identidade e danos gerados ao seu psicológico, desenvolvendo a visão de que, para conseguir comentários e curtidas em publicações é necessário sempre sorrir para as câmeras, com boa aparência, para ser considerada linda e apresentável na rede social.

(Oliveira, 2020)

Além disso, também é possível encontrar conteúdos, nos provedores de internet, em que a criança aparece com roupas, comportamentos e maquiagens que a erotizam, ou dançando músicas que contêm palavras explícitas de conotação sexual, fazendo com que a mente da criança absorva que são comportamentos aceitáveis para sua faixa etária, prejudicando seu desenvolvimento, pois terá atitudes que deveriam ser apresentadas apenas por adultos que tenham consciência do que estão fazendo e o que isso pode provocar. Também cabe destacar que se trata de situações em que a segurança da criança é colocada em risco pela falta de controle de quem pode ter acesso a essas publicações, especialmente se a conta não for privada, independentemente de haver monitoramento pelos pais, já que estes, muitas vezes, não veem nada demais nessa adultização e podem até mesmo ser os culpados por esse incentivo.

É necessário refletir que vários crimes contra os infantes são facilitados e podem ser cometidos em consequência da exposição nas redes sociais, como o roubo de identidade, criação de perfis falsos, golpes e até mesmo pedofilia. (Lemes, 2022)

Criar um perfil em uma rede social é extremamente fácil, sendo necessárias apenas informações básicas sobre o futuro usuário, que poderá se inscrever fornecendo dados falsos, os quais não são fiscalizados ou conferidos pelos provedores. Isso favorece oportunidades para aqueles com intenções criminosas, como pedófilos, adentrarem os meios sociais. O avanço tecnológico e a falta de fiscalização quanto à exposição da imagem infantil, somado à existência de inúmeras contas de crianças nessas redes sociais, cria ambiente facilitado para o crime de pedofilia. (Da Silveira *et al.*, 2020).

A exposição precoce de menores também acaba por colocá-los em risco de sofrerem assédio. É o caso de Valentina Schulz que, em depoimento à Ana Bardella para a plataforma Universa (on-line), da Uol, falou sobre o assédio sexual do qual foi vítima nas redes sociais após sua participação na primeira e única edição do MasterChef Jr, versão do MasterChef em que os participantes eram todos menores, que foi ao ar em 2015. Ao conceder seu depoimento, com 18 anos de idade, disse que, à época do referido programa de TV, tinha apenas 12 anos. Valentina diz que teve que enfrentar comentários de homens assediando-a na internet. O que deveria ter sido uma experiência divertida em um reality de culinária para crianças, tornou-se um pesadelo para Valentina e sua família. Em um trecho da entrevista ela diz:

Logo percebi o contraste no rosto da minha mãe: na noite anterior, depois de me ver estreitar na televisão ela estava feliz, animada, para cima, assim como eu. Agora, porém, sua expressão era de medo e preocupação. [...] Não demorou, ela me chamou para conversar. Primeiro, ela me ensinou o que era assédio. Depois, os motivos pelos quais ele é tão problemático. Em seguida, disse que, após a exibição do programa, alguns homens estavam me assediando na internet, mesmo eu ainda sendo criança. [...] Uma das frases postadas sobre mim, que ficou mais conhecida, foi: 'Se tem consenso, é pedofilia?'. Eu tinha só 12 anos, não sabia o que era estupro, muito menos consentimento. Eu não sabia que havia um grupo de homens insinuando coisas sobre meu corpo, que estavam literalmente ameaçando a minha vida. Tinha até gente dizendo que, se me encontrasse na rua, iria me sequestrar. Uma luzinha se apagou dentro de mim. (UNIVERSA, 2021).

Com o exemplo de Valentina Schulz, observa-se que passar por esse tipo de situação sendo tão nova leva a pessoa a carregar as consequências disso para o resto da vida. Ao ter um choque tão grande quanto esse, a inocência foi tirada dela muito cedo, sendo forçada a lidar com comentários repugnantes e a temer por sua vida, afetando sua saúde mental e o bem-estar de sua família. Essa é a realidade de muitas crianças expostas nas redes sociais: a família pensa que está compartilhando uma foto ou um vídeo inocente, sem nenhum mal, porém é extremamente fácil perder o controle de quem tem acesso às publicações e estas acabarem sendo vistas por pessoas mal intencionadas.

4 - A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E A PROTEÇÃO AOS DADOS PESSOAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Em 2016 a Europa se tornou modelo em proteção de dados pessoais, com a aprovação do Regulamento Geral de Proteção de Dados, por meio das normas apresentadas no documento. Seguindo

essa influência, em 2018, foi aprovada, no Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), ou Lei nº 13.709/18, conforme seu artigo 1º, surgiu com o intuito de proteger direitos fundamentais de liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, sobre o tratamento de dados pessoais por pessoa natural ou jurídica de direito privado ou público, incluindo previsão a respeito do meio digital. E, dentre os fundamentos da proteção de dados pessoais, previstos no artigo 2º, I, IV, VII, há, respectivamente: respeito à privacidade; inviolabilidade da intimidade, honra e imagem; e os direitos humanos, livre desenvolvimento da personalidade e dignidade.

Também é previsto na LGPD que o tratamento de dados pessoais somente poderá acontecer se for consentido pelo titular, elencado no art. 7º, I, e sendo o consentimento definido como uma “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;”, por previsão do art. 5º, XII. (BRASIL, 2018).

A questão acerca do consentimento quanto à proteção de dados de crianças é que, apesar de serem os titulares, não são considerados capazes de realizar escolhas para si próprios, devido à sua idade. Logo, as decisões acabam por serem tomadas pelos pais ou responsáveis, que não são os titulares, mas administram os dados do menor até que atinjam a maioridade. No entanto, o interesse desses administradores podem ir de encontro ao melhor interesse da criança, prejudicando a preservação dos dados dela, principalmente se houver relação com postagens na internet. Afinal, uma vez que algo é colocado em uma rede, torna-se praticamente impossível controlar o alcance ou fazer com que alguma postagem desapareça.

Pensando nisso, o Instituto Brasileiro de Direito de Família ou IBDFAM, em 2021, apresentou seu Enunciado 39, que diz:

A liberdade de expressão dos pais em relação à possibilidade de divulgação de dados e imagens dos filhos na internet deve ser funcionalizada ao melhor interesse da criança e do adolescente e ao respeito aos seus direitos fundamentais, observados os riscos associados à superexposição.

Enquanto no caput do artigo 14, da Lei Geral de Proteção de Dados, é dito que:

O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente.

No artigo 14, §1º, da LGPD prevê-se que o tratamento de dados pessoais de crianças só poderá ocorrer por meio do consentimento específico de, pelo menos, um dos pais ou responsável legal. (BRASIL, 2018). Bem, os pais não precisam de consentimento, por serem os responsáveis e, por isso, acreditam ter a liberdade de utilizar e expor a imagem de seus filhos como bem entenderem, sem pensarem que, no futuro, a criança poderá se tornar um adulto que gostaria de ter tido a vida privada mantida reservada enquanto crescia.

Nas redes sociais é possível encontrar uma quantidade enorme de perfis infantis. Por isso é razoável considerar que não parece que os pais estão zelando pelo melhor interesse de seus filhos, afinal estão agindo de forma que leva a criança a ter uma pegada digital (rastros de dados deixado ao usar a internet) em idade muito prematura. Por vezes, até mesmo antes de seu nascimento, quando os responsáveis compartilham fotos de ultrassonografias, de quando os bebês ainda estão na barriga da mãe, ou já criam nomes de usuários para contas nos provedores, como forma de garantir que ninguém mais tenha a chance de escolher um que esses pais já atribuíram à sua criança.

O tratamento de dados pessoais de menores deverá promover vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e comunitária, conclusão a que se chega a partir da leitura conjunta do caput do artigo 14 da LGPD, art. 227 da Constituição Federal e art. 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança. Analisando que, por seu desenvolvimento físico e intelectual, é evidente a condição de vulnerabilidade natural das crianças sobre sua capacidade de compreensão quanto às consequências do tratamento de seus dados pessoais. Por isso o direito fundamental de crianças ao tratamento de dados pessoais está na especificidade de reconhecer que essa classe de pessoas ainda está em desenvolvimento e fazendo com que, ao aplicar as normas protetivas previstas na LGPD, garanta-se a satisfação de todas as necessidades dos menores. (Botelho, 2020)

Nos casos em que os pais ou responsáveis consentem, de forma especial, que outra pessoa utilize a imagem de suas crianças nas redes sociais, é extremamente difícil fazer uma fiscalização e verificar se essa autorização ocorreu realmente e se foi feita em conformidade com o que é previsto em lei. (Moze-tic, on-line. Babaresco, on-line).

Pela dificuldade de realizar fiscalização, é tão necessário que haja o princípio da transparência exigida pela LGPD nos art. 6º, VI, e art. 9º, §1º. A transparência é necessária em se tratando do consentimento entre o titular e o controlador, aquele que controla os dados do titular. Sendo que, no caso das crianças que os pais consentiram o tratamento dos dados, a transparência deverá ocorrer entre o controlador e os pais, para que seja garantido por eles que o melhor interesse de seus filhos está sendo considerado e respeitado.

Ressalte-se que tanto o princípio da transparência, quanto o da informação, referem-se, não só, ao tratamento de dados de crianças, mas, também, exigem preocupação especial para com as peculiaridades desse grupo, por se tratar de sujeitos em desenvolvimento. (Alcantara, 2022).

Há inúmeros casos de menores que foram submetidos à fama muito precocemente, sem haver cuidado em relação à proteção de sua vida privada e de seus dados pessoais. Grande parte dessas crianças desenvolveram problemas de saúde física e mental decorrentes de abuso de substâncias e problemas de controle emocional.

Em matéria do site *Canaltech* (on-line), são citados exemplos como: Demi Lovato, que sofreu com distúrbios alimentares, perseguição da mídia, dependência química e alcoólica, e foi violentada aos 15 anos enquanto fazia parte da equipe de atores da Disney; Lindsay Lohan, perseguida por tabloides e teve problemas com a justiça; Jennette McCurdy, teve distúrbios alimentares enquanto atuava na série infantojuvenil *iCarly*, por ser obrigada pela mãe; Ariel Winter, que foi obrigada pela mãe a fazer dietas, negligenciar estudos para atuar na série *Modern Family*, usar roupas sensuais, e ficar até tarde em festas, quando tinha apenas 12 anos; Raven-Symoné sofreu abuso da mídia e foi proibida de comer em set que atuava; Cole Sprouse afirmou que a fama na infância foi traumatizante, sentiu-se hipersexualizado e que, por atuar desde pequeno, não pôde se questionar se era o que realmente queria da vida; Miley Cyrus posou seminua aos 16 anos para uma revista e sofreu com o público não conseguindo lhe diferenciar de sua personagem em *Hannah Montana*, alegando que ficou traumatizada e teve danos à sua psique como pessoa adulta, afirmando que não se lembra muito bem do que é ser criança, com mais recordações de usar acessórios adultos nas produções; Drew Barrymore começou a atuar aos 11 meses de vida, em um comercial, sua mãe a negligenciou e cometeu abusos, levando-a para festas e fazendo-a dançar com homens famosos, não permitindo que a garota comesse doce, mas encorajando-a a beber álcool e a usar maconha, aos 12 anos, o que a fez ir para a reabilitação por causa de drogas; Macaulay Culkin teve a vida e a carreira controlada pelo pai, de quem sofria abusos mental, físico e financeiro. Aposentou-se aos 14 anos, por não querer mais pressão midiática e familiar, alegando desejar uma vida normal. (Guedes, 2022).

Todas essas celebridades tiveram seu desenvolvimento prejudicado a partir do momento que seus pais se importaram mais com expor seus filhos e conseguir ganhar dinheiro advindo dessa exposição, do que se preocupar em zelar pelo melhor interesse deles. Por serem apenas crianças quando começaram, nenhum deles poderia ter escolhido o que queria fazer, pois nenhum possuía noção do meio midiático e das extremas consequências da fama, sendo expostos a ambientes nocivos às suas saúdes mental e física. O dever de proteção cabia aos pais, mas esses apenas contribuíram para deixar seus filhos ainda mais vulneráveis. Isso ocorreu quando concederam aos estúdios de filmagem explorarem os dados pessoais e vidas dos infantes, em benefício próprio, e, assim permitindo, que a mídia fizesse o mesmo. Tratando crianças como adultos, quando elas deveriam ser apenas crianças.

Hoje em dia está acontecendo o mesmo, só que de maneira que torna ainda mais difícil a fiscalização do tratamento de dados das crianças, mesmo com previsão em lei, porque a exposição que elas sofrem nas redes sociais ocorre dentro de casa, por seus pais, responsáveis ou conhecidos, pessoas que deveriam tornar o lar do menor um lugar acolhedor, ao invés de uma espécie de local de trabalho, podendo até levar a criança a não se sentir confortável no lugar onde mora. Essas crianças passam por algumas das mesmas coisas que as dos casos já citados viveram.

Um caso brasileiro que possuiu muito destaque foi o de Gabriela Abreu Severino ou, como é conhecida pelo público, MC Melody. Quando tinha apenas 8 anos, em 2015, a garota já era exposta a situações

vexatórias, como fotos e vídeos que internautas alegaram ser de cunho sexual. A repercussão foi tanta que o perfil do Facebook da garota foi retirado do ar, após denúncias. Essas publicações eram permitidas e incentivadas por seu pai, Thiago Abreu, que era seu empresário na época. Diante disso, o Ministério Público fez acordo com o genitor, que se comprometeu a cumprir medidas de segurança. (Ribeiro, 2019)

Em coluna publicada por Carolina Cigolini Lando, em 2022, no site Consultor Jurídico (on-line), é tratado do caso de Alice, uma criança de 2 anos, que participou de um comercial do Banco Itaú, no qual pedia esperança. De uma forma normal para sua idade a garotinha dizia “espelança”. A participação da criança viralizou e sua imagem acabou sendo associada a fins políticos e religiosos, fato que aborreceu a mãe da menor, que não havia autorizado o uso da imagem da filha para esse intuito.

Na situação de Melody os dados pessoais da criança não precisaram de consentimento, por seu tratamento ter sido feito pelo próprio pai da menina. Já sobre Alice, houve consentimento parental ao Banco Itaú para que usassem a imagem da filha no comercial. Apesar dessa diferença, ambos os casos mostram que havendo consentimento ou não por parte dos pais, não é possível ter controle sobre os dados pessoais de crianças na internet. Logo, torna-se difícil defender o melhor interesse de menores, mesmo com as previsões da LGPD.

5 – RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO: TIKTOK E INSTAGRAM

A Lei nº 12.965/14, que instituiu o Marco Civil da Internet, a qual define princípios, garantias direitos e deveres quanto à utilização da Internet no Brasil, prevê em seu art. 10 que:

A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

No entanto, conforme previsão do art. 19 do Marco Civil da Internet, quando se trata da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, os provedores de aplicações de internet não poderão ser responsabilizados, a menos que, após ordem judicial específica, não tomem providências para tornar indisponível o conteúdo considerado infringente, dentro dos limites técnicos de seu serviço e no prazo indicado. Havendo apenas uma exceção, prevista no art. 21, da mesma lei, onde os provedores são considerados responsáveis subsidiários pela violação da intimidade pela divulgação de conteúdo que contenha cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado, caso a exposição ocorra sem a autorização de seus participantes e, após notificação do participante ou de seu representante legal, o provedor falhar em disponibilizar o conteúdo na rede.

Tal artigo 19 está, inclusive, tendo a sua constitucionalidade discutida pelo STF com o RE nº 1037396, tema 987. Com julgamento originalmente marcado para o dia 17 de maio de 2023, teve a data adiada para a segunda quinzena de junho do mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal pretende analisar se os provedores de aplicação continuarão a ser responsabilizados apenas se falharem em tomar providências após houver sido expedida alguma ordem judicial. (REVISTA EXAME, on-line, 2023).

Recentemente, também foi aprovado o Projeto de Lei nº 2628/2022, pela Comissão de Direitos Humanos com regras para a proteção de crianças e adolescentes, na data de 14 de junho de 2023. Entre elas consta a proibição da criação de contas em redes sociais por menores de 12 anos. As redes não devem permitir que crianças criem contas para si. Esse controle é feito por meio de aprimoramento de mecanismos de verificação de idade e comprovação de que estão seguindo a medida através de relatórios enviados à Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Além disso, todas as aplicações de internet deverão fornecer informações aos pais, aos responsáveis, às crianças e aos adolescentes sobre os riscos da plataforma e as medidas de segurança para proteger a privacidade e os dados pessoais. (Senado Federal, 2023). No entanto, não há nenhuma regra quanto à criação de perfis de menores pelos seus pais ou responsáveis.

Mesmo os provedores de aplicação sendo relativamente novos, passaram a fazer parte do dia a dia de grande parte da população e, com o tempo, os usuários começaram a se atentar quanto às pro-

blemáticas e consequências que permeiam o uso de tais provedores. Por isso, cada vez mais pessoas percebem que determinados conteúdos publicados nas redes sociais merecem uma análise mais detalhada, para garantir que estão de acordo com as regras das comunidades dessas redes e em conformidade com a lei.

Esses provedores recebem grande número de denúncias contra publicações consideradas ofensivas por usuários ou que são contra as normas da plataforma. Com esse volume de denúncias, torna-se difícil a tarefa de analisar todas, logo, muitas situações acabam por não receber a devida atenção e acabam sem uma resolução, fazendo com que o conteúdo denunciado continue nas redes, prolongando qualquer efeito negativo que possa trazer a quem foi exposto contra sua vontade ou em situações vexatórias.

Dentre os provedores de aplicação mais utilizados, pode-se citar o Instagram e o *TikTok*, e ambos determinam que a idade mínima para a criação de contas em seus sistemas é 13 anos de idade.

Sendo que, no *TikTok*, a pessoa deve ter pelo menos 13 anos para fazer um perfil, mas o usuário deve seguir as diretrizes da sociedade, ter mais de mil seguidores e, uma nova regra, é que se tenha, pelo menos, 18 anos para iniciar uma live. Há muitas controvérsias sobre o uso do aplicativo por crianças, levando o *The Wall Street Journal* a investigar o assunto, apurando que conteúdos relacionados ao uso de drogas e de sexo explícito eram distribuídos para crianças entre 13 e 15 anos no provedor. O *TikTok* também sofreu investigação de um grupo de procuradores estaduais dos Estados Unidos a respeito de possíveis danos físicos e mentais infligidos aos jovens usuários, e enfrentou reguladores de privacidade no Reino Unido, após serem encontradas falhas no tratamento de dados infantis da empresa, sendo acusada de violação da lei de proteção de dados do país. Anteriormente a idade mínima para realização de lives na rede era de 16 anos, mas, aparentemente, as diversas polêmicas motivaram a mudança. (Alves, 2022).

A política do *Instagram* é a mesma do *TikTok* quanto à idade mínima para se ter uma conta, ou seja, a pessoa deve ter 13 anos ou mais. Desde 13 de outubro de 2022, o provedor adotou novas opções para verificação de idade de usuários, sendo carregamento de documento comprobatório de idade, selfie de vídeo e confirmação de amigos, onde a idade será confirmada por amigo em comum, que deve ter pelo menos 18 anos. Além disso, a rede fechou parceria com a empresa Yoti, que, por meio do uso da inteligência artificial, oferece métodos de verificação de idade, respeitando a privacidade. (INSTAGRAM, 2022).

É importante ressaltar que as mudanças dessas empresas vieram após anos sem possuírem nenhuma medida satisfatória para a proteção das crianças nas redes sociais, principalmente quanto ao uso de suas imagens e dados pessoais. E, apesar das novas políticas adotadas por ambas as empresas, não se deve desconsiderar vê-las como dignas de responsabilização por publicações envolvendo crianças, pois, mesmo que não consigam ter controle sobre tudo o que é publicado, as formas de denúncia são dificultadas pelos próprios provedores.

Ao tornar o processo de denúncia complicado, os provedores estão prejudicando o dever social de seus usuários, previsto na Constituição Federal, em seu artigo 227:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Os usuários fazem a sua parte denunciando conteúdos que merecem ser investigados e analisados mais detalhadamente pelos provedores, mas, ao tornar mais complexo o processo de denúncia, eles não estão fazendo seu papel de garantir que os direitos das crianças estão sendo respeitados. O *TikTok* ainda tem um protocolo facilitado, ao direcionar o denunciante diretamente para a opção de denunciar uma conta que suspeita ser de uma pessoa menor de 13 anos, e em seguida enviar a denúncia, podendo a conta ser banida se comprovada a suspeita. (*TIKTOK*, on-line). No entanto, o *Instagram* possui etapas que chegam, até mesmo, a desencorajar o denunciante, ao requisitar informações impossíveis de saber quando se trata de denunciar um perfil de criança desconhecida, como nome completo e data de nascimento desta. (*INSTAGRAM*, on-line). Ou seja, no caso do *Instagram*, mesmo quando é visível que

se trata de um menor de 13 anos, o usuário não conseguirá realizar a denúncia, não haverá análise e a conta continuará ativa.

No ano de 2019, a revista Estado de Minas (on-line) noticiou que o *Instagram* decidiu que começaria a excluir contas de crianças menores de 13 anos, não importando se os perfis fossem administrados ou não pelos pais, sendo alegada preocupação com a influência da rede na vida das crianças. (Lourenço, 2019).

Pesquisa realizada pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, que entrevistou indivíduos entre 9 a 17 anos, apontou que 93% dos entrevistados utilizam a internet e 88% reportaram possuir perfil em redes sociais. O *TikTok* mostrou-se a rede social favorita de 34% dos usuários, sendo que, dentro desse número, 39% eram crianças de 9 a 10 anos, e 48% da faixa etária de 11 a 12 anos. Em segundo lugar, está o *Instagram* que é utilizado por 33% de usuários dentre os investigados, com 12% possuindo de 9 a 10 anos, e 22% com idade de 11 a 12. (CGI.br, 2022).

Logo, conclui-se que o *Instagram* não seguiu em frente com sua medida para apagar perfis pertencentes a menores de 13 anos. Também observa-se que o *TikTok* e o *Instagram* falham em fazer com que as próprias diretrizes sejam cumpridas e respeitadas, ao permitirem que tantos perfis de crianças menores de 13 anos continuem existindo.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível concluir que o direito personalíssimo de imagem infantil é constantemente ameaçado e desrespeitado pela exposição excessiva das crianças nas redes sociais, também afetando o direito à privacidade, à dignidade e à intimidade.

Nessa perspectiva, o direito de imagem é direito assegurado por legislações internacionais e pela Constituição Federal Brasileira de 1988, sendo a criança considerada pessoa detentora de tal direito, dentre outros, uma vez que a imagem de uma criança é dela e apenas dela, mesmo que ainda seja incapaz e seus pais ou responsáveis sejam os que administram a imagem do menor.

Entretanto, os administradores da imagem infantil não devem se deixar levar por seus próprios interesses e ultrapassar limites, fazendo com que a criança passe por situações vexatórias e sofra com isso. Devem sempre ter em consideração o melhor interesse da criança.

Importante ressaltar que a exposição prematura de crianças e de suas imagens nas redes sociais é altamente prejudicial para seu desenvolvimento mental e emocional, expondo-as a ambientes virtuais nocivos, interferindo em seu universo psicológico, podendo sofrer assédio com comentários de pedófilos e carregar as consequências de tudo isso para o resto da vida.

Não se deve esquecer do consentimento previsto na LGPD e que, pelo fato de os pais ou responsáveis não precisarem de permissão, ou por cederem o tratamento dos dados pessoais infantis a terceiros, favorecem o risco de a imagem infantil ser usada de forma diferente do intuito original para o qual o dado pessoal havia sido publicado ou concedido.

Também conclui-se que os provedores de aplicação, especialmente o *Instagram* e *TikTok*, pela sua popularidade junto ao público jovem, deveriam ser considerados responsáveis pelas publicações que permitem em sua rede, mesmo que não haja uma ordem judicial que ordene a retirada, por falharem em fiscalizar de maneira mais atenta os conteúdos publicados, dificultarem as formas de denúncias de perfis de menores de 13 anos e pelos próprios não garantirem que suas diretrizes são seguidas por seus usuários, como evitar publicações ou comentários que ferem direitos infantis.

Como solução, poderiam ser realizadas campanhas promovidas pelo Governo na televisão e nas próprias redes sociais para conscientizar os pais e responsáveis das crianças sobre as consequências de sua exposição prematura na internet, enumerando os efeitos disso a longo prazo para o desenvolvimento e o psicológico delas, além dos perigos a que estão submetendo os infantes ao publicar dados pessoais em perfis públicos e como esses dados poderão ser usados de maneira nociva por aqueles que tem más intenções. O Ministério da Educação também poderia promover palestras nas escolas, direcionadas às crianças e a seus pais sobre o uso das redes sociais.

Igualmente faz-se necessária a criação de legislação mais rígida para regulamentar que tipo de conteúdo pode ser postado sobre a imagem e informações de uma criança, proibindo postagens que

incentivem a suas adultização e sexualização, como quando aparecem com maquiagem excessiva, roupas reveladoras ou dançando músicas com letras que tratem de temas como atos sexuais.

Ademais, criação de legislação que considere os provedores responsáveis por publicações envolvendo menores, mesmo sem haver ordem judicial para a retirada do conteúdo, por ser dever de todos proteger as crianças e adolescentes, e devem ser cobrados a elaborar protocolos de denúncias mais efetivos e facilitados.

Como análise final, a proteção do direito de imagem das crianças nas redes sociais pode ser difícil, pois, uma vez que algo é publicado na internet, é fácil perder o controle de um conteúdo, mas é possível evitar ou diminuir os impactos dos prejuízos que podem resultar disso. Pela vontade dos usuários que são maiores de idade de publicar diversas informações sobre si, esquecem que a criança é um ser em desenvolvimento e merece passar por cada estágio de sua vida da maneira mais segura possível, sempre tendo os seus direitos garantidos. Logo, cabe à sociedade, provedores de aplicação e Estado garantirem que os avanços tecnológicos não irão prejudicar o desenvolvimento sadio das crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Luana Nobrega de. **A necessidade de regulamentação da disposição da Lei Geral de Proteção de Dados referente ao consentimento para tratamento de dados de crianças e adolescentes**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)-Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/18690/1/LNAlcantara.pdf>.

ALVES, Paula. **TikTok muda idade mínima para lives e permite marcar transmissão com conteúdo adulto**. 2022. Disponível em: <https://tecnoblog.net/noticias/2022/10/17/tiktok-muda-idade-minima-para-lives-e-permite-marcas-transmissao-com-conteudo-adulto/>.

BARDELLA, Ana. **O que veio depois: “ao surgir na TV, aos 12 anos, Valentina Schulz sofreu assédio sexual. Hoje aos 18, ela diz como isso a marcou”**. Universa Uol. 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/reportagens-especiais/na-minha-pele---valentina-schulz/#cover>.

BARROS, Duda Monteiro de Barros; FERRAZ, Ricardo. **Influenciadores mirins estão em alta; especialistas alertam para perigos**. Veja on-line, 2021. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/tecnologia/influenciadores-mirins-estao-em-alta-especialistas-alertam-para-perigos/>.

BERGMANN, Susanne. **Publicity rights in the united states and germany: a comparative analysis**. Loy. LA Ent. LJ, v. 19, p. 479, 1998. Disponível em: https://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1387&context=elr&sei-redir=1&referer=https%253A%252F%252Fscholar.google.com.br%252Fscholar%253Fhl%253Dpt-BR%2526as_sdt%253D0%25252C5%2526q%253Dright%252Bof%252Bone%2525E2%252580%252599s%252Bimage%252BGermany%2526btnG%253D#search=%22right%20one's%20image%20Germany%22.

BOTELHO, Marcos César. **A LGPD e a Proteção ao Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e Adolescentes**. 2020. Disponível em: <https://apphotspot.com.br/wp-content/uploads/elementor/forms/Botelho,Marcos-César-A-LGPD-e-proteção-dados-crianças-e-adolescentes-artigo.pdf>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 de abril de 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 19 de abril de 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 20 de maio de 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 30 de abril de 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 21 de maio de 2023.

BROSCH, Anna. **Sharenting-Why do parents violate their children's privacy?**. The new educational. Review, v. 54, p. 75-85, 2018. Disponível em: <https://bibliotekanauki.pl/articles/1969060>.

CGI.br – Comitê Gestor da Internet no Brasil. TIC Kids Online Brasil – **Pesquisa sobre o Uso da Internet por Crianças e Adolescentes no Brasil**. São Paulo, 2022. Disponível em: https://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/20221121120124/tic_kids_online_2021_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 08/05/2023.

DA SILVEIRA, Sergio Luiz. **Pedofilia na Internet**. Inova+ Cadernos da Graduação da Faculdade da Indústria, v. 1, n. 2, 2020. Disponível em: <http://app.fiepr.org.br/revistacientifica/index.php/inovamais/article/view-File/463/432>.

DEREVECKI, Raquel. **Caso “Bel para Meninas” e o perigo da exposição infantil exagerada na internet**. Gazeta do Povo, 2020. Disponível em: <https://www.semprefamilia.com.br/comportamento/caso-bel-para-meninas-e-o-perigo-da-exposicao-infantil-exagerada-na-internet/>.

DINIZ, Maria H. **Curso De Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. v.1. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. Edição do Kindle.

ESTADÃO CONTEÚDO. **Marco Civil da Internet: STF adia julgamento e abre caminho para Câmara votar PL das Fake News**. Revista Exame on-line. 2023. Disponível em: <https://exame.com/brasil/marco-civil-da-internet-stf-adia-julgamento-e-abre-caminho-para-camara-votar-pl-das-fake-news/>.

FODOR, Elena Mihaela et al. **Looking at Photographs from the Perspective of the Rights of Personality and the European Convention of Human Rights**. Anuarul Institutului de Istorie» George Baritiu «din Cluj-Napoca-Seria HUMANISTICA, v. 15, n. 15, p. 258-299, 2017. Disponível em: <http://www.humanistica.ro/anuare/2017/Continut/Humanistica%202017-15%20Fodor.pdf>.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro - Volume 1: parte geral**. / Carlos Roberto Gonçalves. – 20. Ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

GUEDES, Diandra. **7 atores mirins explorados e maltratados pela fama**. Canaltech, 2022. Disponível em: <https://canaltech.com.br/entretenimento/atores-mirins-explorados-maltratados-fama/>.

IBDFAM. **Enunciados do IBDFAM**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>.

INSTAGRAM. **Apresentamos novas formas de verificação de idade no Instagram**. 2022. Disponível em: <https://about.instagram.com/pt-br/blog/announcements/new-ways-to-verify-age-on-instagram>.

INSTAGRAM. **Denunciar uma criança com idade abaixo do limite exigido no Instagram**. On-line. Disponível em: <https://help.instagram.com/contact/723586364339719>.

LANDO, Carolini Cigolini. **O que o comercial da Alice nos ensina sobre sharenting?**. Conjur, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-17/cigolini-comercial-alice-ensina-sharenting>.

LEMES, Tainá. **Sharenting comercial: exposição da imagem infantil nas redes sociais como fonte de renda familiar e os abusos cometidos no âmbito dessa exposição**. 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/26008/1/Artigo%20Sharenting.pdf>.

LIMA, Antônia Vanessa Soares. **(OVER)SHARENTING: a superexposição de crianças e adolescentes na internet e a responsabilidade civil dos pais**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Instituto de Ensino Superior - ICEV. 2022.

LOGEAIS, Elisabeth; SCHROEDER, Jean-Baptiste. **The french right of image: an amiguous concept protecting the human persona**. Loy. LA Ent. LJ, v. 18, p. 511, 1997. Disponível em: https://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1366&=&context=elr&=&sei-redir=1&referer=https%253A%252F%252Fscholar.google.com.br%252Fscholar%253Fhl%253Dpt-BR%2526as_sdt%253D0%25252C5%2526q%253Dimage%252Brights%252Blaw%2526oq%253Dimage%252Brights#search=%22image%20rights%20law%22.

LOURENÇO, Aline. **Crianças de até 13 anos terão Instagram deletado; entenda o motivo. Estado de Minas**. 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/bem-viver/2019/09/20/interna_bem_viver,1086793/criancas-de-ate-13-anos-terao-instagram-deletado-entenda-o-motivo.shtml.

MACHADO, Júlia Martins. **Uso da imagem infantil nas redes sociais: uma análise da exposição da imagem infantil como fonte de renda familiar e possíveis abusos**. IBDFAM, 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1691/Uso+da+imagem+infantil+nas+redes+sociais%3A+uma+análise+da+exposição+da+imagem+infantil+como+fonte+de+renda+familiar+e+poss%ADveis+abusos>.

MOZETIC, Vinícius Almada; BABARESCO, Daniele Vedovatto Gomes da Silva. **Lei Geral de Proteção de Dados de crianças e adolescentes no Brasil: coleta de dados e o problema da obrigatoriedade do consentimento dos pais**. On-line. Disponível em: https://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:-FkLiLi4WRMJ:scholar.google.com/+LEI_GERAL_DE_PROTECAO_DE_DADOS_DE_CRIANCAS_E_ADOLESCENTES_NO_BRASIL&hl=pt-BR&as_sdt=0,5.

OLIVEIRA, Fernanda Monteiro de. **Superposição infantil nas redes sociais: reflexos emocionais na formação mental da criança**. 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/1606>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 27 de abril de 2023.

RIBEIRO, Dulciane Lidia. **Erotização precoce à luz do princípio da proteção integral em análise do caso da “MC Melody”**. 2019. Disponível em: <http://repositorio.undb.edu.br/jspui/bitstream/areas/108/1/DULCIANE%20LIDIA%20RIBEIRO.pdf>.

SENADO FEDERAL. **CDH aprova regras de proteção a crianças e adolescentes em ambientes digitais**. Da Agência Senado. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/06/14/cdh-aprova-regras-de-protecao-a-criancas-e-adolescentes-em-ambientes-digitais>.

SHARENTING. In: **Collins Dictionary**. London: Collins. Disponível em: <https://www.collinsdictionary.com/pt/dictionary/english/sharenting>. Acesso em: 08/05/2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral. v.1**. São Paulo: Editora Forense, 2023.

TIKTOK. **Denunciar alguém**. On-line. Disponível em: https://support.tiktok.com/pt_BR/safety-hc/report-a-problem/report-a-user.

TIKTOK. **Recursos de menores no TikTok**. On-line. Disponível em: https://support.tiktok.com/pt_BR/safety-hc/account-and-user-safety/underage-appeals-on-tiktok#.

SANÇÃO POLÍTICA COMO MEIO COERCITIVO PARA COBRANÇA DE TRIBUTOS: EXISTEM LIMITES NA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA?

Paula Nelly Teixeira Rocha³¹
Alana Gomes de Medeiros³²

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo esclarecer o que são as sanções políticas e como se dá sua aplicação quando da cobrança de tributos. Para isso, será analisado o disposto na Constituição Federal, mais notadamente a limitação imposta pelo Princípio da Vedação ao Confisco, no Código Tributário Nacional e nas jurisprudências, destacando as limitações impostas à Administração Tributária no momento da fiscalização e da arrecadação tributária. Além disso, será estudado o que defendem e interpretam os doutrinadores a respeito do tema, com a finalidade principal de demonstrar que existem proteções ao contribuinte na forma de limitações que devem ser respeitadas.

Palavras-Chave: Sanções políticas. Administração Tributária. Limitações. Contribuinte. Princípio da Vedação ao Confisco.

Abstract: The present work aims to clarify what political sanctions are, and how they are applied when taxes are charged. To this end, the provisions of the Federal Constitution will be analyzed, most notably the limitation imposed by the Principle of Prohibition of Confiscation, in the National Tax Code and in case law, highlighting the limitations imposed on the Tax Administration at the time of inspection and tax collection. Furthermore, it will be studied what scholars defend and interpret regarding the topic, with the main purpose of demonstrating that there are taxpayer protections in the form of limitations that must be respected.

Key-words: Political sanctions. Tax administration. Limitations. Taxpayer. Principle of prohibition against confiscation.

31. Graduanda em Direito do Instituto de Ensino Superior (Icev).

32. Professora do Instituto de Ensino Superior (Icev), especialista e Mestre em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET).

INTRODUÇÃO

O uso de sanções políticas como meio coercitivo para cobrança de tributos, tema que será abordado ao longo deste trabalho, apesar de proibido na legislação brasileira vigente, é, muitas vezes, empregado na prática de forma velada, o que dificulta à assecuração de sua não aplicação ao contribuinte. A análise do contexto fático, as discussões doutrinárias, além do grande número de ações levadas ao Judiciário para melhor definição dos limites impostos à Administração Tributária dão respaldo a esta afirmação.

A arrecadação tributária é responsável por parcela significativa do orçamento brasileiro que é elaborado por meio das leis orçamentárias. Diante disso, seu inadimplemento tem como principal consequência o comprometimento expressivo do arcabouço financeiro do país como um todo.

Nesse contexto, surgem discussões a respeito da razoabilidade das medidas adotadas no momento da cobrança de créditos tributários, que revelam muitas vezes uma aplicação disfarçada das sanções políticas pela Administração Tributária. Para isso, utilizam de sua força estatal frente aos contribuintes, de modo a garantir que sejam pagos os tributos devidos, quando deveriam na prática utilizar-se dos meios lícitos previstos na legislação para a realização da cobrança.

Em razão do cenário brasileiro que se observa, o presente trabalho tem como objetivo responder ao seguinte questionamento: Existem limites à Administração Tributária no momento da cobrança do tributo para evitar a aplicação de sanções políticas? Caso a resposta seja sim, quais são esses limites? A resposta ao questionamento apresentado será elaborada mediante pesquisa bibliográfica e análise de casos concretos.

No primeiro capítulo deste trabalho, pretende-se analisar as limitações trazidas pela Constituição Federal ao poder de tributar, de modo a delimitar até onde pode-se ir com a atividade fiscalizatória. A análise será voltada para o que dispõe o texto constitucional em seu artigo 150, inciso IV, com a previsão do Princípio da Vedação ao Confisco, utilizando como base e reforço o que entende a doutrina sobre este preceito.

No segundo capítulo, será evoluída a compreensão ao foco principal deste trabalho: as sanções políticas, ressaltando-se o que determina a legislação quanto a função da Administração Tributária, e como deve essa função ser exercida. Para tanto, será analisado o conceito de sanção em termos gerais, para então efetivamente chegar-se ao entendimento do que são as sanções políticas.

No terceiro capítulo, serão pormenorizadas jurisprudências, entendimentos sumulares e julgados dos Tribunais Brasileiros no que dizem respeito às sanções políticas. Além disso, se tentará demonstrar que apesar de existirem limitações à Administração Tributária para fiscalização e arrecadação de tributos, estas não são observadas na prática, prejudicando em todos os sentidos o contribuinte.

1 DAS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR SOB O VIÉS DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO

Para que seja possível compreender o instituto das sanções políticas, seus desdobramentos e consequências à vida do contribuinte, mostra-se necessário que se faça uma análise do que dispõe as normas jurídicas a respeito do tema, em específico o que determina a Constituição Federal.

O texto constitucional em seu artigo 150, inciso IV, traz uma das limitações ao poder de tributar impostas à Administração Tributária, dispendo: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) IV - utilizar tributo com efeito de confisco;”. Desse dispositivo, decorre um dos princípios balizadores da atividade tributária, o Princípio da Vedação ao Confisco.

O princípio mencionado, além de proteger a pessoa do contribuinte que figura como sujeito passivo na relação tributária, busca também proteger o seu patrimônio, de modo a não o impedir de exercer o seu direito de propriedade. Corroborando com este entendimento, Lins (2022, p. 211) diz que o princípio é uma ampliação da garantia ao direito da propriedade privada.

Sobre a relação do princípio com o exercício do direito de propriedade, Carrazza (2016, p.122) faz relevante afirmação: “IV - *O princípio da não confiscatoriedade* limita o direito que as pessoas políticas têm de expropriar bens privados.” (grifo do autor), confirmando, assim, a proteção alcançada pelo dispositivo constitucional ao direito de propriedade do contribuinte.

Neste sentido, reputa-se conveniente compreender a finalidade pretendida pelo legislador. Nas palavras de Lisboa (2014, p. 9), as limitações constitucionais ao poder de tributar, de forma geral, são:

Instrumentos definidores da competência tributária dos entes políticos no sentido de que concorrem para fixar o que pode ser tributado e como pode sê-lo, não devendo ser encaradas como vedações ou obstáculos ao exercício dessa competência e nem como supressão desta.

É necessário dar atenção a todo o conceito transcrito, não podendo o Princípio da Vedação ao Confisco ser confundido com obstáculo à atuação dos entes no tocante à sua competência tributária, nem tampouco como limitação ao exercício de suas atribuições.

Ocorre que, apesar de parecer óbvia a barreira imposta pelo dispositivo constitucional mencionado, no sentido de que não se poderá extrapolar da coercibilidade³³, devendo sempre serem respeitadas a proporcionalidade e razoabilidade na medida adotada, a ausência de um conceito pré-definido e de um critério objetivo para identificar o que seria o tributo confiscatório na própria legislação, acaba por deixar a matéria aberta a diferentes interpretações.

Destaca-se a interpretação dada por Silva (2022, p. 116): “a tributação tem efeito confiscatório quando o valor do tributo é cobrado de forma exacerbada, **impedindo que o contribuinte possa exercer validamente o seu direito de propriedade**” (grifo nosso).

Alexandrino e Paulo (2014, p. 164), em seu livro “Direito Tributário na Constituição e no STF”, ao abordarem o assunto, propõem: “o conceito de confisco é indeterminado. Não existe definição do limite a partir do qual se ultrapassa o que seria uma tributação pesada e passa-se a ter uma tributação confiscatória”.

Em contrapartida Costa (2014, p. 95), quando da discussão sobre o princípio, dispõe:

O confisco, em definição singela há muito por nós proposta, é a absorção total ou consubstancial da propriedade privada, pelo Poder Público, sem a correspondente indenização. Em nosso ordenamento jurídico, diante da grande proteção conferida ao direito de propriedade, o confisco é, portanto, medida de caráter sancionatório, sendo admitida apenas excepcionalmente.

Ainda a respeito do tema, Silva (2022, p. 116) dispõe: “o confisco não pode ser determinado por uma fórmula matemática pré-definida, tratando-se de um conceito aberto e indeterminado sujeito a inúmeras variáveis.”

Deduz-se, portanto, que a definição para confisco, bem como para quando o tributo é utilizado com este fim não encontra pacificação sequer dentre os doutrinadores, existindo entendimentos amplamente justificados, mas com ideias contrastantes.

Pacífico ou não o conceito, entende-se que a dificuldade de fixação do mesmo é consequência da ausência de limites claros e bem definidos quando da elaboração do texto constitucional. Ainda sobre isso, outro motivo para a existência da incongruência citada é a tentativa de se criar uma tese sem margem para refutações, que seja recepcionada por todos, ou pelo menos pela expressiva maioria, de modo a conferir efetivamente a garantia constitucional ao contribuinte.

Entretanto a dificuldade é ainda maior quando da tentativa de aferição se está ou não a Administração Tributária desrespeitando os limites legais, se está ou não se utilizando de tributo com efeito confiscatório. Sobre isso, traz-se este retrato do cenário brasileiro:

33. Lins (2022, p.578) dispõe: “Angela Maria da Motta Pacheco, explica que a coercibilidade no Direito diz respeito à autoridade institucionalizada. É a suscetibilidade de aplicação da coação. E lastreada nas lições de Miguel Reale, a autora pondera que a coercibilidade é a interferência da força no cumprimento da regra de direito.”

Em um país com a carga tributária elevada como o Brasil, **o efeito confiscatório dos tributos é um tema bastante sensível, sobretudo porque ocorre de forma velada, muitas vezes sem que o próprio contribuinte tenha a percepção acerca da supressão econômica de sua propriedade.** A incidência tributária não confisca bens, mas seus efeitos podem levar à perda da propriedade ou à sua inviabilização, como explica Sacha Calmon Coelho (2016, p. 236): “É vedação genérica. Fala-se em tributo (gênero). Quando o tributo, digamos, o IPTU, é fixado em valor idêntico ao do imóvel tributado, ocorre confisco através do tributo. Quando o IR consome a renda que tributa, dá-se o confisco” (SILVA, 2022, p. 116, grifo nosso).

Carvalho (2019, p. 194), ao dispor sobre a limitação imposta pelo princípio, robustece a análise feita quando afirma que:

O problema reside na definição do conceito, na delimitação da ideia, como limite a partir do qual incide a vedação do art. 150, IV, da Constituição Federal. Aquilo que para alguns tem efeitos confiscatórios, para outros pode perfeitamente apresentar-se como forma lúdica de exigência tributária.

E conclui:

De evidência que qualquer excesso impositivo acarretará em cada um de nós a sensação de confisco. Porém, o difícil é detectarmos os limites. Haverá sempre uma zona nebulosa, dentro da qual as soluções resvalarão para o subjetivismo (CARVALHO, 2019, p. 194)

Ou seja, a discussão é bem mais complexa do que se pode imaginar, quando se observa que a ausência de definição única e fechada permite que seja o tributo utilizado de maneira oposta e contrária ao que limita o texto constitucional.

Outro debate importante gira em torno da aplicação ou não do referido princípio às multas, ou se esse deve ficar adstrito ao que dispõe o texto legal, em razão da referência somente a “tributos”.

Sobre este ponto, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do ARE AgR 851.059³⁴, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, proferiu entendimento de que o Princípio da Vedação ao Confisco estende-se, também, às multas.

No mesmo sentido, a Suprema Corte, quando do julgamento do Ag. Reg. no RE com Agravo 1.058.987, assim decidiu:

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ISS. ENQUADRAMENTO DA ATIVIDADE. DESCUMPRIMENTO DO ÔNUS PROBATORIO. CARÁTER INFRACONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. OFENSA REFLEXA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279/STF. MULTA PUNITIVA. PATAMAR DE 100% DO TRIBUTO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO CONFISCO. PRECEDENTES. 1. A resolução da controvérsia demandaria o reexame dos fatos e do material probatório constantes nos autos, o que é vedado em recurso extraordinário. Incidência da Súmula 279/STF. Precedentes. 2. O Tribunal de origem solucionou a controvérsia com fundamento na legislação infraconstitucional e no conjunto fático e probatório, o que é inviável em sede de recurso extraordinário. Precedentes. **3. Quanto ao valor máximo das multas punitivas, esta Corte tem entendido que são confiscatórias aquelas que ultrapassam o percentual de 100% (cem por cento) do valor do tributo devido.** 4. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 5. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015 (Grifo Nosso).

34. EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. MULTA. VEDAÇÃO DO EFEITO DE CONFISCO. APLICABILIDADE. OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Nos termos da jurisprudência da corte, o princípio da vedação ao efeito de confisco aplica-se às multas. 2. A jurisprudência desta corte é firme no sentido de que não se aplica a restrição do art. 97 da constituição federal quando o acórdão recorrido apenas interpreta legislação infraconstitucional, sem declarar sua inconstitucionalidade. Precedente. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (grifo nosso).

Da análise das decisões colacionadas, tem-se que, para o Tribunal mencionado, é consoante o entendimento de que deve o Princípio da Vedação ao Confisco ser estendido às multas, mesmo que a redação da Constituição não as inclua.

Tal entendimento faz bastante sentido, tendo em vista que, as multas serão aplicadas, por exemplo, aos casos em que a obrigação principal³⁵ (aqui refere-se a de pagar tributos) seja descumprida. Com isso, e tomando por base a vedação de utilização do tributo com efeito de confisco, seria contra razoável permitir que a multa por não pagamento do mesmo fosse assim utilizada, pois assim sendo, o tributo teria efeito de confisco de forma indireta.

Outro ponto pouco observado, mas de relevante destaque é a diferente terminologia utilizada pelos doutrinadores para referir-se ao princípio. Lins (2022) chama de “não confisco”, na medida em que Carrazza (2016) atribui “princípio da não confiscatoriedade”. Já Carvalho (2019) o denomina “Princípio da proibição de tributo com efeito de confisco”.

Convencionou-se no presente trabalho utilizar a terminologia “Princípio da Vedação ao Confisco”.

2. A ATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E AS SANÇÕES POLÍTICAS

Ainda sob a análise da legislação vigente, será iniciado o estudo do que dispõe o Código Tributário Nacional. O texto legal, ao dispor sobre a atividade de fiscalização a ser exercida pela Administração Tributária, fixou no caput do artigo 194 o que abaixo se transcreve:

Art. 194. A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

Nas palavras de Carvalho (2019; p.590), o dispositivo compreende a seguinte interpretação:

É confusa a redação do dispositivo, mas o princípio é este: a legislação tributária, assim compreendidos os atos normativos enumerados no art. 96 (CTN), regulará **a competência e os poderes das autoridades administrativas incumbidas de fiscalizar a aplicação dos preceitos básicos estatuídos pelo Código Tributário Nacional** (grifo nosso).

Da leitura e interpretação do que fora elencado nos dois parágrafos acima, tem-se que a Administração Tributária tem como atribuição principal a fiscalização da aplicação das normas tributárias. Dentre várias, destaca-se a exigência do cumprimento de obrigação acessória, por exemplo, pela prestação de balanços contábeis, bem como da emissão de notas fiscais, nos termos do artigo 113, §2º, da Lei nº 5.172/1966³⁶.

Seguindo este raciocínio, Carvalho (2019, p. 591) quando da análise interpretativa do caput do artigo 195³⁷ do Código Tributário Nacional, afirma: “Deve a fiscalização, por outro lado, ficar adstrita aos elementos de interesse, não podendo extravasar a sua competência administrativa.”, ou seja, não pode a Administração Tributária exceder os limites legais quando de sua atuação.

Por fim, destaca-se a notável observação feita pelo autor acima mencionado:

Contudo, cumpre ressaltar que tais atitudes do Poder Público, que muito se aproximam dos modos sancionatórios alternativos já conferidos no Capítulo XVI, encontram entraves precisos dados pelo próprio Texto Constitucional. Entre eles, citemos concisamente o direito de propriedade (art. 5º, XVII, XVIII e XX, da CR/88). É salvaguardando esses e outros preceitos, e protegendo os direitos fundamentais dos contribuintes,

35. Art. 113 do Código Tributário Nacional: A obrigação tributária é principal ou acessória. § 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

36. Art. 113, §2º do Código Tributário Nacional: § 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos

37. Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los.

que foram editadas pelo STF as Súmulas 70, 323 e 547 **conferindo contornos ao poder de fiscalizar diante de situações que podem se apresentar abusivas no cotidiano das práticas tributárias. Com efeito, a administração pode ter fortes indícios de procedimento doloso do contribuinte, contudo, não deve, munida desse poder fiscalizatório, prejudicá-lo ou ainda inviabilizar suas atividades empresariais em face de meras desconfianças de ilicitude.** (CARVALHO 2019; p. 592-593, grifo nosso)

Posto isto, é imperioso destacar e reiterar que, a Administração Tributária quando do exercício da fiscalização não pode e não deve exceder às barreiras de sua competência, sendo este o momento de maior vulnerabilidade do contribuinte.

Neste viés, parte-se para a análise do conceito de tributo definido Código Tributário Nacional:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (Grifo Nosso).

Dar-se-á enfoque ao trecho grifado: “que não constitua sanção de ato ilícito”. A partir disso, o legislador introduz a ideia de que o tributo não poderá ser utilizado de modo a punir o sujeito passivo pela prática de ilícito tributário, devendo à Administração utilizar-se das formas de penalidades previstas em lei, a exemplo, a prevista pelo artigo 161³⁸ do Código Tributário Nacional.

Sob a ótica do conceito legal de tributo, é possível visualizar que o mesmo funciona como um complemento às garantias constitucionais, voltando-se especial atenção para o Princípio da Vedação ao Confisco, ao proibir que o tributo seja utilizado com caráter sancionatório, robustecendo assim a proteção ao contribuinte. Costa (2014, p. 96) tratando sobre este conceito conclui que “é lógica a conclusão segunda a qual não pode ser ele utilizado com efeito confiscatório”.

Nesse cenário, observada a configuração básica e necessária à compreensão do exercício da atividade tributária, pode-se evoluir para o entendimento do que seria o instituto das sanções políticas. Para tanto, é plausível que seja feita a análise do conceito de sanção, que possui, inclusive, diversas acepções a depender do contexto que se aplica e se explora.

Lins (2022) dedica um tópico de sua obra para discorrer sobre o que seria o “problema” do termo sanção. O autor menciona referências doutrinárias que compartilham da mesma ideia, a exemplo, destaca-se o trecho abaixo:

“Sanção” pode experimentar mutações semânticas que variam conforme o momento da sequência prescritiva (direito posto) ou expositiva (Ciência do Direito). Tanto é “sanção” a penalidade aplicada ao infrator quanto a relação jurídica que a veicula, tratando-se de norma individual e concreta. Também é “sanção” o consequente da norma geral e abstrata, como a própria norma que tem como antecedente a tipificação do ilícito. E participa do mesmo nome, ainda, o ato jurídico-administrativo que encerra o processo de elaboração de certas leis. Sobremais, recebe o nome de sanção também a percentagem a ser aplicada na base de cálculo da multa. Exemplo: “a sanção será de 20% sobre o valor do imposto devido” (CARVALHO, 2018, p. 866-867)

Ainda na análise do que dispõem outros doutrinadores sobre a acepção do termo sanção, Lins (2022, p. 578-579) dispõe:

Para Hugo de Brito Machado, sanção é o meio de que se vale a ordem jurídica para desestimular o comportamento ilícito. Pode se limitar a compelir o responsável pela inobservância da norma ao cumprimento de seu dever, e pode consistir num castigo, numa penalidade a este cominada.

Partindo para outra análise do termo sanção, é interessante que se observe o que destacou Aurora Tomazini de Carvalho (2019, p. 221):

Diante do caráter não-unívoco do vocábulo, EURICO MARCOS DE SANTI, tomando-a como relação jurídica, sublinha, ainda, três significados possíveis para o termo “san-

38. Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

ção”: i) relação jurídica consistente na conduta substitutiva reparadora, decorrente do descumprimento de um pressuposto obrigacional; (ii) relação jurídica que habilita o sujeito ativo a exercitar seu direito de ação (processual) para exigir perante o Estado-juiz a efetivação do dever constituído na norma primária; (iii) relação jurídica, consequência processual deste “direito de ação” preceituada na sentença condenatória, decorrente do processo judicial.

Acerca do exposto, e independente das variações semânticas suportadas pelo termo sanção, será adotado neste trabalho o seguinte conceito: “sanção como relação jurídica punitiva, em razão do descumprimento, por um sujeito, de algum preceito normativo obrigacional.” (CARNEIRO, 2016, p. 222).

De todo modo, é importante que se compreenda a sanção como indispensável para a boa convivência social e para o bom funcionamento dos ordenamentos jurídicos. À medida que nasce alguma obrigação, nasce com ela a previsão de penalidade para as situações de descumprimento dessa obrigação, caso contrário, o equilíbrio jurídico-social restaria comprometido.

Sob esse olhar, apesar de serem as sanções necessárias a este equilíbrio, o seu uso desmedido deve ser rechaçado, como no caso das sanções políticas. Sobre estas sanções, Costa (2014, p. 306) estabelece:

Convencionou-se chamar de sanções políticas as indevidas restrições impostas ao exercício de direitos do contribuinte, de molde a compeli-lo ao cumprimento de suas obrigações. Em outras palavras, constituem meios coercitivos para o pagamento de tributos, tais como a recusa de autorização para a emissão de notas fiscais ou a inscrição do nome do contribuinte em cadastro de inadimplentes que conduza a restrição de direitos.

Carneiro (2016, p. 224-225), ao tratar das sanções políticas aplicadas a casos concretos, traz o seguinte conceito:

Nesse diapasão, o termo sanções políticas é utilizado no Direito Tributário para referir-se às restrições ou proibições impostas ao contribuinte, como forma indireta de obrigá-lo ao pagamento do tributo, ou seja, as atitudes da Fazenda Pública tendentes a ignorar os procedimentos de cobrança instituídos em lei, para valer-se de estratégias oblíquas, com o propósito de compelir o contribuinte ao pagamento de tributos sem o respeito dos meios legais próprios para a cobrança do crédito tributário.

E conclui que: “as sanções políticas são constrangimentos inconstitucionais realizados pela Administração Fazendária, representando um desvio de prerrogativa do Poder Público.” (CARNEIRO, 2016, p. 225).

Na mesma linha de raciocínio, Machado (1998, p.46) dispõe sobre as sanções políticas:

Em Direito Tributário a expressão sanções políticas corresponde a restrições ou proibições impostas ao contribuinte, como forma indireta de obrigá-lo ao pagamento do tributo, tais como a interdição do estabelecimento, a apreensão de mercadorias, o regime especial de fiscalização entre outras (grifo do autor).

Observa-se, portanto, que as sanções políticas são medidas adotadas de forma ilegítima, desrespeitando quando de sua aplicação preceitos legais. Nesse sentido, entende-se que a doutrina ao tentar conceituar as sanções políticas objetiva também proteger a pessoa do contribuinte, principalmente frente aos excessos que podem ser utilizados contra ele.

Destaca-se que a proibição não é relativa à possibilidade ou não de se punir por meio de sanções – aqui citada na forma ampla do termo, como sinônimo de penalidade – pois essa é legítima, e sim quanto até onde pode ir a Administração Tributária para garantir o cumprimento da obrigação tributária.

Logo, é facilmente constatado que as sanções políticas quando aplicadas, mesmo que indiretamente, violam frontalmente o que preceituam a legislação, mais notadamente a Constituição Federal, o Código Tributário Nacional e a jurisprudência, tendo esta última aos poucos conseguidos fixar critérios balizadores para a Administração Tributária, conforme será demonstrado no próximo capítulo.

3. PAPEL DO JUDICIÁRIO NA FIXAÇÃO DE LIMITAÇÕES À COBRANÇA DE CARÁTER CONFISCATÓRIO E CARÁTER SANCIONATÓRIO

O Princípio da Vedação ao Confisco, bem como a figura das sanções políticas, conforme se vem demonstrando no decorrer deste trabalho, são temas estudados e debatidos com afincos pelos especialistas da área e o motivo não poderia ser mais justo, tendo em vista que não se pode aceitar que seja o contribuinte prejudicado em detrimento da força que possui o Estado. Por esta razão, há bastante tempo o tema é levado à discussão no Judiciário.

Isto posto, não seria razoável que o Poder Judiciário tivesse se mantido omissos e inerte quanto ao assunto, tomando por base sua função: garantir os direitos individuais, coletivos e sociais e resolver conflitos entre cidadãos, entidades e Estado³⁹.

A atuação judiciária é de extrema relevância em casos como o que aqui se estuda, de modo que garante o efetivo cumprimento do que é definido e determinado pelo Poder Legislativo. Com isso, os tribunais pátrios vêm fixando entendimentos que visam a proteção do contribuinte.

O Supremo Tribunal Federal, em eficaz atuação editou as súmulas de número 70, 323 e 547, por meio das quais reforça a inconstitucionalidade das sanções políticas, conforme se verifica:

Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça as suas atividades profissionais.

Da redação dos entendimentos sumulares mencionados, depreende-se que a cobrança e a exigência do pagamento de tributos não podem impedir o livre exercício⁴⁰ do contribuinte. Na prática verifica-se isso quando a Administração se utiliza de meios indiretos de cobrança de modo a coibir o contribuinte ao adimplemento forçosamente.

Isto porque, a Administração Tributária possui à sua disposição meios adequados e suficientes para realização da cobrança, não sendo razoável que sejam impostas restrições a parte mais vulnerável da relação, qual seja o contribuinte.

A respeito disso, destaca-se o tema repetitivo 777 em que se discutia a legalidade do protesto da CDA, no regime da Lei 9.492/1997, sob a alegação de ser considerado o protesto uma forma de sanção política. Quando do julgamento, o Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese: **“A Fazenda pública possui interesse e pode efetivar o protesto da CDA, documento de dívida, na forma do art. 1º, parágrafo único, da Lei 9.492/1997, com a redação dada pela Lei 12.767/2012.”** (grifo nosso).

Ora, é indiscutível que a Administração Tributária por natureza possui mais força frente aos contribuintes. E em razão disso, além de poder utilizar-se do processo administrativo fiscal, da Execução Fiscal, tem ao seu dispor a possibilidade de protestar a Certidão de Dívida Ativa em cartório, prejudicando por exemplo, o acesso do contribuinte a créditos junto a instituições financeiras.

De volta à análise das decisões que reconhecem a ilegalidade das sanções políticas, a Suprema Corte, quando do julgamento do RE 565.048 – RS, discutiu, à luz dos direitos ao livre exercício, a propriedade, ao devido processo legal, e ao contraditório e ampla defesa, ambos garantidos na Constituição Federal, em seu artigo 5º, a constitucionalidade da exigência de garantia real ou fidejussória, prevista nos artigos 39 e 42 da Lei nº 8.820/89, do RS.

39. Informação disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/PoderJudiciario/PoderJudiciario/OrgaosDaJustica#:~:text=A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20do%20Poder%20Judici%C3%A1rio,entre%20cidad%C3%A3os%2C%20entidades%20e%20Estado>.

40. Art. 5º da Constituição Federal: 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: (...) XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Este recurso foi julgado sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que se fixou a seguinte tese:

É inconstitucional o uso de meio indireto coercitivo para pagamento de tributo – “sanção política” –, tal qual ocorre com a exigência, pela Administração Tributária, de fiança, garantia real ou fidejussória como condição para impressão de notas fiscais de contribuintes com débitos tributários.

Além disso, traz-se para nossa análise a Ementa de julgamento do *leading case*⁴¹ – RE 647885⁴²:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – OAB. SANÇÃO. SUSPENSÃO. INTERDITO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. ANUIDADE OU CONTRIBUIÇÃO ANUAL. INADIMPLÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DE TRIBUTO. CONTRIBUIÇÃO DE INTERESSE DE CATEGORIA PROFISSIONAL. **SANÇÃO POLÍTICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.** LEI 8.906/1994. ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que as anuidades cobradas pelos conselhos profissionais caracterizam-se como tributos da espécie contribuições de interesse das categorias profissionais, nos termos do art. 149 da Constituição da República. Precedentes: MS 21.797, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 18.05.2001; e ADI 4.697, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 30.03.2017. **2. As sanções políticas consistem em restrições estatais no exercício da atividade tributante que culminam por inviabilizar injustificadamente o exercício pleno de atividade econômica ou profissional pelo sujeito passivo de obrigação tributária, logo representam afronta aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do devido processo legal substantivo. Precedentes. Doutrina.** 3. Não é dado a conselho de fiscalização profissional perpetrar sanção de interdito profissional, por tempo indeterminado até a satisfação da obrigação pecuniária, com a finalidade de fazer valer seus interesses de arrecadação frente a infração disciplinar consistente na inadimplência fiscal. Trata-se de medida desproporcional e caracterizada como sanção política em matéria tributária. 4. Há diversos outros meios alternativos judiciais e extrajudiciais para cobrança de dívida civil que não obstaculizam a percepção de verbas alimentares ou atentam contra a inviolabilidade do mínimo existencial do devedor. Por isso, infere-se ofensa ao devido processo legal substantivo e aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, haja vista a ausência de necessidade do ato estatal. **5. Fixação de Tese de julgamento para efeitos de repercussão geral: “É inconstitucional a suspensão realizada por conselho de fiscalização profissional do exercício laboral de seus inscritos por inadimplência de anuidades, pois a medida consiste em sanção política em matéria tributária.”** 6. Recurso extraordinário a que se dá provimento, com declaração de inconstitucionalidade dos arts. 34, XXIII, e 37, §2º, da Lei 8.906/1994 (grifo nosso).

Neste relevante julgado, o relator Ministro Edson Fachin além de trazer importante contribuição ao tema, quando da delimitação do que seria sanção política, fixou a tese de repercussão geral grifada, que deverá ser aplicada a todos os casos semelhantes em curso, no sentido de que não deve e não pode o inadimplemento das contribuições corporativas resultar em impedimento ao contribuinte de exercer livremente suas atividades.

Ainda, destaca-se a ementa de julgamento do recurso ordinário em mandado de segurança – RMS 53.989/SE, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, ocorrido sob a relatoria do Ministro Gurgel de Faria:

TRIBUTÁRIO. ICMS. CONTRIBUINTE. ENQUADRAMENTO NA CONDIÇÃO DE “INAPTA”. SANÇÃO POLÍTICA. IMPOSSIBILIDADE.

41. Os recursos selecionados como representativos da controvérsia (os chamados “leading cases”) serão afetados pela repercussão geral ou pelo recurso repetitivo, incorrendo muitas vezes na suspensão do trâmite dos processos pendentes que versem sobre a mesma matéria afetada. Por meio desses instrumentos, os Tribunais Superiores irão apreciar as teses jurídicas e questões objetivas debatidas nos leading cases e, uma vez deliberadas as matérias, os recursos representativos de controvérsias terão efeitos vinculantes aos demais processos. (PAIVA, 2021) <https://www.migalhas.com.br/depeso/341112/leading-cases-e-sobrestamento-de-processos-judiciais>

42. (RE 647885, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 27-04-2020, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-123 DIVULG 18-05-2020 PUBLIC 19-05-2020)

1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 565.048/RS, submetido ao rito da repercussão geral, firmou o entendimento de que o Estado não pode adotar sanções políticas, que se caracterizam pela utilização de meios de coerção indireta que impeçam ou dificultem o exercício da atividade econômica, para constranger o contribuinte ao pagamento de tributos em atraso, estando o ente público vinculado ao procedimento de execução fiscal para a cobrança de seus créditos, no qual é assegurado ao devedor o devido processo legal.

2. Hipótese em que a inscrição da empresa no rol de contribuintes considerados inaptos pelo fisco sergipano configura sanção política que dificulta o exercício de sua atividade, inclusive por meio do aumento da carga tributária.

3. Recurso ordinário provido. Embargos de declaração opostos contra a decisão indeferitória do pedido de liminar prejudicados (grifo nosso).

(RMS n. 53.989/SE, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 17/4/2018, DJe de 23/5/2018.)

Na hipótese foi tomado por base a tese de repercussão geral fixada quando do julgamento do RE 565.048/RS, decisão aqui já comentada. No julgado foi entendido por sanção política a inscrição de empresas no rol de contribuintes considerados inaptos pelo fisco, tendo em vista a consequência negativa que teria que suportar, impossibilitando e podendo até inviabilizar a continuidade de suas atividades empresariais, sendo tal atitude completamente desmedida.

Ainda na análise de julgados do Supremo Tribunal Federal, destaca-se à manifestação do tribunal, quando do julgamento da Ação Indireta de Inconstitucionalidade – ADIN n° 1.654/7, proposta, à época, pelo Governador do Estado do Amapá, solicitando a suspensão de dispositivo do Código Tributário do Estado, que veda a retenção e apreensão de veículo pelo não pagamento do IPVA – Imposto sobre Propriedade Veicular Automotiva, impedindo somente que o contribuinte de licenciar o veículo em qualquer hipótese.

Assim aduziu o Ministro relator Maurício Corrêa em seu voto, que teve como resultado a improcedência da ação proposta:

A regra veicula, efetivamente, questão de natureza tributária. **Importante notar que não se está a regular hipótese de apreensão ou não de veículos**, ou ainda, questões inerentes à relação entre o direito de circulação do automóvel nas vias públicas e o respectivo licenciamento. **Em verdade, a norma trata apenas das consequências do inadimplemento tributário, que impedirá a renovação da licença do veículo, mas não será suficiente para determinar a retenção ou apreensão do bem móvel objeto da regulamentação.**

(...)

Inaceitável como visto, que o simples débito tributário implique apreensão do bem, em clara atuação coercitiva para obrigar o proprietário do veículo a saldar o débito. O ordenamento positivo disciplina as formas em que se procede à execução fiscal, não provendo, para isso, a possibilidade de retenção forçada do bem. Correta a lei, portanto, ao obstar a atuação estatal que claramente seria abusiva, limitando a sanção ao não-licenciamento, tema afeto à regularidade do veículo para fins de circulação e regulado por lei federal (grifo nosso).

Importante mencionar que a previsão de apreensão do veículo pelo não pagamento de IPVA é decorrente do Decreto-Lei n° 397/68⁴³, norma atualmente revogada, que previa a Taxa Rodoviária Federal. O referido dispositivo, vigente à época da Ditadura Militar brasileira, momento em que se tinha o Autoritarismo – uma de suas principais características é o cerceamento de liberdades – como regime de governo, totalmente contrário ao regime de governo em vigor no Brasil desde 1989, o regime Democrático, cuja origem do poder emana do povo.

43. Art. 3° do Decreto-Lei n° 397/68: Art. 3° Os proprietários ou possuidores de veículos motorizados que, depois da época de pagamento da taxa rodoviária, transitarem sem o comprovante desse pagamento, ficarão sujeitos à multa de NCr\$100,00 (cem cruzeiros novos), sem prejuízo da retirada do veículo da circulação.

Ora, mostra-se mais uma vez a Administração Tributária, agindo de forma desmedida e excessiva quando desta tentativa⁴⁴, pois apesar de tratar-se de dispositivo superado, é praxe apreensão de veículos por este intento. Nesses casos, é a clara intenção de punir o contribuinte pelo inadimplemento por meio de instrumentos ilegítimos.

Relativo à atuação do Judiciário, cumpre salientar que sua atuação não se atém aos Tribunais Superiores. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em 05/11/2009, editou a súmula de nº 53:

Viola a garantia constitucional do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, a suspensão do direito de exercer a advocacia, prevista no art. 37, I, §§ 1º e 2º, da lei nº 8.906/1994, em razão do inadimplemento da contribuição anual devida à ordem dos advogados do Brasil.

O Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, em sintonia com os demais tribunais, também fixou entendimento sumular sobre o tema dispondo: “Súmula N° 11 – É abusiva e ilegal a retenção de mercadoria pelo fisco como meio coercitivo de pagamento de tributos”, afinal, não é razoável que o contribuinte, pessoa física ou pessoa jurídica, tenha cerceado o direito ao livre exercício de suas atividades econômicas.

Das menções e dos julgados feitos, percebe-se que os tribunais têm proferido decisões com entendimentos similares, que fortalecem a impossibilidade, a ilegalidade, e até mesmo a inconstitucionalidade, de atos e dispositivos legais que objetivam dar eficácia a fiscalização a ser realizada pela Administração Tributária, adotando para tantas sanções políticas, seja de forma direta, seja de forma indireta.

Reitera-se que a Administração possui instrumentos de cobrança eficazes ao seu dispor, os quais de forma pormenorizada cita-se: a possibilidade de lavrar os autos de infração na via administrativa, inscrição em dívida ativa por meio da CDA, título executivo necessário para à instauração da execução fiscal na via judicial, além do protesto da CDA em cartório, sendo esta última, consequência do julgamento do tema 777 do Superior Tribunal de Justiça, decisão já comentada neste trabalho.

Assim, já se pode compreender por força das vedações legislativas analisadas, unidas à interpretação dada ao tema pelos grandes doutrinadores, e pela análise jurisprudencial dos tribunais em geral que não é legítima a utilização do tributo com efeito de confisco, nem tampouco que se utilizem a Administração Tributária de sanções políticas para garantir a fonte de receita da arrecadação tributária.

Por fim, é importante destacar que as delimitações feitas não pretendem limitar a atuação da Administração Tributária, e sim compelir os entes competentes a fazerem uso dos meios legítimos e cabíveis para cobrança do crédito tributário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo das considerações expostas, em que se tomou por base a Constituição Federal, o Código Tributário Nacional, e a jurisprudência dos tribunais de todo o Brasil, mas principalmente do Supremo Tribunal Federal, bem como do que entendem os estudiosos do Direito Tributário, observa-se que, sem sombra de dúvidas, são previstos limites à Administração Tributária quando da cobrança do tributo.

Entretanto, a amplitude do que se entende por caráter confiscatório gera como consequência a incerteza quanto a sua configuração na prática. Além disso, em razão de existir, em toda a legislação, a previsão de sanções com caráter punitivo pelo injustificado descumprimento de preceitos legais, as sanções políticas por vezes são abarcadas pelas sanções em geral, que por sua vez são revestidas de legitimidade quando de sua aplicação, enquanto as sanções políticas não.

À vista disso, a aplicação que se dá de forma velada e disfarçada é o grande obstáculo a ser enfrentado, visto que possui a Administração Tributária os meios legítimos para realização da cobrança, e utilizando-se supostamente destes, faz o uso desmedido de seu poderio, sob a alegação de cumprimento de sua finalidade principal, que é a atividade fiscalização e a atividade arrecadatória.

44. Apesar disto, é importante destacar que o Código de Trânsito Brasileiro em seu art. 130 determina que para transitar nas vias, deverão todos os veículos “ser licenciado anualmente pelo órgão executivo de trânsito do Estado, ou do Distrito Federal, onde estiver registrado o veículo”. E em seu art. 133 dispõe: É obrigatório o porte do Certificado de Licenciamento Anual. Ou seja, sem o licenciamento fica o veículo impedido de transitar pelas vias. E em seu art. 230, inciso V, prevê como penalidade multa e apreensão do veículo que for conduzido sem o devido licenciamento.

Por bem, apesar de ainda serem aplicados meios indiretos de cobrança, revestidos de boa-fé por parte da Administração Tributária, o que resulta em sanção política ao contribuinte, é irrefutável que o Judiciário tem tido atuação relevante, por meio de suas decisões que reprovam de forma clara, objetiva e bastante delimitada o que se enquadra como sanção política, e que alcançam como principal consequência, a proteção do contribuinte frente a ilegalidade de utilização das sanções políticas.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Tributário na Constituição e no STF: teoria e jurisprudência. 17. ed. São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa** do Brasil de 1988.

BRASIL. Decreto n° 397/68, de 13 de dezembro de 1969. Cria a Taxa Rodoviária Federal, destinada à conservação de estradas de rodagem... Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0397.htm. Acesso em: 29 nov. 2023

BRASIL. Lei n° 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.. **Código Tributário Nacional**.

BRASIL. Lei n° 9530, de 23 de setembro de 1997. Institui o **Código de Trânsito Brasileiro**.. Código de Trânsito Brasileiro

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa n° 53989, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/SearchBRS>. Acesso em: 22 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa n° 851059, Are Agr. Relator: Ministro Roberto Barroso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1654/7. Relator: Ministro Mauricio Correa. Coord. de Análise de Jurisprudência. Brasília,. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Documents/ICEV%202023/TCC/ADI_1654_AP-_03.03.2004.pdf. Acesso em: 28 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão n° 1.058.987, A G .Reg. no Recurso Extraordinário Com Agravo. Relator: Ministro Roberto Barroso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão n° 565048. Relator: Ministro Marco Aurelio. Recurso Extraordinário. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6083656&numeroProcesso=1306505&classeProcesso=ARE&numeroTema=31>. Acesso em: 23 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão n° 647885, Recurso Extraordinário. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752690906>. Acesso em: 21 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. **Súmula n° 11**. Disponível em: <https://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/sumulas/Acesso em: 03 dez 2023>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). **Súmula n°53**. Disponível: https://www7.trf2.jus.br/sophia_web/index.html: 03 dez 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n°70**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/su-mariosumulas.asp?base=30&sumula=2194>. Acesso em: 03 dez 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n°323**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2136>. Acesso em: 03 dez 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n°547**. Disponível: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2201>. Acesso em: 03 dez 2023.

CARNEIRO, Luisa Cristina Miranda. **IPVA: teoria, prática e questões polêmicas**. São Paulo: Noeses, 2016.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: constituição e código tributário nacional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LINS, Robson Maia. **Curso de direito tributário brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2022.

LISBOA, Carolina Monteiro. **Da Incidência das Taxas de Fiscalização sobre as Empresas de Telecomunicação**. 2014. 21 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Cap. 2. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/CarolinaMonteiroLisboa.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

MACHADO, Hugo de Brito. **Sanções Políticas no Direito Tributário**. Revista Dialética de Direito Tributário n° 30, São Paulo: Dialética, março de 1998, p. 46.

PAIVA, Mariana Monte Alegre de; GOLDENBERG, Naomi Sylvia Levy. **Leading cases e sobrestamento de processos judiciais: igualdade entre contribuintes? Migalhas**. São Paulo, p. 1-5. mar. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341112/leading-cases-e-sobrestamento-de-processos-judiciais>. Acesso em: 14 nov. 2023.

SILVA, Antônio Claudio Portella Serra e. **Introdução ao estudo do direito tributário: análise doutrinária e jurisprudencial do sistema tributário nacional**. São Paulo: Dialética, 2022.

TJSP, Secretaria de Tecnologia da Informação do. **Órgãos da justiça**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/PoderJudiciario/PoderJudiciario/OrgaosDaJustica#:~:text=A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20do%20Poder%20Judici%C3%A1rio,entre%20cidad%C3%A3os%2C%20entidades%20e%20Estado>. Acesso em: 10 nov. 2023.

O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA (IDC): UMA ANÁLISE DO INSTITUTO NOS CASOS DO IDC 2 E 5 SOB O VIÉS DO PACTO FEDERATIVO E DA INEFICIÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ESTADUAIS

Raissa Rodrigues Carvalho⁴⁵
Fernando Eulálio Nunes⁴⁶

Resumo: O presente artigo visa analisar a inclusão do Incidente de Deslocamento de Competência (IDC) pela Emenda Constitucional n. 45/2004, o qual está previsto no art. 109, inciso V-A, § 5º da Constituição Federal de 1988. Este estudo emprega a metodologia de pesquisa bibliográfica, utilizando materiais descritivos e expositivos. O trabalho se dividirá em sete tópicos: o primeiro examinará a evolução e proteção dos direitos humanos no Brasil; o segundo abordará as considerações gerais dos tratados internacionais e a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos no Brasil; o terceiro relatará a responsabilidade estatal e internacional do Brasil pela violação aos direitos humanos; o quarto discutirá a inclusão do Incidente de Deslocamento de Competência pela Emenda Constitucional n. 45/2004; o quinto tratará dos requisitos para suscitar o Incidente de Deslocamento de Competência e o critério da ineficiência das instâncias estaduais; o sexto analisará como o IDC flexibiliza o pacto federativo; o sétimo destacará a ineficiência da Justiça Estadual, mediante o exame dos casos julgados do IDC 2 e 5. Concluindo-se que a “ineficiência da Justiça Estadual” é uma forma de litígio estrutural, que necessita, inicialmente, de uma abordagem direta da União, visando solucionar o que causa a ineficiência estatal.

Palavras-chave: Emenda Constitucional n. 45/2004. Incidente de Deslocamento de Competência (IDC). Pacto federativo. Ineficiência. Litígio estrutural.

Abstract: The present article aims to analyze the inclusion of the Competence Displacement Incident (CDI) by Constitutional Amendment No. 45/2004, which is provided for in Article 109, item V-A, § 5 of the Federal Constitution of 1988. This study employs the methodology of bibliographic research, using descriptive and expository materials. The work will be divided into seven topics: the first will examine the evolution and protection of human rights in Brazil; the second will address general considerations regarding international treaties and the normative hierarchy of human rights treaties in Brazil; the third will report on the state and international responsibility of Brazil for the violation of human rights; the fourth will discuss the inclusion of the Competence Displacement Incident by Constitutional Amendment No. 45/2004; the fifth will deal with the requirements to raise the Competence Displacement Incident and the criterion of the inefficiency of state instances; the sixth will analyze how the CDI flexibilizes the federal pact; the seventh will highlight the inefficiency of the State Judiciary, specifically of the member state, through the examination of cases judged under CDI 2 and 5. It is concluded that the “inefficiency of the State Judiciary” is a form of structural litigation that initially requires a direct approach by the Union to address what causes state inefficiency.

Keywords: Constitutional Amendment No. 45 of 2004. Competence Displacement Incident (CDI). Federal pact. Inefficiency. Structural litigation.

45. Graduanda em Direito pelo ICEV - Instituto de Ensino Superior. E-mail: raissa.carvalho@somosicev.com

46. Procurador do Estado do Piauí, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí e Mestre em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. E-mail: fernando.eulalio@grupocev.com

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) foi um marco crucial para a consolidação e proteção dos direitos humanos no Brasil, representando um avanço significativo na transição para a democracia pós-regime militar. Esse instrumento normativo atribuiu à dignidade da pessoa humana como seu princípio fundamental (art. 1º, III) e estabeleceu a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II), resultando em um reconhecimento mais amplo e no cumprimento efetivo das obrigações internacionais nesse contexto (PIOVESAN, Flávia, 2013).

Contudo, diante da morosidade, falta de segurança jurídica, impunidade e ineficiência dos processos judiciais relacionados aos direitos humanos, especialmente na investigação e punição das graves violações desses direitos, a Emenda Constitucional n. 45/2004 inseriu o Incidente de Deslocamento de Competência. Este consiste em um instrumento político-jurídico, previsto no art. 109, V-A, § 5º da CF/88, que visa garantir maior efetividade e celeridade no cumprimento das obrigações internacionais e evitar a responsabilização internacional da República Federativa do Brasil.

Ademais, considerando o modelo de federalismo cooperativo adotado pelo Brasil, juntamente com a importância atribuída aos direitos humanos, à proporcionalidade e à dignidade da pessoa humana pela Constituição, o Incidente de Deslocamento de Competência, segundo Marselha Caram (2007), relativiza o pacto federativo. No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes sustenta que a restrição da autonomia dos Estados-membros e da Justiça estadual pela utilização do IDC, pode ser justificada pela importância dos valores em questão.

O artigo 109, V-A, § 5º, da CF/88 traz requisitos cumulativos para suscitar o IDC: a grave violação aos direitos humanos; a obrigação de garantir o cumprimento dos compromissos estabelecidos em tratados internacionais; a exclusividade do Procurador-Geral da República para suscitar o incidente, em qualquer fase do inquérito ou processo; e a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar o deslocamento do caso da Justiça Estadual para a Justiça Federal (BRASIL, 1988).

Além das condições de admissibilidade do IDC explicitamente estabelecidas no texto constitucional, tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça destacaram outro elemento, qual seja, a “incapacidade das instâncias estaduais”, argumentando que não seria justificável deslocar a competência se o órgão estadual responsável estiver cumprindo devidamente seu papel na persecução penal e subsequente julgamento.

Entretanto, a ausência de regulamentação do IDC, juntamente com a introdução de um critério abrangente pela doutrina e jurisprudência, que consiste na “incapacidade das instâncias estaduais”, expõe o instituto, mesmo que parcialmente, à discricionariedade dos julgadores, dado que cabe a eles determinar como ele será aplicado no caso concreto.

Todavia, o presente artigo tem por objetivo destacar que, no sistema judiciário brasileiro, a “incapacidade das instâncias estaduais” configura, na verdade, uma ineficiência estatal, responsável por gerar contextos amplos de violação de Direitos Humanos. Isso acontece devido à ineficiência resultante da maneira como a estrutura burocrática estadual opera, o que está em desacordo com as responsabilidades do Estado brasileiro perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Dessa forma, o tema é relevante, pois a simples “federalização” de um caso afetado por esse cenário mais abrangente, no contexto do IDC, resolve a situação de maneira superficial, eliminando apenas a violação específica. Porém, a “ineficiência” do Estado-membro persiste, perpetuando o cenário sistêmico de violações de Direitos Humanos sem uma intervenção significativa da União sobre ele.

Ante o exposto, torna-se evidente que as “ineficiências” dos Estados-membros são formas de litígios estruturais. Para tutelar os direitos afetados por esses litígios, tem-se o processo estruturante que é concretizado por meio de uma decisão estrutural. Esta busca implantar uma reforma estrutural em um ente, organização ou instituição, para resolver a ineficiência e garantir concretamente um direito fundamental, realizar políticas públicas ou resolver litígios complexos, assegurando, especialmente, a não repetição de transgressões aos Direitos Humanos decorrentes da deficiência estatal (BISCAIA, Bruno, 2019).

Para a realização do presente trabalho, foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica sobre o estudo do Incidente de Deslocamento de Competência e da ineficiência estatal na prevenção e solução das

graves violações aos direitos humanos, utilizando-se de artigos jurídicos, monografias, livros, internet, jurisprudência e leis.

2. O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA

2.1 A evolução e proteção dos direitos humanos no Brasil

Após o término da Segunda Guerra Mundial, a proteção dos direitos humanos ganhou destaque, levando à criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada, marcando o início da efetivação desses direitos por meio de tratados e documentos internacionais. Esses esforços visavam ampliar e internacionalizar a proteção dos direitos humanos, que, anteriormente, restringiam-se ao âmbito interno em alguns Estados (BARRROS, Otília, 2023).

No Brasil, o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos foram fortalecidos pela Constituição Federal de 1988, que, consoante Flávia Piovesan (2013), representou um marco na democratização do governo brasileiro, superando o autoritarismo do regime militar.

Os Direitos Humanos são universalmente reconhecidos, e no Brasil, a Constituição Federal de 1988, marcada por uma carga axiológica comum nas Constituições após o período Pós-Guerra no âmbito do Direito Constitucional ocidental, foi um marco na promoção desses direitos, colocando a dignidade da pessoa humana como seu princípio fundamental (art. 1º, III).

Segundo Flávia Piovesan (2013), a CF/88 destacou-se pelo avanço na consolidação legislativa dos direitos humanos e na proteção de grupos vulneráveis, compensando as restrições impostas durante a ditadura militar, que revogou os direitos constitucionais, civis e políticos, limitou canais de representação e consolidou um controle do Poder Executivo sobre os demais Poderes (Legislativo e Judiciário) e sobre a Federação (Estados-membros).

Ainda consoante Piovesan (2013), a importância atribuída aos direitos humanos pela CF/88 promoveu avanços notáveis nas liberdades fundamentais e nas instituições democráticas, resultando em um reconhecimento mais amplo e no cumprimento mais efetivo das obrigações internacionais nesse âmbito.

Ademais, definiu que, no cenário internacional, a República Federativa do Brasil reger-se-á pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CF/88), demonstrando o reconhecimento, por parte do Estado brasileiro, de restrições à sua soberania.

Outrossim, na CF/88, foi assegurada a execução imediata das regras relacionadas aos direitos e garantias fundamentais mediante a instituição do princípio da aplicabilidade imediata. Isso garante a imperatividade delas e fortalece a autoridade na defesa e promoção de tais direitos no país, nos termos do art. 5º, § 1º da CF/88. O mencionado princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias fundamentais (PIOVESAN, Flávia, 2013).

Por fim, a Constituição de 1988 atentou-se a proteger a validade normativa dos acordos e tratados internacionais que abordam os direitos e garantias fundamentais, conforme o art. 5º, § 2º, da CF/88. Tais documentos desempenham papel crucial na aplicação e eficácia do sistema de proteção global dos direitos humanos, ganhando destaque com a Emenda Constitucional n. 45/2004.

2.2 Considerações gerais sobre tratados internacionais e a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos no Brasil

Os tratados internacionais, enquanto acordos escritos juridicamente vinculativos (*pacta sunt servanda*), representam, atualmente, a principal fonte de obrigações no Direito Internacional, refletindo a vontade de Estados ou das Organizações Internacionais. Com o crescente positivismo internacional, os tratados assumiram o papel principal de gerar obrigações no âmbito internacional, antes reservado principalmente ao costume internacional (VARELLA, Marcelo D., 2019).

Salienta-se que a criação da Convenção de Viena em 1969 foi uma resposta à necessidade de diretrizes na formação de tratados internacionais, destinando-se a funcionar como a Lei dos Tratados (PIOVESAN, Flávia, 2013).

Sendo assim, os tratados internacionais são vinculativos apenas para os Estados que expressamente consentiram com sua adoção, chamados de Estados-partes. Tais tratados não podem impor obrigações a Estados que não consentiram, a menos que seus preceitos tenham sido incorporados pelo costume internacional.

Nos termos da Convenção de Viena (Decreto n. 7.030/2009), “todo tratado em vigor é vinculante para as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”. O artigo 27 da Convenção reforça que “uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”, reconhecendo a soberania absoluta dos Estados. Nesse sentido, os Estados devem integralmente observar os tratados dos quais são signatários, dado que, no exercício de sua soberania, assumiram obrigações jurídicas no âmbito internacional (PIOVESAN, Flávia, 2013).

De acordo com Flávia Piovesan (2013), os tratados só podem criar obrigações legais por meio do consenso, pois os Estados soberanos, ao concordarem com esses tratados, comprometem-se a cumpri-los. O art. 52 da Convenção de Viena estabelece essa exigência do consenso, declarando que um tratado será nulo se sua aprovação for obtida por meio de ameaça ou uso da força, violando os princípios do Direito Internacional estabelecidos na Carta da ONU.

Expostas as considerações gerais sobre os tratados internacionais, vamos agora analisar a postura do Brasil em relação ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Essa fase teve início a partir do processo de democratização em 1985, quando o Estado brasileiro começou a ratificar tratados internacionais significativos sobre direitos humanos (PIOVESAN, Flávia, 2013).

Dessa forma, a fim de conferir proteção constitucional aos direitos enunciados nos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, a CF/88 prevê que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja signatária (art. 5º, § 2º) (BRASIL, 1988).

Ademais, promulgada a Emenda Constitucional n. 45/2004, esta estabeleceu um procedimento de aprovação distinto para os tratados e convenções relacionados aos direitos humanos, reconhecendo o status constitucional dos mesmos, *in verbis*:

CF. Art. 5º (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Portanto, no Brasil, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados sob o rito do art. 5º, § 3º da CF/88 são equiparados a normas constitucionais. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que não foram aprovados sob o rito especial do art. 5º § 3º da CF/88, possuem status de supralegalidade (ou seja, embora sejam considerados infraconstitucionais, esses tratados possuem um caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal), como, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica). Já os demais tratados e convenções internacionais, que não versam sobre direitos humanos, possuem status de lei ordinária federal.

2.3 A responsabilidade estatal e internacional do Brasil pela violação aos direitos humanos

Diferentemente dos tratados internacionais convencionais, que geralmente regulam as relações entre Estados soberanos com base no princípio da reciprocidade (ou seja, estabelecendo o equilíbrio de interesses entre os Estados), os tratados internacionais de direitos humanos tendem a impor obrigações a serem cumpridas no interior dos países, que visam proteger e promover os direitos humanos, sem depender de uma troca recíproca de benefícios entre os Estados (PIOVESAN, 2006, apud CAZETTA, 2009).

Conforme afirma Norberto Bobbio (2004), atualmente, o desafio significativo não consiste mais na declaração ou fundamentação dos direitos humanos, mas sim em garantir sua proteção efetiva, implementação e concretização.

Dessa maneira, é imprescindível a existência de mecanismos que imponham responsabilidade aos Estados que cometam violações aos direitos humanos, visto que, como argumenta Steiner (2000), a maneira mais eficaz de interromper as violações é responsabilizar aqueles que as perpetraram.

A configuração da responsabilidade internacional requer a combinação de três elementos: a prática de um ato internacionalmente ilícito, a ocorrência de um dano e a existência de um nexu causal. A responsabilidade internacional é de natureza objetiva, ou seja, não depende da demonstração de culpa ou dolo por parte do agente violador.

Além disso, a responsabilidade internacional abrange atos ou omissões decorrentes de qualquer dos Poderes do Estado - Legislativo, Executivo e Judiciário - em qualquer nível da estrutura federativa (Município, Estado-membro, Distrito Federal ou da União). Assim, embora, no âmbito doméstico, esses Poderes sejam autônomos e independentes, no cenário internacional, a União é tratada como entidade única e exclusiva, não podendo invocar, em sua defesa, a cláusula federativa, ou melhor, a separação e independência dos Poderes e a repartição de competências em âmbito interno para se eximir da responsabilidade por violações das normas de Direito Internacional, especialmente as de direitos humanos no território brasileiro.

Isso ocorre dado que, segundo Nathalia Masson (2020) sobre o federalismo brasileiro, a União desempenha funções importantes: representa a República Federativa do Brasil nas relações internacionais (art. 21, I, da CF/88), sendo uma entidade soberana e pessoa jurídica de direito público internacional que atrai para si a responsabilidade por violação de normas internacionais; bem como, atua como pessoa jurídica de direito interno, agindo como entidade federada.

Consoante André de Carvalho Ramos (2016), a obrigação de reparar danos e evitar novas condenações internacionais evidencia o legítimo interesse jurídico da União Federal em atuar no âmbito interno.

Dessa forma, cabe exclusivamente à União, como ente federativo, assumir compromissos legais internacionais relacionados à matéria constitucional de direitos humanos por meio da ratificação de tratados. Por conseguinte, a responsabilidade pelo monitoramento e fiscalização dessas obrigações recai unicamente sobre ela. Nesse contexto, é dever da União investigar, processar e julgar casos de violação de direitos humanos, uma vez que, em conformidade com as normas internacionais, comprometeu-se a assegurar esses direitos em todo o território nacional.

Outrossim, o debate sobre a morosidade do sistema judiciário e a emissão de decisões judiciais injustas é de grande relevância em âmbito internacional, pois a impunidade muitas vezes atua como incentivo para a repetição de novas violações.

Destaca-se que, em regra, as denúncias apresentadas contra o Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm como base supostas violações dos artigos 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, alegando que houve denegação de justiça, ou seja, a recusa de acessos aos tribunais, bem como insuficiências no funcionamento do sistema judiciário.

Ressalta-se, também, que os argumentos de que as violações foram cometidas por agentes públicos ou particulares em violação à legislação interna não são suficientes para afastar a responsabilidade internacional, pois representam uma omissão do Estado Federal. Este tinha a obrigação de supervisionar e não o fez, resultando no descumprimento do dever de respeitar e proteger os direitos humanos.

Também, as alegações de não cumprimento das obrigações internacionais com base em questões de direito interno, como prescrição e decadência, ou em desafios internos, como carência de infraestrutura, escassez de pessoal, falta de recursos, entre outros, não devem ser acolhidas como justificativas válidas.

Isto posto, no Brasil, surge o Incidente de Deslocamento de Competência, que se une à Intervenção Federal, com base na violação dos Direitos da Pessoa Humana (art. 34, VII, "b" da Constituição), e à autorização da Lei nº 10.446/2002, para atuação da Polícia Federal nas investigações de crimes de competência estadual (ou melhor, infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme). Esses se somam aos mecanismos que capacitam a União a intervir nos Estados-membros para assegurar o cumprimento efetivo das responsabilidades do Estado brasileiro na esfera do Direito Internacional, especialmente perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. (RAMOS, André de Carvalho, 2016).

A federalização representa, principalmente, a aspiração de que, em um Estado Democrático, o respeito aos direitos humanos seja fundamental e que haja uma resposta estatal eficaz diante de sua violação (PIOVESAN, Flávia, 2013). Isso se justifica pelo fato de que, antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a União não tinha competência para apurar, processar e julgar tais crimes. (LENZA, Pedro, 2023).

Cumprido ressaltar que o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1992 (Decreto n. 678/1992) e reconheceu a competência jurisdicional contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998 (Decreto n. 4.463/2002). A contar desta data, a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro por transgressões de direitos protegidos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi avaliada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em Sentenças relacionadas a 12 (doze) casos contenciosos (CNJ, 2023).

2.4 A inclusão do Incidente de Deslocamento de Competência pela Emenda Constitucional n. 45/2004

Consoante Vladimir Aras (2005), é antiga a luta para instituir no Brasil a federalização dos crimes contra os direitos humanos, o que resultou na inclusão da proposta no Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH) de 1996. No espaço legislativo, a primeira iniciativa materializou-se com a PEC 368-A/96, do Poder Executivo, que acabou sendo incorporada à PEC 96/92 (mais tarde PEC 29/00, no Senado) da Reforma do Judiciário, convertendo-se, oito anos depois, na Emenda Constitucional n. 45/2004.

Nas palavras de Vladimir Aras (2005):

“A construção da tese da federalização dos delitos contra os direitos humanos encontrou substrato na escalada da violência e da impunidade em várias regiões do País. São exemplos os massacres, chacinas e crimes de mando ocorridos em Eldorado dos Carajás, Vigário Geral, Carandiru, Parauapebas, Xapuri, Candelária e

Queimados, só para citar alguns dos mais recentes. A atuação de grupos de extermínio em várias cidades brasileiras, somada à impunidade generalizada, fez crescer as pressões internacionais sobre a União, responsável, no plano externo (artigo 21, inciso I, da Constituição Federal), pelo cumprimento das obrigações decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos”.

Diante disso, em razão da morosidade e ineficiência dos processos judiciais relacionados aos direitos humanos, assim como da precária segurança jurídica e impunidade, especialmente no âmbito da investigação e punição de sérias violações desses direitos, com a iminente ameaça de responsabilização internacional da República Federativa do Brasil (conforme o art. 21, I, da CF/88 c/c arts. 27 e 29 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados), em 30 de dezembro de 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 45, que promoveu uma reforma significativa no Poder Judiciário.

Assim, a fim de adequar o funcionamento do sistema judiciário brasileiro aos padrões internacionais de proteção dos direitos humanos, assegurando maior efetividade e celeridade, a Emenda Constitucional n. 45/2004 incluiu o Incidente de Deslocamento de Competência, previsto no artigo 109, V-A, § 5º da Constituição Federal de 1988 (PADILHA, Rodrigo, 2020), *in verbis*:

Art. 109 - Aos juízes federais compete processar e julgar:

V-A - as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Nesse artigo, o legislador consolida os objetivos e princípios da CF/88, bem como propõe o combate às violações dos direitos humanos. Diante das preocupantes estatísticas que indicam uma incidência significativa de crimes contra tais direitos no país, o IDC surge como uma ferramenta processual, propondo a federalização desses crimes e, por conseguinte, visando garantir a persecução e punição efetiva das violações aos direitos humanos.

Destarte, foi inserido no cenário jurídico pela Emenda Constitucional n. 45/2004 o princípio da duração razoável dos processos (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88), garantindo a todos, tanto no âmbito judicial quanto administrativo, o direito a uma tramitação processual que ocorra de maneira razoável, além de meios que garantam a celeridade desse processo (SOUZA, Thiago, 2005).

O IDC visa combater a ineficiência do Estado-membro em investigar e punir violações aos direitos humanos, tendo como base o princípio da duração razoável dos processos, buscando, por conseguinte, reduzir a impunidade, aprimorar a celeridade processual e alinhar a justiça brasileira aos compromissos internacionais assumidos e ratificados. Assim, consoante Barbosa (2011), permite “garantir meios à União de evitar, através de seus órgãos e agentes, a responsabilização do Estado brasileiro por violação aos direitos humanos”.

Isso ocorre porque, em algumas situações, a demora na obtenção de justiça pode levar à superação da necessidade de esgotamento dos recursos internos. Embora a regra seja que a jurisdição internacional só deva intervir após o Estado ter tido a oportunidade de corrigir a violação, o requisito de esgotamento dos recursos internos, frequentemente invocado pelo Brasil como uma “defesa preliminar”, só será aplicável nos casos em que o processo se desenrole dentro de um prazo razoável. Caso contrário, o litígio internacional será iniciado, mesmo que o país disponha de meios para remediar a violação por meio de sua própria legislação.

No âmbito internacional, a questão do direito interno, como a falta de autoridade da União para investigar, processar e sancionar os responsáveis por violações, é considerada um “simples fato” que não isenta os Estados-partes em tratados de direitos humanos de responsabilidade internacional pelo descumprimento das obrigações assumidas (TRINDADE apud CARAM, 2007).

Nas palavras de Ramos (2009),

Houve caso em que o Brasil nem defesa apresentou perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pela dificuldade da União Federal em obter informações dos entes federados. No que tange à prevenção, o desenho anterior impedia uma ação preventiva que evitasse a responsabilização internacional futura do Brasil, uma vez que os atos danosos eram dos entes federados.

Vladimir Aras (2005) destacou a situação paradoxal no Brasil, onde, embora a Constituição Federal de 1988 proclame os direitos humanos, os meios previstos na legislação mostravam-se inadequados para concretizá-los e reprimir tais condutas.

Flávia Piovesan documenta que, entre 1970 e 2004, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos admitiu setenta e oito casos de violação de direitos humanos pelo Estado brasileiro. Tais violações ocorreram em desrespeito à Declaração Americana dos Direitos Humanos, à Convenção Americana de Direitos Humanos e a outros tratados do sistema interamericano. A análise desses casos permitiu a categorização em oito grupos distintos: 1) detenção arbitrária, tortura e assassinato durante o regime militar (10 casos); 2) desrespeito aos direitos dos povos indígenas (2 casos); 3) violência no meio rural (13 casos); 4) violência policial (34 casos); 5) violações dos direitos de crianças e adolescentes (9 casos); 6) violência contra mulheres (3 casos); 7) discriminação racial (1 caso); e 8) violência contra defensores dos direitos humanos (6 casos). Esses números evidenciam a significativa participação do Estado brasileiro como agente violador de direitos humanos.

Cumprir ressaltar que a Emenda Constitucional n. 45/2004 não fixou a exclusividade da Justiça Federal para lidar com o julgamento de casos de graves violações dos direitos humanos. Na verdade, essa alteração confirmou a competência da Justiça Estadual, considerada residual, enquanto posicionou a competência da Justiça Federal como subsidiária.

Ubiratan Cazetta (2009) ressaltar que:

O objetivo do IDC não é, apenas, buscar alterar a situação de lides internacionais já instauradas de descumprimento já configurado; é antes estabelecer um mecanismo preventivo, para evitar a própria configuração da responsabilidade internacional ou, em outros termos, garantir que a efetivação dos direitos humanos seja plena em território nacional, afastando a crítica internacional.

No entanto, a inclusão do IDC com a sua finalidade legítima não foi plenamente alcançada, visto que a ausência de regulamentação, juntamente com a morosidade e a ineficiência da Justiça Estadual, contribuiu para tornar tal instituto pouco eficiente no combate às violações aos direitos humanos.

2.5 Requisitos para suscitar o Incidente de Deslocamento de Competência

O artigo 109, V-A, § 5º, da CF/88 estabelece elementos cumulativos para suscitar o IDC: a grave violação aos direitos humanos; a obrigação de garantir o cumprimento dos compromissos previstos em tratados internacionais; a exclusividade do Procurador-Geral da República para suscitar o incidente, em qualquer fase do inquérito ou processo; e a competência do Superior Tribunal de Justiça para julgar o deslocamento do caso da Justiça Estadual para a Justiça Federal (BRASIL, 1988).

Ressalta-se que, além dos requisitos previstos constitucionalmente, a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acrescentaram outra hipótese implícita no texto constitucional para a federalização, qual seja, a incapacidade das autoridades e instâncias estaduais.

Quanto ao requisito da grave violação aos direitos humanos, tal expressão foi prevista de forma “genérica, vaga e imprecisa” pelo legislador, tendo em vista a amplitude e magnitude dos direitos humanos, que abrangem, por exemplo, a vida, a saúde, a integridade, a imagem, a privacidade, etc, concedendo, assim, uma vasta atuação ao IDC. A criação de um rol taxativo desses direitos poderia trazer restrições irreparáveis para coibir tais violações, restringindo a incidência do dispositivo, uma vez que o IDC seria suscitado apenas quando o direito violado estivesse previsto no rol. A Constituição Federal, portanto, utilizou uma terminologia cuja interpretação deve ser considerada dentro do contexto específico de cada situação concreta, evitando sua aplicação indiscriminada, ao mesmo tempo garantindo sua relevância e utilidade (IDC n. 1/PA, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 8.6.2005, DJ 10.10.2005).

O requisito implícito de admissibilidade do IDC, qual seja, da “incapacidade das instâncias e autoridades locais” em oferecer respostas efetivas, está relacionada à morosidade, inércia, negligência, ineficiência ou limitações reais da Justiça Estadual em realizar a devida persecução penal, desrespeitando, portanto, as obrigações resultantes de tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil seja parte (LENZA, Pedro, 2023). Nesse contexto, é apropriado transferir a investigação e o processamento da ação penal para os órgãos federais.

No que diz respeito à legitimidade ativa para suscitar o IDC, essa atribuição compete exclusivamente ao Procurador-Geral da República (PGR), regra esta consoante com o texto constitucional. Essa abordagem evita a banalização do instituto, garantindo que seu uso seja reservado a situações excepcionais, uma vez que a competência primária é da Justiça Estadual. Além disso, salienta-se que a CF/88 já estabeleceu, a priori, a legitimidade única do PGR para proceder ao pedido de intervenção federal feito ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, presentes os requisitos para o deslocamento de competência, o PGR deverá, de forma fundamentada, decidir se suscita ou não o incidente, não sendo discricionariedade sua invocar ou não o instrumento.

Destarte, os interessados, vítima e/ou sociedade podem provocar a federalização, dirigindo-se ao Procurador-Geral da República, o qual poderá suscitar o IDC para a Justiça Federal, no STJ, em qualquer fase do inquérito ou processo, visando assegurar o cumprimento de obrigações provenientes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário (PADILHA, Rodrigo, 2020).

E quanto ao último requisito, o Superior Tribunal de Justiça é o tribunal competente para aprovar ou rejeitar o IDC.

Consoante relatado no interior teor do IDC n. 1, julgado pelo Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, é imprescindível que todos os requisitos coexistam no caso concreto, devendo, além disso, estar em conformidade com o princípio da proporcionalidade. Isso se justifica pelo fato de que tal instrumento não é banal e deve ser utilizado apenas em casos excepcionais, com a demonstração de sua necessidade e indispensabilidade.

Do contrário, haveria um grande risco não apenas de questionar a competência e idoneidade da Polícia e dos membros do Judiciário e Ministério Público estadual, mas também de esgotar a competência dos Estados-membros, por meio de uma “(...) indevida, inconstitucional, abusiva invasão de competência estadual por parte da União Federal, ferindo o Estado de Direito e a própria federação (...)”, nas palavras do ministro Arnaldo Esteves Lima no IDC 1.

Ademais, a ausência de proporcionalidade na utilização do IDC pode violar o princípio federativo, ao proceder à intervenção da União nos Estados-membros fora das situações previstas no texto constitu-

cional. Isso ocorre porque, o objetivo do IDC é garantir que a competência da Justiça Estadual não seja esvaziada e que o funcionamento da Justiça Federal não seja inviabilizado (LENZA, Pedro, 2023).

Destacando o trâmite processual do IDC, Rodrigo Padilha (2020) explica que, recebido o IDC, o Juiz Estadual sobrestará o feito e encaminhará ao STJ para análise do mesmo em “autêntica cisão funcional de competência no plano vertical (divisão de competência funcional dentro de um mesmo processo).” Caso seja constatada grave violação aos direitos humanos, o processo será remetido para a Justiça Federal. Todavia, se não houver grave violação a tratados ou convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário, o processo retornará à Justiça Estadual para seguir seu rito ordinário. Em ambas as hipóteses, os atos até então realizados serão preservados e aproveitados.

Insta destacar a escolha do legislador de estabelecer a expressão “direitos humanos” e não “direitos fundamentais” no art. 109, V-A, § 5º, da CF/88. Os direitos fundamentais são aqueles positivados na ordem constitucional, enquanto os direitos humanos possuem normatividade em declarações internacionais. Assim, a previsão de “direitos humanos” está em consonância com o texto constitucional, uma vez que este dispõe que, no plano internacional, o Brasil deverá zelar pela prevalência dos direitos humanos, assim como os direitos e garantias expressos na CF/88 não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988) (SARLET, Ingo Wolfgang, 2015).

Por fim, o IDC é um instrumento político-jurídico, que visa assegurar a dignidade da pessoa humana e o princípio da prevalência dos direitos humanos (ARAS, Vladimir, 2005).

2.6 A flexibilização do pacto federativo mediante a inclusão do Incidente de Deslocamento de Competência

A Constituição Federal de 1988, motivada pelo processo de redemocratização no Brasil, procurou reestruturar o pacto federativo, um modelo de organização do poder político estatal caracterizado por sua descentralização, prevendo-o em seu art. 1º, bem como classificando-o como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, I), de forma que não pode ser suprimido ou abolido pelo poder reformador, mediante a edição de emenda constitucional.

Assim, o federalismo possibilita que o poder seja exercido por entidades autônomas distintas, os quais unem-se para constituir um Estado Federal soberano.

O Brasil adota um modelo de federalismo cooperativo, no qual os entes federativos (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal) colaboram por meio de competências comuns e concorrentes, para alcançar objetivos nacionais comuns, incluindo a redução das desigualdades regionais (art. 3º da CF/88). Esse modelo se diferencia do federalismo dual, no qual o governo federal e as localidades agem de forma independente, sem a necessidade de cooperação.

O núcleo essencial da forma federativa do Estado deve compreender: (i) a autonomia dos entes federativos; e (ii) a participação ativa desses entes na formação da vontade global. Esse núcleo está imune a reduções ou violações por meio de alterações legislativas ou interpretações judiciais.

Destarte, se é responsabilidade da Constituição Federal estabelecer as competências dos entes federativos, este instrumento normativo pode incluir exceções. Isso ocorre porque, o pacto federativo não é um conceito engessado, rígido e imutável, mas sim sujeito a certa relativização e flexibilização, especialmente no que tange à proteção dos direitos humanos, contanto que seus princípios fundamentais sejam preservados. Nesse contexto, Luís Roberto Barroso (2005) afirma que uma emenda constitucional só será inválida se esvaziar ou restringir substancialmente a autonomia dos entes federativos ou inviabilizar a participação deles na formação da vontade nacional.

A forma como o IDC está prevista na CF/88, com os três requisitos cumulativos, considerados a relevância dos direitos em questão, a proporcionalidade e a valorização atribuída pela Constituição à dignidade da pessoa humana, não há que se falar em violação ao pacto federativo. Isso ocorre tanto porque a federalização está em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro quanto porque o princípio do pacto federativo pode ser relativizado diante da importância da dignidade da pessoa humana (CARAM, Marselha Bortolan, 2007).

Inclusive, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes (2009), em relação ao IDC, explica que uma possível objeção à restrição da autonomia dos Estados-membros e da Justiça estadual pode ser rebatida considerando a importância dos valores em questão, como a proteção dos direitos humanos e o compromisso da União na esfera internacional.

Com o propósito de evidenciar a constitucionalidade do IDC, Ubiratan Cazetta (2009) estabelece uma análise comparativa entre: i) a Intervenção Federal por violação dos Direitos da Pessoa Humana (art. 34, VII, “b”, da CF/88); ii) o Incidente de Deslocamento de Competência (art. 109, § 5º, da CF/88); e iii) a autorização para a Polícia Federal atuar em investigação de crime de competência estadual (Lei nº 10.446/2002). É importante ressaltar que a seleção desses três mecanismos não é arbitrária, sendo os mesmos instrumentos que possibilitam à “União Federal fazer cumprir obrigações internacionais de defesa dos direitos humanos” (RAMOS, André de Carvalho, 2016).

Percebe-se, portanto, que o IDC não é a única medida permitida em nosso ordenamento jurídico brasileiro para cumprir as obrigações internacionais na defesa dos direitos humanos, flexibilizando o pacto federativo (RAMOS, André de Carvalho, 2016).

Sendo o IDC aplicado de forma excepcional, somente quando seus requisitos de admissibilidade coexistirem, a preservação do pacto federativo ocorre, uma vez que o federalismo brasileiro contemporâneo busca um modelo de cooperação entre seus entes, destacando que é a União que será responsabilizada internacionalmente pelas violações cometidas nos seus Estados-membros. Logo, não há violação ao pacto federativo.

Isto posto, Ubiratan Cazetta (2009) sustenta que existe uma escala graduada entre esses dispositivos legais, sendo a autorização estabelecida pela Lei nº 10.446/2002 uma diligência destinada a casos menos complexos, enquanto a Intervenção Federal representa uma medida a ser empregada em situações extremas, caracterizadas por um quadro crônico de violações aos Direitos Humanos. Por sua vez, o IDC surge como um ponto intermediário entre esses mecanismos, não se restringindo à atuação da Polícia Federal, conforme a Lei nº 10.446/2002, e tampouco chegando a suprimir a autonomia do ente federado, como ocorre na Intervenção Federal.

2.7 A ineficiência das instâncias estaduais como litígios estruturais

Em relação ao requisito de admissibilidade do IDC, implícito no art. 109, V-A, § 5º, da CF/88, que trata da “incapacidade das instâncias e autoridades estaduais em ofertar uma solução satisfatória”, esse requisito foi expressamente previsto na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), especificamente na ementa do IDC 1. A justificativa do STJ é de que não haveria razão para deslocar a competência caso o órgão estadual responsável cumprisse adequadamente com seu dever de persecução penal e consequente julgamento.

(...) os requisitos do incidente de deslocamento de competência são três: a) grave violação de direitos humanos; b) necessidade de assegurar o cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais; c) incapacidade – oriunda de inércia, omissão, ineficácia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais e/ou materiais etc. – de o Estado-membro, por suas instituições e autoridades, levar a cabo, em toda a sua extensão, a persecução penal (IDC n. 1/PA, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 8.6.2005, DJ 10.10.2005).

Contudo, a ausência de regulamentação do IDC, bem como a inclusão de um requisito amplo pela jurisprudência, qual seja, a incapacidade das autoridades estatais, deixa o instituto, mesmo que em parte, à mercê da discricionariedade dos julgadores, cabendo a eles decidir como se dará a sua aplicação no caso concreto.

Considerando o exposto acima, e levando em conta que o Estado brasileiro é potencialmente um violador dos direitos humanos, somado à demora do seu sistema judiciário em solucionar tais transgressões, muitas vezes desrespeitando o princípio da razoável duração do processo, é possível que, neste contexto, a utilização do IDC, sem que haja necessidade do mesmo, resulte em uma violação ao pacto federativo ao retirar a autonomia do Estado-membro para resolver determinado litígio.

Também, a inclusão da expressão “incapacidade” pela jurisprudência do STJ para se referir a inércia, omissão, ineficácia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais e/ou materiais,

mostra-se equivocada, uma vez que, a incapacidade reflete na falta de competência ou de capacidade para realizar algo específico. Logo, na verdade, trata-se de uma ineficiência estatal, dado que o Estado-membro possui competência e capacidade, mas seus mecanismos de proteção são ineficientes.

Consoante Maria Fernanda Garcia (2022), o Brasil já registrou mais de 870 mil violações de direitos humanos em 2022: “Das violações registradas, 272.464 acontecem a mais de um ano, 78.621 a mais de 5 anos e 56.036 a mais de 10 anos”⁴⁷.

Dessa forma, constata-se que o Estado brasileiro, além de procurar garantir a proteção dos direitos humanos mediante o IDC é, na verdade, o responsável por provocar essas violações, o que torna, por conseguinte, questionável a eficácia do IDC.

Outrossim, a morosidade do sistema judiciário brasileiro também é preocupante. Conforme Francisco Peçanha Martins, ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, em seu artigo “*A Crise do Poder Judiciário, Causas e Soluções*”, “a justiça brasileira, sobretudo a comum, praticada pelos Estados Federados, é tardia. A morosidade, contudo, não é fenômeno recente.” Ademais, salienta que a grande quantidade dos recursos existentes na legislação processual, embora busque garantir decisões mais justas e aprimoradas, inevitavelmente resulta na demora na resolução do litígio.

Desse modo, o Estado brasileiro viola duplamente os direitos humanos: primeiro, ao praticar a violência, seja por falta de fiscalização e/ou mecanismos para evitar esse problema; segundo, ao ser ineficiente na investigação e persecução penal da violação. Isso ocorre porque a persistência do funcionamento dessas práticas e estruturas públicas burocráticas consideradas ineficientes, quando é utilizado o IDC e constatada a ineficiência e/ou omissão, constitui, por si só, uma violação direta dos direitos humanos.

Diante do exposto, as “ineficiências das instâncias estaduais” resultam da maneira como uma determinada estrutura burocrática estadual/distrital opera, uma abordagem que está em desacordo com as responsabilidades do Estado brasileiro perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos. A mera eliminação da violação, no contexto do IDC, através da simples “federalização” de um caso afetado por esse cenário mais abrangente, resolve a situação de maneira superficial. Contudo, a “ineficiência” do Estado-membro persiste, perpetuando o cenário sistêmico de violações de Direitos Humanos sem uma intervenção significativa da União sobre ele.

Assim, torna-se evidente que as “ineficiências” dos Estados-membros constituem formas de litígios estruturais, responsáveis por gerar contextos amplos de violação de Direitos Humanos que não se limitam a um caso concreto, afetando a sociedade. Para tutelar os direitos afetados por esses litígios, tem-se o processo estruturante. Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2018), esse processo parte da premissa de que certas estruturas burocráticas devem ser necessariamente reconstruídas para superar a ameaça ou lesão que representam à efetividade de normas constitucionais. Isso se concretiza por meio de uma decisão estrutural (ou estruturante). E a decisão estrutural é aquela que busca implantar uma reforma estrutural em um ente, organização ou instituição, a fim de garantir concretamente um direito fundamental, realizar políticas públicas ou resolver litígios complexos (BISCAIA, Bruno, 2019).

Então, a utilização do IDC para a federalização de inquéritos ou processos relacionados a “grave violação de direitos humanos” dentro de um contexto mais amplo de violações de direitos humanos não atende adequadamente à finalidade constitucional desse instituto. Nessas situações, esse deslocamento de competência, conforme afirmado por Vitorelli (2018), “(...) acarreta apenas uma ilusão de solução, mas não produz resultados sociais significativos, eis que as causas do problema permanecem” (BISCAIA, Bruno, 2019).

Exemplificando, o IDC 2, em 2010, refere-se ao assassinato do vereador e advogado defensor dos direitos humanos, Manoel Bezerra de Mattos Neto, em 24 de janeiro de 2009, no município de Pitimbu/PB. Esse trágico evento ocorreu após o mesmo ter enfrentado diversas ameaças e sofrido vários atentados. Tais episódios parecem ter sido motivados pela sua persistente e notória atuação denunciando grupos de extermínio que atuam impunemente há mais de uma década na divisa dos Estados da Paraíba e de Pernambuco, entre os Municípios de Pedras de Fogo e Itambé.

47. GARCIA, Maria Fernanda. Brasil já registra mais de 870 mil violações de direitos humanos em 2022. Disponível em: <[https://observatorio3setor.org.br/noticias/brasil-ja-registra-mais-de-870-mil-violacoes-de-direitos-humanos-em-2022/#:~:text=Brasil%20j%C3%A1%20registra%20mais%20de%20870%20mil%20viola%C3%A7%C3%B5es%20de%20direitos%20humanos%20em%202022,-Maria%20Fernanda%20Garcia&text=Adobe%20Stock%20%7C%20Licenciado-,Apenas%20no%20primeiro%20semestre%20deste%20ano%20o%20disque%20100%2C%200\(Disque,registrou%20870.388%20viola%C3%A7%C3%B5es%20no%20pa%C3%ADs](https://observatorio3setor.org.br/noticias/brasil-ja-registra-mais-de-870-mil-violacoes-de-direitos-humanos-em-2022/#:~:text=Brasil%20j%C3%A1%20registra%20mais%20de%20870%20mil%20viola%C3%A7%C3%B5es%20de%20direitos%20humanos%20em%202022,-Maria%20Fernanda%20Garcia&text=Adobe%20Stock%20%7C%20Licenciado-,Apenas%20no%20primeiro%20semestre%20deste%20ano%20o%20disque%20100%2C%200(Disque,registrou%20870.388%20viola%C3%A7%C3%B5es%20no%20pa%C3%ADs)>. Acesso em 07 de nov. 2023.

No IDC 2, o STJ reconheceu a existência dos requisitos para o deslocamento de competência, tendo sido o primeiro IDC aceito, destacando especialmente a omissão e a “incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas” (3.ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27.10.2010 – DJe de 22.11.2010).

O IDC 5 refere-se ao assassinato do Promotor de Justiça Thiago Faria Soares, ocorrido em 14 de outubro de 2013, na cidade de Itaíba, localizada no Agreste de Pernambuco. Na ocasião, Thiago Faria estava acompanhado de sua noiva, a advogada Mysheva Martins, e do tio dela, Adautivo Martins.

De acordo com a Polícia Federal, a motivação subjacente ao assassinato de Thiago Faria estava vinculada a conflitos territoriais, visto que ele desempenhou um papel proeminente na retomada da posse da Fazenda Nova, onde José Maria Rosendo, um dos condenados pelo seu assassinato, residia. A fazenda foi desapropriada em favor de Mysheva.

Assim, consoante o acórdão do IDC 5, o assassinato de Thiago Faria provavelmente resultou da ação de grupos de extermínio que atuam no interior do Estado de Pernambuco, assim como tantos outros que ocorreram na região conhecida como “Triângulo da Pistolagem”, situada no agreste pernambucano. Logo, embora os motivos do assassinato não estejam diretamente ligados à sua atuação funcional, é evidente que o Estado de Pernambuco permaneceu inerte diante da atuação de grupos de extermínio em seus municípios por décadas, revelando uma conivência, até certo ponto, com tais práticas. O uso do IDC só ocorreu após o homicídio de um membro da própria autoridade estatal e, é importante ressaltar, somente depois de meses de estagnação e apelos de diversas classes.

O IDC 5 foi suscitado, neste caso, não pela omissão das instâncias estaduais, mas sim diante do notório conflito institucional que se instalou entre os órgãos envolvidos na investigação e na persecução penal do caso, ou melhor, pela falta de entendimento operacional entre a Polícia Civil e o Ministério Público estadual. Esse conflito ensejou um conjunto de falhas na investigação criminal que arriscou comprometer o resultado final da ação penal, com a possibilidade, inclusive, de gerar a impunidade dos mandantes e dos executores do citado crime de homicídio.

Examinando ambos os casos, é possível constatar que, anteriormente à ocorrência dos crimes, o Estado brasileiro esteve omissivo durante décadas em relação à atuação de grupos de extermínio e à violência institucionalizada nas regiões onde as vítimas foram assassinadas, ratificando sua posição como agente violador dos direitos humanos. Fica claro, assim, que existe uma deficiência estrutural na prevenção e asseguramento dos direitos humanos, sendo a omissão prévia e subsequente confirmada pela aplicação do IDC.

O desenho normativo e jurisprudencial do IDC permite o reconhecimento de litígios estruturantes, que, por si só, representam violações de Direitos Humanos. No entanto, não proporciona a devida problematização e processamento desses litígios. Na realidade, o que ocorre é a seleção de casos paradigmáticos, partes do litígio estruturante, para serem “federalizados”, criando a falsa impressão de que as responsabilidades do Estado-membro e do Estado brasileiro em relação aos Direitos Humanos foram integralmente cumpridas. Contudo, conforme argumenta Vitorelli (2018), as raízes do problema persistem, uma vez que a “ineficiência” da entidade federativa, mesmo sendo identificada pela Procuradoria-Geral da República, examinada e reconhecida pelo STJ, permanece sem qualquer intervenção estatal (BISCAIA, Bruno, 2019).

Este contexto impacta significativamente a efetividade do art. 109, § 5º, da CF/88, uma vez que a finalidade desse dispositivo exige que a “ineficiência” de um Estado-membro em prevenir, investigar, processar e, se necessário, punir violações de direitos humanos seja abordada pela União de maneira subsidiária, concreta e proativa, com o objetivo de resolver a questão. Contudo, é necessário, inicialmente, uma abordagem direta por parte da União, visando solucionar o que causa a ineficiência estatal (BISCAIA, Bruno, 2019).

Com base nisso, este artigo sustenta que a atuação do Estado brasileiro deve ocorrer por meio da instauração de um processo estruturante que tenha como foco a “ineficiência” do ente federado responsável pelo cenário mais abrangente de violação de Direitos Humanos, identificado como litígio estruturante. O principal objetivo desse processo é resolver essa ineficiência, com a finalidade de garantir a “não repetição” de violações aos Direitos Humanos decorrentes da ineficiência estatal. Essa abordagem busca, fundamentalmente, reorganizar a estrutura burocrática que se revela ineficiente para desempenhar suas funções legais de maneira eficaz e diligente (BISCAIA, Bruno, 2019).

Nesse contexto, dois aspectos merecem atenção especial: i) a competência para processar e julgar esse tipo de processo; e ii) a legitimidade para propor essa ação. O reconhecimento, pelo STJ, da “ineficiência” de um Estado-membro, que resulte em um cenário mais amplo de violação de Direitos Humanos, coloca a União diante de um “conflito federativo”.

Dessa forma, no que diz respeito à competência, o art. 102, I, “f” da Constituição Federal estabelece que o Supremo Tribunal Federal (STF) é competente originariamente para processar e julgar causas e conflitos entre a União e os Estados-membros. Nesse sentido, o STF é o tribunal competente para analisar, de maneira originária, um processo estruturante que tenha como objeto a ineficiência de um ente federado.

Por outro lado, em relação à legitimidade, considerando que essa “ineficiência” envolve um conflito entre a União e um Estado-membro, este trabalho sustenta a legitimidade da União para propor o processo estruturante em questão.

Ante o exposto, a iniciativa de instaurar um processo estruturante no STF, com o objetivo de reformular a estrutura burocrática considerada “ineficiente” dentro da organização administrativa de determinado ente federado, representa um processo de “nacionalização” dessa ineficiência. Esse processo, quando integrado à “federalização da grave violação de direitos humanos”, confere ao IDC a capacidade de cumprir sua finalidade constitucional, assegurando a efetividade desse instituto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, a consolidação e proteção dos direitos humanos foram fortalecidas com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Este documento desempenhou um papel crucial no processo de democratização do governo brasileiro, promovendo liberdades fundamentais, implementando instituições democráticas e estabelecendo a prevalência dos direitos humanos. Além disso, reforçou o compromisso do país com as normas internacionais, destacando a dignidade da pessoa humana como seu princípio fundamental.

Em 1985, o Estado brasileiro iniciou a ratificação de tratados internacionais significativos sobre direitos humanos. A Emenda Constitucional n. 45/2004 foi importante nesse âmbito, ao prever um procedimento de aprovação distinto para tais documentos, equiparando-os a normas constitucionais. Assim, os tratados internacionais, anteriores à Emenda Constitucional n. 45, de 2004, possuem status de supralegalidade, enquanto aqueles que não tratam de direitos humanos têm status de lei ordinária federal.

Contudo, atualmente, o desafio não consiste mais na declaração ou fundamentação dos direitos humanos, mas sim em assegurar sua proteção efetiva, implementação e concretização. Nesse sentido, torna-se imprescindível a existência de mecanismos que responsabilizem os Estados que cometam violações aos direitos humanos.

Conforme exposto no presente artigo, a justiça brasileira enfrenta problemas como a morosidade, ineficiência dos processos judiciais e impunidade relacionados aos direitos humanos, especialmente na investigação e punição de sérias violações desses direitos, com a iminente ameaça de responsabilização internacional da República Federativa do Brasil.

Diante disso, visando garantir a persecução e punição efetiva das transgressões aos direitos humanos no Brasil, assim como o cumprimento das obrigações provenientes de tratados internacionais, a Emenda Constitucional n. 45/2004 inseriu o Incidente de Deslocamento de Competência na CF/88, um instrumento político-jurídico que visa federalizar um inquérito ou processo que envolva grave violação aos direitos humanos, deslocando-o da Justiça Estadual para a Justiça Federal.

Cumprе ressaltar que, diante da relevância dos direitos em questão, da proporcionalidade, da valorização atribuída pela CF/88 à dignidade da pessoa humana e do compromisso da União na esfera internacional, o IDC não viola o pacto federativo brasileiro. Isso ocorre uma vez que, o pacto federativo não é um conceito engessado e imutável, mas sim sujeito a certa flexibilização, especialmente no que tange à proteção dos direitos humanos.

Outrossim, além dos requisitos de admissibilidade constitucionalmente previstos para que o IDC seja suscitado, a doutrina e a jurisprudência incluíram outro, qual seja, da “incapacidade das instâncias e autoridades estaduais” em ofertar uma solução satisfatória. Contudo, apesar de a doutrina e a jurisprudência falarem em “incapacidade”, trata-se, na verdade, de uma ineficiência, dado que o Estado-membro possui competência e capacidade, mas seus mecanismos de proteção são ineficientes.

No entanto, insta destacar que a utilização do IDC dentro de um contexto mais amplo de violações de direitos humanos resolve a situação de maneira superficial, mas não atende adequadamente à finalidade constitucional desse instituto. Isso ocorre porque a “ineficiência” do Estado-membro persiste, perpetuando o cenário sistêmico de violações de Direitos Humanos sem uma intervenção significativa da União sobre ele.

Diante do exposto, conclui-se que as “ineficiências” dos entes federados constituem formas de litígios estruturais, responsáveis por gerar contextos amplos de violação de Direitos Humanos que não se limitam a um caso concreto. E o IDC não proporciona a devida problematização e processamento desses litígios. Na realidade, o que ocorre é a seleção de casos paradigmáticos, partes do litígio estruturante, para serem “federalizados”, criando a falsa impressão de que as responsabilidades do Estado-membro e do Estado brasileiro em relação aos Direitos Humanos foram integralmente cumpridas.

E uma das opções para solucionar esse problema é a instauração de um processo estruturante no Supremo Tribunal Federal, que tenha como foco a “ineficiência” do ente federado responsável pelo cenário mais abrangente de violação de Direitos Humanos, identificado como litígio estruturante.

O processo estruturante se concretiza por meio de uma decisão estruturante, que visa reconstruir certas estruturas burocráticas, com o objetivo de resolver essa ineficiência e garantir a “não repetição” de violações aos Direitos Humanos decorrentes da ineficiência estatal. Essa abordagem busca, fundamentalmente, reorganizar a estrutura burocrática que se revela ineficiente para desempenhar suas funções legais de maneira eficaz e diligente.

Por fim, esse processo, quando integrado à “federalização da grave violação de direitos humanos”, confere ao IDC a capacidade de cumprir sua finalidade constitucional, garantindo, assim, a efetividade desse instituto.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **Federalização de crimes só é válida em último caso**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2005-mai-17/federalizacao_crimes_valida_ultimo>. Acesso em: 15 de Out. de 2023;

BARROS, Otília Chaves. **Uma breve análise dos 14 anos do incidente de deslocamento de competência**. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/59278816/artigo_idc-20190516-78207-a71r2f.pdf>. Acesso em 03 de set. de 2023;

BARROSO, Luís Roberto. **Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho de Justiça**. In: Interesse Público - IP, Belo Horizonte, n. 30, ano 7, março/abril 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?p-diCntd=50042>>. Acesso em: 28 de Ago. de 2023;

BISCAIA, Bruno Simões. **A flexibilização do pacto federativo em prol do cumprimento de obrigações internacionais perante os direitos humanos: uma análise sobre a (in)efetividade do incidente de deslocamento de competência**. Tese (Monografia). Salvador, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/37604/1/BRUNO%20SIM%20C%95ES%20BISCAIA.pdf>>. Acesso em: 08 de out. 2023;

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 32; BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional n° 45, de 30 de Dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5°, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 20 de Ago. 2023;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de Ago. 2023;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA Nº 1 - PA (2005/0029378-4)**. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 08 de jun. 2005, DJ 10 de out. 2005. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=556348&tipo=0&nreg=200500293784&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20051010&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 25 de ago. 2023;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA Nº 2 - DF (2009/0121262-6)**. Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 27 de out. 2010, DJe 22 de nov. 2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=985923&tipo=0&nreg=200901212626&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20101122&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 23 de ago. 2023;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA Nº 5 - PE (2014/0101401-7)**. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 13 de abr. 2018, DJe 01 de set. 2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1352173&tipo=0&nreg=201401014017&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20141114&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 25 de ago. 2023;

CARAM, Marselha Bortolan. **Federalização dos crimes contra os direitos humanos**. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC, n. 10, p. 313-355, jul./dez. 2007. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-313-Marselha_Bortolan_Caram.pdf. Acesso em: 22 de out. 2023;

CAZETTA, Ubiratan. **Direitos Humanos e Federalismo: O Incidente de Deslocamento de Competência**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 19-348;

CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS (Decreto nº 7.030/2009). Adotada em 23 de maio de 1969. Diário Oficial da União. Poder Executivo, Brasília, DF, 14 de dezembro de 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 30 de set. 2023;

Dicionário Online de Português. 2023. **Incapacidade**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/incapacidade/>. Acesso em: 25 de Nov. 2023;

Dicionário Online de Português. 2023. **Ineficiência**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/ineficiencia/>. Acesso em: 25 de Nov. 2023;

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**, Processo Coletivo. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 425-426;

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Coleção Esquematizado**. 27. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 606-608;

LIMA, Paola Aires Corrêa. **"O Federalismo e sua concepção como princípio constitucional"**. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). O Federalismo na visão dos Estados: Uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal - CONPEG - aos 30 anos de Constituição. Belo Horizonte: Letramento, 2018;

MARTINS, Francisco Peçanha. **A crise no Poder Judiciário, Causas e Soluções**. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dou10anos/article/view/3449/3573>. Acesso em: 24 de out. 2023;

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 1316;

MENDES, Gilmar Ferreira et al. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 1029;

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2020. p. 617;

PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. Disponível em: <<https://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>>. Acesso em: 10 de out. de 2023;

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57-241;

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos internacionais e jurisdição supra-nacional: a exigência da federalização**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_federalizacao.html>. Acesso em: 22 de Ago. 2023;

RAMOS, André de Carvalho. **A Constitucionalidade do IDC e seu aperfeiçoamento**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-set-18/andre-carvalho-ramos-constitucionalidade-idc/>>. Acesso em: 17 de nov. de 2023;

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 6 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 542-549;

RAMOS, André de Carvalho. **Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104, p. 279, jan./dez. 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67857/70465/0>>. Acesso em: 10 de nov. 2023;

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2016, p. 338-339;

ROSSO, Paulo Sérgio. “**Federalismo brasileiro: Origens históricas da tendência centralizadora**”. In: BASTISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org). O federalismo na visão dos estados: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CONPEG) aos 30 anos de Constituição. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 330-346;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. ver. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 63;

SEM AUTOR. **Casos Contenciosos Brasileiros**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 15 de Março de 2023. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/monitoramento-e-fiscalizacao-das-decisoes-da-corte-idh/casos-contenciosos-brasileiros/>>. Acesso em: 10 de Nov. de 2023;

SILVA, Wilson Macena da. **Programa Nacional de Direitos Humanos: o que é?**. Politize!. 06 de Maio de 2021. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/programa-nacional-de-direitos-humanos/>>. Acesso em: 20 de Nov. 2023;

SEM AUTOR. **Uma história de enfrentamento aos grupos de extermínio no Nordeste: 14 anos do assassinato de Manoel Mattos**. OAB PERNAMBUCO. Disponível em: <<https://oabpe.org.br/uma-historia-de-enfrentamento-aos-grupos-de-exterminio-no-nordeste-14-anos-do-assassinato-de-manoel-mattos/#:~:text=Dois%20dos%20cinco%20r%C3%A9us%20acusados,viola%C3%A7%C3%A3o%20material%20aos%20Direitos%20Humanos>>. Acesso em: 17 de out. 2023;

SOUZA, Thiago Litwak Rodrigues de. **A Emenda Constitucional nº 45 e as implicações no âmbito do Ministério Público**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 839, 20 out. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7441/a-emenda-constitucional-n-45-e-as-implicacoes-no-ambito-do-ministerio-publico>>. Acesso em: 10 de Nov. 2023;

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000. p. 17;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF: Promulgada há 15 anos, Reforma do Judiciário trouxe mais celeridade e eficiência à Justiça brasileira**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434106&ori=1#:~:text=Publicada%20no%20Di%C3%A1rio%20Oficial%20da,no%20funcionamento%20da%20Justi%C3%A7a%20brasileira.>>. Acesso em 09 de Out. 2023;

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 170-171;

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 17;

VIEIRA, Victor Rodrigues Nascimento. **A morosidade do Judiciário, suas consequências para as partes e as formas de trazer celeridade aos processos no Brasil**. JusBrasil. Disponível em: <<https://www.jus-brasil.com.br/artigos/a-morosidade-do-judiciario-suas-consequencias-para-as-partes-e-as-formas-de-trazer-celeridade-aos-processos-no-brasil/943683744>>. Acesso em: 18 de Nov. de 2023;

VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. In: Revista de Processo (REPRO), v. 284, p. 333-369, out. 2018. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod_resource/content/1/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES%20%281%29.pdf>. Acesso em: 10 de nov. 2023.

O PAPEL DA FAMÍLIA NA RESSOCIALIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

Thayná de Melo Silva⁴⁸

Prof. Ma. Idelcelina Barros Ximenes⁴⁹

Resumo: Neste presente artigo objetiva-se a análise dos deveres das famílias perante as crianças e adolescentes que cometeram atos infracionais, evidenciando conforme previsto na legislação as responsabilidades que a família deve ter para que estes jovens sejam amparados e tenham os seus direitos efetivados. O estudo consiste em uma pesquisa bibliográfica, com materiais descritivos e expositivos para responder qual o papel da família no processo de ressocialização de crianças e jovens em situação de conflito com a lei, partindo-se da história da construção de seus direitos no Brasil; definições sobre ressocialização e das medidas socioeducativas aplicadas e reflexões sobre o papel da família na ressocialização destas criança e adolescentes. Assim, conclui-se que cabe às famílias o amparo, apoio e o desenvolvimento psicossocial. No entanto é necessária a colaboração entre a família, Estado e Sociedade no processo de desenvolvimento desses jovens, garantindo em conformidade com o Estatuto da criança e do adolescente a aplicação eficaz dos seus direitos e a devida cobrança dos seus deveres. Ademais, neste estudo verificou-se as possibilidades de medidas a serem aplicadas nestes menores que cometem atos infracionais e suas respectivas consequências.

Palavras-chaves: Família; Ressocialização; Criança e adolescente; Medidas Socioeducativas; Estatuto da Criança e do Adolescente.

Abstract: This article aims to analyze the duties of families towards children and adolescents who have committed infractional acts, highlighting as provided in the legislation the responsibilities that the family should have so that these young people are supported and have their rights enforced. This study uses a bibliographic research methodology, with descriptive and expository materials. The paper will be divided into three chapters: the first deals with the historical background of children and adolescents in Brazil; the second deals with the concept of re-socialization and the socio-educational measures applied in this process; and the third deals with the role of the family in the re-socialization of children and adolescents. Concluding, therefore, that it is necessary the effective operation of the pillar family, State and Society in the development process of these youngsters, guaranteeing in accordance with the Statute of the child and adolescent the effective application of their rights and the due collection of their duties. Moreover, this study verified the possibilities of measures to be applied in these minors who commit infractional acts and their respective consequences.

Keywords: Family; **Resocialization; Child and teenager; Educational measures; Child and Adolescent Statute.**

48. Graduanda em Direito pelo Instituto de Ensino Superior ICEV.

49. Graduada em direito pela Universidade Federal do Piauí. Especialista em Direito Público pelo CEUT. Mestre em Educação pela Universidade Federal do Piauí. email: idelcelina.ximenes@grupocev.com.

1. INTRODUÇÃO

A falta de acesso aos direitos da criança e do adolescente, pode torná-los vulneráveis à criminalidade, comprometendo o seu desenvolvimento integral, que implica negativamente no seu desenvolvimento enquanto cidadão. Desta forma, a criança ou adolescente por falta do atendimento das prerrogativas legais, como por exemplo, sua escolarização, torna-se mais suscetível a cometer os atos infracionais, e mesmo após submetidas às medidas socioeducativas, podem reincidir, contribuindo, assim, para a sua exclusão social.

A Ressocialização visa diminuir a reincidência e promover a reintegração social, sendo eficaz somente se consideradas as necessidades e circunstâncias individuais dos sujeitos e aplicadas eficientemente às medidas socioeducativas. O Conselho Nacional de Justiça - CNJ no ano de 2020 afirmou que a cada 10 adolescentes que cometeram atos infracionais, 8 não reincidiram no crime por cumprimento adequado dessas medidas, porém, cabe ressaltar a importância de vários segmentos da sociedade na reintegração, principalmente da família, que tem o papel importante no desenvolvimento do indivíduo.

Entretanto, o trabalho infantil, a drogadição, as prostituições exemplificam a problemática em consequência do descumprimento dos deveres das famílias, Estado e Sociedade, quando estes não possuem uma estrutura desenvolvida para a garantia dos direitos da criança e do adolescente.

No entanto, quando se trata de culpabilização sobre o problema dos jovens em conflito com a lei, há uma divergência de opiniões e muitos atribuem ao Estado a culpa, outros às escolas e as famílias. Todos são responsáveis legais pela Educação e desenvolvimento de crianças e adolescentes, sendo necessária a conscientização de cada partícipe deste processo. Porém, a família é a base da formação humana, é o local de socialização primária, onde se aprende o que é certo, errado e se internaliza as normas sociais.

Esta investigação analisa o papel da família na ressocialização de crianças e adolescentes, demonstrando que além da aplicação das leis, é possível o apoio de medidas socioeducativas, como também constatar os direitos e deveres dos pais perante estes menores. Busca evidenciar os fatores que levam estes menores a praticarem atos infracionais, dentre as quais se aborda a falta de amparo familiar, condição social, violências físicas e psíquicas sofridas por eles.

O estudo fundamentou-se teoricamente em autores tais como: Veronese (2009) e Gagliano e Pamplona Filho (2014), norteando-se no Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), que foi criado para assegurar os direitos das crianças e adolescentes fixando medidas de proteção e assistência a serem executadas em conjunto pela família, sociedade e Estado, e proteção também no cometimento de ato infracional pela família em conjunto com o Estado e sociedade.

O estudo se torna relevante pela validação do papel da família na orientação da reintegração do menor em conflito com a lei na reinserção social, e, desta forma, pode apontar caminhos para o enfrentamento de dificuldades na ressocialização desses sujeitos, visto que é essencial a educação no amparo e apoio da família para resolução desta ressocialização na sociedade, sendo imprescindível o apoio da família, comunidade e justiça, para que haja equidade e melhorias à vida desses menores, com o intuito de evitar que se tornem futuramente, adultos delituosos.

A temática investigada foi escolhida baseando-se nas inúmeras reportagens nos dias atuais acerca do aumento da criminalidade de menores no Brasil. Enquanto estudante da lei, a investigadora pôde observar que apesar de existir tanto amparo e proteção no auxílio à criança e ao adolescente em conflito, ainda faltam incentivos sociais que contribuam com o amparo familiar como um todo, promovendo ações na comunidade incentivando a participação de todos com o objetivo de diminuir a criminalidade antes que sejam utilizadas medidas extremas pelo Estado a estes sujeitos.

Ademais, foi possível observar que para a ressocialização acontecer é necessário não só o acompanhamento ao jovem neste processo, mas também para a família envolvendo medidas socioeducativas, intervenção de profissionais, rede de apoio, pois muitas vezes as famílias desconhecem os seus deveres no processo educativo, sobretudo na ressocialização de crianças e jovens, uma vez que a família é

a principal fonte de apoio emocional. Desta forma, surgiu o seguinte questionamento: Qual é o papel da família no processo de ressocialização do menor em conflito com a lei?

O estudo teve como objetivo geral analisar o papel da família na ressocialização da criança e do adolescente em conflito com a lei e objetivou, especificamente, apresentar uma evolução da legislação que protege a criança e o adolescente; Refletir sobre a aplicação das medidas socioeducativas nas crianças e adolescentes; Apontar na legislação sobre o dever da família durante o processo de ressocialização da criança e do adolescente, a identificação dos padrões familiares estruturantes e o auxílio a essas famílias durante o processo de ressocialização do menor que cometeu ato infracional.

Metodologicamente utilizou-se a revisão bibliográfica como forma de explorar o assunto, corroborando com autores que têm o conhecimento da pesquisa, construindo uma base teórica apta a segurar o objeto de estudo, fazendo uso de legislações, artigos científicos, livros, reportagens jornalísticas, bem como pesquisas em sites sobre o tema proposto, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O trabalho está estruturado e organizado além da parte introdutória em três capítulos abordando respectivamente, no primeiro capítulo: o menor infrator no Brasil, no segundo capítulo: a aplicação de medidas socioeducativas nesse processo de reintegração e no terceiro capítulo: o papel da família na ressocialização deste menor infrator em conflito com a lei.

2. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO BRASIL

A análise da trajetória histórica dos direitos das crianças e adolescentes iniciou-se a partir do século XIX quando o problema do menor infrator começou a atingir o mundo inteiro, inclusive o Brasil, com o crescente desenvolvimento das indústrias, a urbanização, o trabalho assalariado, os pais ficaram sujeitos a sair para trabalhar conseqüentemente deixando os seus filhos vulneráveis, acarretando ao cometimento de atos infracionais, favorecidos pelas próprias condições socioeconômicas.

A historicidade da legislação brasileira que trata a respeito da temática, encontra-se a princípio o Código de Menores (1927), também chamado de Código Mello Mattos em homenagem ao Juiz autor do projeto, que teve vigor na Legislação Brasileira. Esta lei foi precursora dos modelos de suporte que estavam longe de fazer uma mudança concreta na vida da criança. Este Código de Menores assentava-se em parâmetros subjetivos como “desvio de conduta” para justificar a internação, ou tratamentos de cunho educacional, psicopedagógico, ocupacional, segundo Veronese (2015, p. 41). A referida autora enfatiza que crianças e jovens eram vistos e tratados de uma forma negativa e excludente por grande parcela da sociedade, que os tinham como perigosos ou estando em perigo, por abandono, carente, em situação de rua, que apresentavam conduta antissocial, eram doentes ou tinham alguma deficiência. Portanto, uma parte da sociedade preocupada com a questão dos direitos humanos, ficava indignada por essas crianças e jovens ficarem confinados em instituições, sendo reprimidos, corrigidos de forma perversa, o que não levava a resultados positivos para esses sujeitos.

Neste movimento de não conformidade ao tratamento prestado a crianças e jovens, alguns estudos, partindo de uma perspectiva mais humanista, começaram a contestar como se estruturava o Código de Menores de 1927, levantando uma série de questionamentos até chegar em diversos artigos previstos nas legislações atuais vigentes. Ou seja, não só deu deveres aos cidadãos com relação às crianças e adolescentes, mas como também o direito de acionar o Estado quando esses deveres forem descumpridos, garantindo como um marco para o início de leis, projetos, ações sociais e estatutos.

Nos anos subsequentes, mais precisamente na década de 90, o Estatuto da Criança e do Adolescente originou uma série de mudanças relacionadas à infância no Brasil referente à proteção quanto aos direitos fundamentais da criança e do adolescente em seu desenvolvimento, físico, intelectual, afetivo, social e cultural. Ressaltando que é dever do Estado, família e sociedade zelar pelo cumprimento de tais direitos.

Segundo Sartório (2006, p.4), o menor autor do ato infracional, “refere-se ao adolescente a quem se atribui autoria de ato infracional”. De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), considera-se criança o indivíduo que tem até 12 anos incompletos. Aqueles com idade entre 12 e 18 anos são considerados adolescentes.

A adolescência é vista como uma fase onde é notável o afastamento da família, a rebeldia, a crise

da identidade, a conquista por espaços ou até mesmo uma sensação de pertencimento a determinados grupos. Mesmo estando todos no mesmo convívio social, cada adolescente se comporta de forma única, devendo a sociedade respeitar a sua subjetividade. Entretanto, a probabilidade deste sujeito infracional está associada a vários aspectos. Dentre os fatores mais comuns a serem ressaltados estão o alto índice de vulnerabilidade, afastamento do âmbito escolar, uso e abuso de drogas, presença de todos os tipos de violência.

Retratando um pouco da realidade exposta no País, é perceptível que por mais que a fome, a pobreza, os maus tratos, ocasionados dentro e fora do ambiente familiar, sejam motivos significativos para o cometimento de atos infracionais por eles, a falta dos mesmos na escola podem aumentar ainda mais a quantidade de jovens participando de crimes.

Em uma pesquisa feita no ano de 2022 pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF, online, 2022), dois milhões de crianças e adolescentes de 11 a 19 anos não estão frequentando a escola no Brasil. É muito comum no contexto educacional atual brasileiro que a evasão escolar, por isso, é tão significativa na aplicação das medidas socioeducativas para as crianças, não só a “correção” dos mesmos, mas também o ensinamento dos coeficientes que são e serão imprescindíveis para um retorno a sociedade mais eficaz, reconhecendo-se a importância do hábito de frequentar a escola.

É necessária a aplicação de medidas que contribuam com a família, com a sociedade de modo geral, para o incentivo que este menores permaneçam na escola e continuem seu processo de escolarização, pois, por mais vulnerável que seja a família, é necessário instruí-las e apoiá-las e sensibilizá-las para a importância da escola na formação de criança e jovens sob a sua responsabilidade. As escolas são mais que uma obrigação diária, o ambiente escolar pode proporcionar prazer em aprender, em desenvolver o coletivo, em praticar atividades como esporte, por exemplo, em contribuição para o seu próprio desenvolvimento como ser humano.

3. A RESSOCIALIZAÇÃO E A APLICAÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO

Nos estudos voltados para a realização desta pesquisa é notório que a criminalidade envolvendo crianças e adolescentes vem crescendo nos últimos anos. Esse cenário tem gerado sentimentos como medo e insegurança na sociedade como um todo, pois este é um problema que se concentra em qualquer lugar, cidade, seja ela grande ou não.

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) não traz apenas os direitos das crianças e adolescentes, mas também seus deveres e responsabilização pelos seus atos. Ademais, estas medidas contribuem de maneira pedagógica para os valores sejam eles sociais ou pessoais ao adolescente autor de ato infracional que será responsabilizado por determinação judicial para o cumprimento das medidas socioeducativas. Em consonância a isto:

Veronese e Lima (2009) explicam que o ECA prevê a responsabilização do adolescente pelo seu ato infracional, pois se aplica uma sanção e o adolescente é obrigado a cumpri-la, mas não vê a medida socioeducativa como uma sanção penal e sim, necessariamente, como uma medida de caráter pedagógico educativo e privilegia as necessidades pedagógicas que promovam o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários. As intervenções pedagógicas junto ao adolescente devem ser obrigatoriamente pedagógicas e não punitivas, para que se cumpra o que a medida pretende: que é “o resgate desta pessoa humana, inimputável penalmente que, no entanto, transgrediu normas” (VERONESE; LIMA, 2009, p.35 apud ARAUJO; DAIUTO, 2017, p. 223).

Como previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, as medidas socioeducativas podem acontecer em liberdade, em meio aberto ou, com privação de liberdade, por meio de internação. Entretanto, independentemente de a medida ser cumprida em qualquer um dos meios citados acima, para que o objetivo dela seja alcançado e este adolescente não volte a praticar os mesmos atos, é de suma importância o acompanhamento não só do menor, mas também da sua família como um todo.

Como já debatido anteriormente, problemas no âmbito familiar são um dos principais motivos que levam o adolescente a cometer um ato infracional, desse modo, a ausência da família na participação

das medidas socioeducativas acarreta a reincidência, tendo em vista que, quando esses jovens voltam do cumprimento de uma medida os pais não sabem lidar com eles.

As medidas são as seguintes: advertência, obrigação de reparar o dano, liberdade assistida, prestação de serviço à comunidade, semiliberdade e internação. Não pode, pois, o adolescente ser responsabilizado penalmente. A finalidade da medida é, desse modo, a reinserção social e familiar. Tendo está um caráter psicopedagógico. Apontando então as principais perspectivas das medidas é possível que cada uma delas tenha singularidades próprias, a seguir pautadas.

3.1 ADVERTÊNCIA

De acordo com o artigo 115 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) a medida socioeducativa de advertência consiste em uma repreensão verbal, executada pelo juiz, requerida pelo promotor de justiça, dirigida ao adolescente que não apresenta antecedentes que cometeu ato infracional de pouca gravidade.

Esta medida socioeducativa, portanto, é destinada ao autor de um ato infracional de menor potencial ofensivo, ou seja, é uma medida mais branda e de caráter pedagógico com o objetivo de orientar este adolescente em conflito com a lei.

3.2 OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO

Prevê o Estatuto no seu artigo 116 que esta medida tem por objetivo restituir ou compensar o prejuízo causado à vítima decorrente do ato infracional. Além disso, vincula-se esta medida ao ato infracional que promove reflexos patrimoniais à vítima. Ademais, não afasta a compreensão do menor quanto às consequências do seu ato, pois é de suma importância para que o mesmo seja reinserido socialmente.

3.3 LIBERDADE ASSISTIDA

A aplicação dessa medida elencada no artigo 188 tem por objetivo a recuperação do indivíduo, com a presença de uma forte fiscalização e acompanhamento, promovendo apenas uma limitação a sua liberdade, mas não a retirada do seio familiar, fazendo está o cerne para o processo de ressocialização juntamente com a rede de apoio. Ademais, a liberdade assistida não possui um prazo máximo, devendo estender-se pelo período que for necessário.

3.4 PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE

Esta medida, assim como a citada anteriormente tem seus cumprimentos condicionados ao meio aberto, com o objetivo de promover ao reintegrando a oportunidade de refletir sobre os seus atos, se sentir adentrado na sociedade, propiciando a este adolescente a sensação de pertencimento utilitário para a comunidade. Além disso, extraído do artigo 117, esta medida tem caráter pedagógico, não sendo fornecido qualquer tipo de trabalho, horário e local, conservando a sua integral proteção.

3.5 SEMILIBERDADE

Contextualizada no artigo 120, a semiliberdade limita o direito de ir e vir do adolescente, proporcionando ao mesmo possibilidades para a sua reintegração à sociedade. Entende-se que através da busca por esta reintegração é que o adolescente compreenda e o faça refletir a respeito das regras, porém, através de um processo educacional.

Ademais, como possível comprovação da rede de apoio responsável pela fiscalização da evolução ou não do mesmo, faz-se necessário a construção de relatórios e sendo estes positivos, a medida pode transitar para o meio aberto. Vale destacar que em regime de semiliberdade, poderá o menor infrator fazer uso de tornozeleira eletrônica.

3.6 INTERNAÇÃO

Prevista no ECA, essa medida socioeducativa tem o caráter mais restritivo, exclusivo para os atos graves, retirando o adolescente do seu direito completo de liberdade. Apesar de ser uma medida mais agressiva, faz-se necessário que o adolescente não entenda como uma forma de impunidade, não sendo uma medida absoluta, pois sempre será analisado individualmente à medida que melhor auxiliará o

adolescente a não cometer novamente atos infracionais.

Para sua aplicação, devem estar presentes os seguintes requisitos:

Art. 122. medida de internação só poderá ser aplicada quando:

I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa;

II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;

III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

§ 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.

§ 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

Importante salientar, que além de obedecer o devido processo legal, o adolescente deverá cumprir a medida em estabelecimento exclusivo para adolescentes, onde deverão ser separados por idade, condições físicas e gravidade do ato cometido, para a melhor segurança de todos.

Finalizando esta linha de raciocínio, a utilização de uma Medida Socioeducativa para a reinserção social de um adolescente, não se resume ao ato infracional cometido por ele, como também o fornecimento de apoio pedagógico individualizado, cooperando para o crescimento no âmbito social, pessoal e familiar.

Em vista disso, é fundamental que a Medida Socioeducativa venha a ser uma alternativa de explorar as potencialidades, as competências e as habilidades dos adolescentes em conflito com a lei. Tendo como foco a construção de novos valores para esse menor, proporcionando em definitivo a relação do adolescente com a prática de ato infracional.

Entretanto, para almejar um resultado concreto, promovendo a mudança nesse menor em conflito com a lei, é preciso ações desenvolvidas por instituições, voltadas não só para o menor, mas também para a família, a sociedade como um todo, visando a tentativa na reinserção do âmbito escolar e, conseqüentemente, no exercício de uma profissão. Ademais, nessa ótica será tratado no capítulo seguinte o quanto é importante o papel da família nessa reintegração da criança e do adolescente.

4. O PAPEL DA FAMÍLIA NA RESSOCIALIZAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Será apresentado neste capítulo o papel da família junto a ressocialização da criança e do adolescente, demonstrando o quanto a família é essencial na constituição do indivíduo, pois é no seio familiar que a criança aprende os princípios de convivência, se desenvolve, expressa sentimentos e vontades.

Dita a Constituição Federal de 1988 em seu art. 227:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

A formação da personalidade e caráter do indivíduo está relacionada à estrutura familiar, onde conseqüentemente esses reflexos serão notados no futuro, é no seio familiar que a criança e ao adolescente desenvolvem as bases emocionais e o morais, formando o seu caráter espelhado-se em exemplos de pessoas do seu convívio. Uma boa relação familiar pode evitar significativamente no cometimento de atos infracionais, prevenindo a criminalidade, a marginalização e exclusão social, porém existem fatores que dificultam a família nesta importante função, como por exemplo, a dificuldade em disciplinar os filhos; a falta do diálogo e a ausência dos pais, sem desconsiderar a influência do contexto socioeconômico e cultural nos quais estão inseridos.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 52), a família é, sem sombra de dúvida, o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo, é na sua ambiência em que vivenciamos as nossas maiores angústias, frustrações, traumas e medos.

A importância da família neste processo de ressocialização exerce referência importante ao adolescente, o amparo de uma família bem estruturada, de uma boa educação, da presença na escola dos integrantes dessa família, de uma inclusão ao mercado de trabalho, uma boa relação com a sociedade como um todo. Além disso, é necessário que nesse processo de ressocialização, não só o autor da infração, mas também as famílias sejam auxiliadas perante a rede de apoio fornecida pelo próprio Estado, para que se sensibilizem perante o processo de reintegração desse adolescente.

Quanto à responsabilidade da Família, Alvez (2010, p. 129) expõe que este é “O principal agente de socialização, devendo ser parceira e participe das ações no processo de formação da identidade pessoal e social da criança e do adolescente.” Porém, nos dias atuais é perceptível a ausência dos princípios familiares, podendo constatar que o cometimento dos atos infracionais por essas crianças e adolescentes são consequências de um convívio familiar conflituoso, ausência de imposições dos pais, sejam eles limites, ou até mesmo a presença diária desse autor na escola. Por isso, para uma ressocialização efetiva, é de suma importância o resgate dos valores familiares, resgatar a presença em si da família com programas, ações que estimule e fortaleça a união da família mediante os princípios como respeito e solidariedade.

4.1 CARACTERIZAÇÃO DA FAMÍLIA NA ATUALIDADE

Existem várias configurações familiares na atualidade, entretanto, apesar dessa constante modificação na sociedade, a família sempre será regida pelos mesmos princípios e objetivos que são por exemplo, preservar, educar, proteger, amparar, entre outros, os sujeitos que fazem parte dela.

As famílias têm se adaptado às novas formas de existência oriundas das mudanças da sociedade que vão desde o conflito entre os valores antigos e os novos, além da coexistência de interações enquanto uma rede dinâmica e ampla que envolve aspectos cognitivos, sociais, afetivos e culturais que fazem com que a família não mais seja definida apenas pelos laços de consanguinidade, mas sim por um conjunto de variáveis, incluindo o significado das interações e das relações entre as pessoas. (ASSIS, 2014, p.27).

A sociedade moderna traz consigo diversas modificações no âmbito familiar, com mudanças por exemplo, no campo cultural e político. A família sempre será um núcleo essencial para qualquer sociedade. Todavia, a aceitação de família engloba não somente um vínculo materno e/ou paterno, mas também formada por avós, irmãos, tios e sobrinhos e até mesmo vizinhos. A essência da palavra família continua a mesma, porém os sujeitos presentes nesta característica familiar evoluíram bastante com o decorrer do tempo.

Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 45) definem que “família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo sócio afetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”. O conceito de família assumiu nos dias atuais uma concepção múltipla: ligados por traços biológicos e socioafetivos, estabelecendo vínculos sinceros que contribuem para o desenvolvimento das suas personalidades. Entretanto, por mais que a sociedade tente concretizar um conceito ideal para a família, não será possível, visto que, como citado anteriormente, é uma realidade que está em constante mudança.

Não obstante, por doutrinadores e pela própria legislação, são reconhecidas algumas premissas que auxiliam na compreensão da concepção familiar. Existem atualmente no Brasil, se estendendo para o mundo, uma diversidade de entidades familiares, onde a afetividade entre os integrantes é um fator determinante. A família é vista como parte importante na estruturação da sociedade, que deve efetivar-se no princípio da dignidade humana, assegurando os direitos de personalidade dos seus integrantes.

4.2 CONSEQUÊNCIAS PARA O DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES DA FAMÍLIA PERANTE A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

A medida socioeducativa é de suma importância para uma eficaz reeducação do autor infracional, entretanto, é necessário o auxílio da família, sociedade de modo geral. Na inserção da criança ou

adolescente para a sociedade é necessário de amparo, acolhimento, formas de tratamento nas quais consigam colocar em prática todas as reflexões, ensinamentos desenvolvidos durante o processo de ressocialização.

Assim, Muniz Freire (2022, p. 10) relata que a família, ou uma relação parecida que o jovem possuir, é a base fundamental para a ressocialização completa do menor infrator, pois são os principais influenciadores e moldadores da formação, desenvolvimento e personalidade dos jovens. Portanto, não sendo a ressocialização um processo fácil, uma família bem estruturada é fundamental.

No entanto, existem famílias por diversos fatores culturais, sociais, que não encaram a ressocialização dos seus entes familiares, fazendo com que essa criança ou adolescente não pratiquem os ensinamentos da rede de apoio, das próprias medidas socioeducativas aplicadas, tornando-as reincidentes dos atos infracionais praticados. A capacidade da família de influenciar menores, a depender do cenário familiar existente, pode ser transformador para eles, como também ser gatilho para cometimento de mesmos atos ou até mesmo novos. O Estado tem o dever de punir os pais que não exercem as suas funções corretamente, visto que é na maioria das vezes dentro do seio familiar que surge um “menor infrator”. É imprescindível a previsão de mecanismos para impedir a omissão dos pais quanto aos seus deveres familiares.

As punições para estes deveres não cumpridos vão desde sanções administrativas até a perda do poder familiar, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente e Código Civil. A referida alegação é facilmente constatada no artigo 129 do ECA onde estão algumas medidas aplicadas aos pais ou responsáveis, como por exemplo, obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar, perda da guarda e inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos. O Código Civil pune até mesmo com a perda do poder familiar, em casos por exemplo de abandono, ou pais que castigam moderadamente os seus filhos, elencados no rol do artigo 1.638.

Diante disso, Araújo Júnior (2019, p.187) afirma que existem as responsabilidades individuais da família, do Estado e da sociedade, e essas responsabilidades iniciam-se com os pais ou responsáveis que tem a principal missão de educar, orientar, conversar e entender, corrigir, quando vislumbram necessidade. Além dessas responsabilidades é importante demonstrar carinho, afeto e prover cuidados. O Estado, logo depois dos pais, contribui para o desenvolvimento dessa criança e adolescente fornecendo lazer, educação, saúde, arte e cultura. E a sociedade, no auxílio do seu desenvolvimento não só pessoal, como também profissional, proporcionando experiências no meio coletivo.

4.3 SISTEMAS DE ATENDIMENTOS VOLTADOS PARA O PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO

Demonstrado nos tópicos anteriores desta pesquisa o papel da família juntamente com a sociedade no processo de ressocialização, será refletido no futuro cidadão, a presença significativa de sistemas criados pelos Estado para a contribuição deste processo.

É importante destacar que somente família e sociedade não são capazes de explorar a fundo o desenvolvimento psicossocial destes jovens, por isso necessário a participação plena do conjunto família, Estado e sociedade, pois as pessoas jurídicas como o Estado, têm os recursos necessários para o desenvolvimento de programas que corroboram com o desenvolvimento dos indivíduos. O Estado, atua nesse aspecto de forma considerável, visto que é através deles a promoção de programas sociais, para as crianças e adolescentes como por exemplo, escolas e creches, para as famílias e sociedade em geral, oportunidades no mercado de trabalho.

São as pessoas jurídicas que irão planejar e executar os programas de proteção, orientação e apoio sociofamiliar e socioeducativo, colocação familiar, acolhimento institucional e socioeducativo, assim como a prestação de serviços à comunidade, conforme disposição presente no artigo 90 do ECA (BRASIL, 1990).

Ademais, a legislação brasileira prevê políticas de atendimento que enfatizam os direitos e as garan-

tias das crianças e adolescentes, objetivando principalmente que estes não adentrem ou permaneçam na temida situação de vulnerabilidade social, além disso, assegurar a reestruturação familiar dos mesmos e contribuir no processo de ressocialização perante a aplicação das medidas socioeducativas.

4.3.1 CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - CONANDA

Criado pela Lei n 8.242 de 1991, o CONANDA compõe conforme previsto no Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania (online, 2018) nas atribuições da Presidência da República, competindo-o a elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos das crianças e do adolescente, fiscalizando as ações de execução, observadas as linhas de ação e diretrizes estabelecidas pelo ECA, cuidar da aplicação de política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

Além disso, outras competências que podem ser atribuídas ao CONANDA, como por exemplo a fiscalização das ações promovidas aos direitos da infância e adolescência executadas por organismos governamentais e não-governamentais, apoio aos Conselhos Estaduais e Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente, a definição das diretrizes para a criação do funcionamento destes conselhos, como também os conselhos tutelares e o estímulo, apoio e promoção da manutenção de bancos de dados com informações sobre a infância e adolescência.

4.3.2 PLANO INDIVIDUAL DE ATENDIMENTO - PIA

De acordo com o Instituto Geração do Amanhã (2023):

O PIA orienta e sistematiza o trabalho desenvolvido pelo serviço de acolhimento juntamente com os demais serviços, projetos e programas da rede local, mesmo após o desligamento da criança ou do adolescente. A obrigatoriedade da elaboração do Plano, aliás, está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Os processos de elaboração começam imediatamente com a entrada da criança ou do adolescente e tem citados nesta pesquisa alguns objetivos importantes como, a garantia do direito à convivência familiar, preservação e fortalecimento de vínculos familiares, reintegração familiar segura e eficaz, proteção aos desenvolvimentos da criança e do adolescente durante o processo de acolhimento e contribuição para fortalecer a autonomia destes.

Portanto, o PIA, na visão de Nucci (2021, p.896) contemplará a participação dos pais ou responsáveis, os quais têm o dever de contribuir com o processo ressocializador do adolescente, sendo elaborada por uma equipe técnica do respectivo programa de atendimento. Através dessas políticas de atendimento os jovens poderão ter os seus direitos como saúde, lazer, educação, uma vida digna e cheia de oportunidades, amparados, acolhidos e preservados, se estas mesmas forem aplicadas com a total responsabilidade que a lei prevê.

4.3.3 SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO- SINASE

O SINASE em sua política contribui para a inclusão do adolescente em conflito com a lei relacionado a demais elaborações nos âmbitos político, familiar e social. Ademais, é um sistema constituído por princípios, regras, em caráter diversos como pedagógico, financeiro e administrativo que se inicia no reconhecimento do ato infracional até a aplicação das medidas socioeducativas.

Em sua Lei 12.594 de 2012 observa-se algumas das responsabilidades comuns a União, Estados e Distrito Federal para este sistema, como por exemplo, atuar na promoção de políticas que estejam em sintonia com os princípios dos direitos humanos e contra o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e intolerância correlatas; implementar programas em parceria com a sociedade civil organizada, ONG's e instituições afins com o propósito de garantir os direitos das populações e grupos discriminados, desfavorecidos ou em situação de vulnerabilidade social e garantir a transparência dos atos públicos pertinentes à execução das medidas socioeducativas.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo teve a finalidade de analisar o papel da família no processo de ressocialização da criança e do adolescente, suas previsões na lei, papel este que será executado com o apoio do Es-

tado e também da sociedade. E constatou-se, que a família deve ter um zelo maior em relação a esses jovens, onde o futuro deles está atrelado a estrutura familiar, ainda mais, que é de suma importância ações para que a família possa reconhecer de fato os seus deveres e meios que auxiliem na execução dos mesmos.

Avaliou-se também, as medidas socioeducativas estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, caracterizando e conceituando-as, também na sua previsão legal e os sujeitos aos quais recaem tais medidas. Além disso, uma análise não só da família, mas também Estado e sociedade nas falhas que pudessem contribuir para o cometimento de atos infracionais.

Contatou-se que no processo de ressocialização do menor, as medidas socioeducativas são essenciais para que o jovem não seja apenas punido, mas também que ele possa refletir nas consequências dos seus atos, que tenha oportunidade de ser inserido no meio social com dignidade, tendo oportunidades que possa contribuir no seu desenvolvimento pessoal e profissional. Entretanto, não só as medidas serão completamente eficazes neste processo, é com o amparo familiar e apoio da sociedade que essa criança ou adolescente irá se inserir positivamente no convívio social e possivelmente não se tornará um jovem reincidente.

Importante ressaltar que se torna necessário investir em programas de orientação para pais com a finalidade de instrumentalizá-los para poderem lidar de forma mais adequada com seus filhos adolescentes, auxiliando-os a fornecer orientações mais precisas que sirvam de referência para os adolescentes frente a situações que necessitem de reflexão e tomada de decisões. Assim, podem os pais tentarem reduzir seus conflitos frente à adolescência dos filhos e esses, por sua vez, podem ver os pais como um suporte emocional singular ao qual podem recorrer diante das dificuldades de ajustamento que enfrentam.

Como análise de maneira sucinta de todos os fatos relatados neste estudo, é possível perceber que a criança ou o adolescente que cometeu ato infracional não devem ser tratados como “ criminosos”, mas sim como sujeitos num momento de vulnerabilidade que é esse processo de crescimento e amadurecimento e que precisam de apoio, visando seu retorno ao convívio social e ao seio familiar.

Após feitas essas observações, nota-se que o tema discutido possui grande importância para a sociedade, vez que os jovens serão os próximos adultos, ou seja, a próxima geração do país, por isso os ensinamentos e a forma que a família, sociedade e o Estado conduzem a educação das crianças e dos adolescentes é de suma importância.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cinthya Maria Costa. **Família: contribuição no processo de ressocialização do adolescente em conflito com a lei**. Disponível em: Acesso em: 16 nov. 2018.

ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2019. E-book. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597019148/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml5\]/4/44/1:20\[913%2C-1\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597019148/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml5]/4/44/1:20[913%2C-1]) Acesso em: 16 de out. 2022.

ASSIS, Cristina Ferreira. **A relação família-escola em um território de alta vulnerabilidade social: um estudo de caso em Mariana/MG**. 122 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Departamento de Educação, Programa de Pós-Graduação em Educação, Instituto de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2014.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei nº 12.594 de 18 de janeiro de 2012**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 03 de maio. de 2023.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 03 de maio. de 2023.

BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 03 de maio. de 2023.

Brasil. Constituição 1998. Constituição Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 2020.

FREIRE, Muniz. Estatuto da criança e do adolescente. 1ª Edição. Rio de Janeiro: **Método**, 2022. E-book. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559645688/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml5\]!/4/48/2/2/4/1:0\[%2CCDU\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559645688/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml5]!/4/48/2/2/4/1:0[%2CCDU]) Acesso em: 10 out. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família** / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações**. São Paulo: Saraiva, v. 2.

GOV. **Conselho Nacional dos Direitos da criança e do Adolescente**. Disponível: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/conanda>. Acesso em: 20 jun. de 2023. Instituto Geração do amanhã. Plano Individual de Atendimento. Disponível: <https://geracaoamanha.org.br/plano-individual-de-atendimento-pia/#:~:text=O%20PIA%20deve%20conter%20objetivos%2C%20estrat%C3%A9gias%20e%20a%C3%A7%C3%B5es%20para%20garantir,a%20preserva%C3%A7%C3%A3o%20da%20conviv%C3%Aancia%20comunit%C3%A1ria%2C>. Acesso em: 10 de abril. de 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 5ª Edição. São Paulo: Forense, 2021. E-book. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530992798/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4\]!/4/46/2/2/4/1:0\[%2CCDU\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530992798/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4]!/4/46/2/2/4/1:0[%2CCDU]) Acesso em: 05 out. 2022.

SARTÓRIO, Alexandra Tomazelli. **O contexto do adolescente em conflito com a Lei**: expressão da Questão Social. Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social – ENPESS. Recife, 2006.

UNICEF. **Dois milhões de crianças e adolescentes de 11 a 19 anos não estão frequentando a escola do Brasil**, alerta UNICEF. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/dois-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-de-11-a-19-anos-nao-estao-frequentando-a-escola-no-brasil>. Acesso em: 20 de maio. de 2023.

VERONESE, J.R.P.; LIMA, F.S. O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE): breves considerações. **Revista Brasileira da Adolescência e Conflitualidade**, v. 1, n. 1, p. 29-46, 2009.

VERONESE, Josiane Rose Petry; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPOPRE, Paulo Eduardo. **Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas**. São Paulo: Saraiva, 2015.

O PAPEL DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NA GARANTIA DE DIREITO À PROPRIEDADE COLETIVA DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS DE ALCÂNTARA-MA

Vitória Pessoa Costa⁵⁰

Yuri Furtado Guimarães⁵¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a violação do direito à propriedade coletiva das comunidades quilombolas de Alcântara perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Com metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, com materiais descritivos e expositivos. O trabalho se dividirá em seis capítulos: o primeiro sobre a construção do Centro de Lançamento de Alcântara (CLA); o segundo tratará do caso das comunidades quilombolas de Alcântara no Poder Judiciário brasileiro; o terceiro discorrerá sobre o processamento de tal caso no Sistema Interamericano de Direitos Humanos; o quarto falará sobre o direito à propriedade coletiva das comunidades quilombolas de Alcântara; o quinto analisará a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela violação do direito à propriedade coletiva; o sexto comentará do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) como instrumento jurídico. Concluindo-se que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é um instrumento jurídico para assegurar o direito à propriedade coletiva das comunidades quilombolas de Alcântara-MA.

Palavras-chave: Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Direito à propriedade coletiva; Quilombolas.

Abstract: The present article aims to analyze the violation of the right to collective property of Quilombola communities in Alcântara within the Inter-American Human Rights System (IAHRS). Using bibliographic and documentary research methodology, with descriptive and expository materials, the work will be divided into six chapters: the first focusing on the construction of the Alcântara Launch Center (CLA); the second addressing the case of Quilombola communities in Alcântara within the Brazilian Judiciary; the third discussing the processing of this case within the Inter-American Human Rights System; the fourth elaborating on the right to collective property of Quilombola communities in Alcântara; the fifth analyzing the international responsibility of the Brazilian state for the violation of the right to collective property; the sixth commenting on the Inter-American Human Rights System (IAHRS) as a legal instrument. It is concluded that the Inter-American Human Rights System is a legal instrument to ensure the right to collective property of Quilombola communities in Alcântara, MA.

Keywords: Inter-American Human Rights System; Right to Collective Property; Quilombolas.

50. Graduanda em Direito pelo ICEV – Instituto de Ensino Superior. E-mail: vitoria.costa@somosicev.com. 2 Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (2017).

51. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (2017). Pós-Graduado em História e Cultura brasileira (2021). E-mail: yuri.guimaraes@grupocev.com.

1. INTRODUÇÃO

Diante do pós-guerra, com as atrocidades e os horrores executados aos direitos humanos durante o nazismo, com o Estado como o grande responsável por violar os direitos humanos, surge a necessidade da internacionalização dos direitos humanos como uma garantia de protegê-los. Nesse cenário, é evidenciado que a tutela dos direitos humanos não pode ser restrita à ordem interna de um Estado, uma vez que a proteção dos direitos humanos é um interesse internacional e de relevante preocupação da comunidade global (PIOVESAN, 2023).

Assim, com a necessidade de uma medida internacional eficiente para universalizar os direitos humanos e de implementá-los, surgiu um sistema de proteção internacional dos direitos humanos, tanto no âmbito global como no regional, que consiste em uma sistemática normativa internacional de monitoramento, de controle e de proteção desses direitos. (PIOVESAN, 2023).

Nesse contexto, na América, existe o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) que foi acionado pelas comunidades quilombolas de Alcântara-MA, as quais tiveram seu direito à propriedade coletiva violado pelo Estado brasileiro, com a construção do Centro de Lançamento (CLA). Embora ingressaram com diversas ações judiciais para garantia de tal direito não obtiveram uma prestação judicial.

Diante da falta de solução jurídica desse problema, o presente artigo tem por objetivo discutir a violação do direito à propriedade coletiva das comunidades quilombolas de Alcântara, a partir dos atos do Estado que promoveram a construção do CLA. Além disso, analisar como a legislação interna e a internacional tutelam o direito à propriedade coletiva aos povos quilombolas e a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela violação desse direito. Também pretende refletir sobre a instrumentalidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

Apresentando o papel do Sistema Interamericano como um instrumento jurídico para garantir o direito à propriedade coletiva das comunidades quilombolas de Alcântara-MA, em virtude da sua função institucional de internacionalizar os direitos humanos.

Nesse contexto, o caso é relevante, conforme Lopes (2015, p. 48), pois ao acionar a proteção regional de direitos humanos, coloca-se em uma posição estratégica para a edificação dos direitos dos povos e comunidades tradicionais, sobretudo os quilombolas no Brasil. Ademais, devido à violação da propriedade coletiva das comunidades quilombolas de Alcântara-MA, não viola apenas o direito à propriedade, mas também outros direitos garantidos pela propriedade, uma vez que a terra é um bem indispensável para sobrevivência dos povos remanescentes, além de ser um pressuposto constitutivo de sua identidade.

O trabalho se dividirá em seis capítulos. O primeiro trata da construção do Centro de Lançamento de Alcântara (CLA). O segundo aborda o caso das comunidades quilombolas de Alcântara-MA no Poder Judiciário brasileiro. O terceiro relata sobre o processamento do caso das comunidades quilombolas de Alcântara-MA perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O quarto analisa o direito à propriedade coletiva das comunidades quilombolas de Alcântara com base na legislação interna e internacional. O quinto examina a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela violação do direito à propriedade coletiva. Por fim, o sexto comenta sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) como instrumento jurídico.

Quanto à metodologia usada para elaboração do trabalho, optou-se pela pesquisa bibliográfica e documental, com a leitura de livros, de artigos científicos, de dissertações, de teses, de documentos oficiais, de legislação nacional e internacional, de jurisprudência, de pareceres jurídicos e de notícias. Com esse propósito, realizou-se triagem, leitura e fichamento dos materiais, empregando métodos descritivos e explicativos.

2. A CONSTRUÇÃO DO CENTRO DE LANÇAMENTO DE ALCÂNTARA(MA)

No Brasil, durante o período de 1964 a 1985, sob um governo ditatorial militar, que adotava um plano desenvolvimentista, foi iniciado o programa aeroespacial brasileiro com a construção do Centro de Lançamento de Alcântara (CLA), localizado no município de Alcântara, Maranhão. A partir de um ofício enviado ao governador do estado do Maranhão em 27 de agosto de 1979, o Ministro da Aeronáutica manifestou interesse em utilizar parcialmente o território de Alcântara-MA para a construção do Centro de Lançamento. Além de indicar que o CLA promoveria a economia local e estadual ao impulsionar o setor hoteleiro, estimular a pecuária e modernizar a indústria e a pesca (CIDH, 2020).

Os motivos pelos quais o governo federal escolheu o território do município de Alcântara-MA foram a baixa densidade demográfica e a impossibilidade de ampliar o centro já existente, o Centro de Lançamento da Barreira do Inferno, devido ao processo de urbanização em seus arredores (CIDH, 2020).

Em 12 de setembro de 1980, para o andamento do projeto de construção do CLA, o estado do Maranhão expediu o decreto estadual nº 7.820, declarando a desapropriação de uma área de 52.000 hectares em Alcântara-MA. Essa medida, realizada para fins de utilidade pública, afetou 32 comunidades quilombolas que habitavam a região (CIDH, 2020).

Com o deslocamento forçado dos quilombolas a partir de 1982, o Estado, na tentativa de implementar um “Processo de Transferência e Assentamento de População”, criou conjuntos habitacionais planejados em zonas de reassentamentos designadas como “agrovilas” para realocar as comunidades quilombolas afetadas. Durante esse processo, foi iniciado um estudo socioeconômico e cultural para identificar o perfil das comunidades quilombolas atingidas. Depois do levantamento dos dados físicos e jurídicos dos impactados, constatou-se que a maioria significativa da população era composta por ocupantes. Contudo, as comunidades quilombolas eram categorizadas como “posseiros”, pois careciam de um título legal de propriedade, embora buscassem tal reconhecimento junto ao Estado (CIDH, 2020).

Em dezembro de 1982, foi estabelecido um protocolo de cooperação entre o Ministério da Aeronáutica e o Estado do Maranhão para a implementação do Centro Espacial de Alcântara-MA. Entretanto, apenas em 1º de março de 1983, o governo federal formalizou a criação do Centro de Lançamento de Alcântara com a publicação do decreto nº 88.136. O centro foi estabelecido com o propósito de conduzir e apoiar atividades de lançamento e rastreamento de dispositivos aeroespaciais, além de realizar testes e experimentos alinhados com a Política Nacional de Desenvolvimento Aeroespacial do Ministério da Aeronáutica (CIDH, 2020).

Entre 1982 e 1985, conforme o Relatório de Desapropriação do Comando da Aeronáutica, o Estado aponta que aconteceu o processo de reassentamento das 312 famílias pertencentes às 32 comunidades quilombolas que ocupavam a região conhecida como “Área 1” no plano de instalação do CLA para as agrovilas. Em junho de 1983, aconteceu uma reunião entre os representantes das comunidades quilombolas da “Área 1” e as autoridades estatais, para reivindicarem terras apropriadas para trabalho, acesso à água, área próxima à praia para pescar, áreas para pastagem de animais, obtenção de título definitivo de propriedade, infraestrutura de saúde, transporte, lazer, educação e permanecerem juntos devido aos vínculos familiares e sociais. Além disso, manifestaram seu descontentamento em relação ao reassentamento em agrovilas (CIDH, 2020).

Em 07 de agosto de 1985, o Ministério da Aeronáutica e o Estado do Maranhão firmaram um convênio que delimitou as atribuições de cada parte no processo de desapropriação de propriedades privadas e na identificação de terras devolutas relacionadas à área declarada de utilidade pública. Ademais, o Estado se obrigou, caso necessário, a promover ações judiciais de desapropriação e a transferir para o Ministério a posse e o domínio dos imóveis e terras (CIDH, 2020).

Embora, em 1985, um relatório técnico governamental elaborado pela comissão técnica do Ministério da Reforma e do Desenvolvimento Agrário (MIRAD), composta pelo antropólogo Alfredo Wagner

Berno de Almeida e funcionários do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), tenha recomendado o Estado a não realizar a transferência das comunidades para as agrovilas, posto que a terra era considerada inapropriada para agricultura, longe do mar, o que dificultava a pesca, além de distanciá-las dos laços sociais e afetivos (CIDH, 2020).

3. O CASO DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS DE ALCÂNTARA-MA NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Diante das violações narradas, as comunidades quilombolas de Alcântara-MA, na tentativa de garantir seus direitos violados, ingressaram com várias ações judiciais. Em 1999, ajuizaram uma ação civil pública com o intuito de sustar a concessão de permissões ambientais para o projeto CLA. Durante o trâmite processual, as audiências públicas, devido a uma decisão preliminar do Juiz Federal da Seção Judiciária do Maranhão, foram remarcadas em diversas situações, conseqüentemente, suspensas, em outubro de 2006, ainda não havia proferido a sentença (CIDH, 2020).

Enquanto, em agosto de 2003, o Ministério Público Federal ingressou também com outra ação civil pública contra a União e o INCRA, requerendo a concessão de títulos de propriedade para as terras quilombolas e a extinção da remoção forçada dos moradores da região. Ainda, no mesmo ano, no contexto dessa ação civil pública, o Ministério Público propôs uma ação cautelar contra a Agência Espacial Brasileira e a empresa Alcântara Cyclone Space (ACS), alegando que elas haviam iniciado atividades de construção no território étnico de Alcântara, como o desmonte próximo às comunidades Mamuna, Brito e Baracatatiua. Para remediar essa situação, em 5 de novembro de 2008, as partes homologaram um acordo no qual o Estado concordou em obedecer aos limites do território quilombola, conforme estabelecido no Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (CIDH, 2020).

Acrescenta-se que, cumulativamente a essa ação civil pública, foram impetrados no mínimo cinco mandados de segurança no ano de 2006 em razão das ameaças, perseguições, prisões arbitrárias e destruição de cultura, perpetradas tanto por agentes estatais como por empresas privadas (CIDH, 2020).

Em 13 de outubro de 2006, por meio de um ofício à Assessoria Internacional da Secretaria Especial de Direitos Humanos, o Ministério do Desenvolvimento Agrário informou que reconhecia o território reivindicado pelas comunidades, além de priorizar pelo desenvolvimento paralelo da regularização do território quilombola e do programa espacial brasileiro. Para esse fim, o Grupo Executivo Interministerial de Alcântara foi criado para estruturar uma proposta e acordá-la com os interessados. Em seguimento, o INCRA persistiria realizando suas atividades simultaneamente à implementação do programa espacial brasileiro (CIDH, 2020).

Em 4 de novembro de 2008, o INCRA tornou público o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação do território étnico de Alcântara, informando que a área destinada aos quilombolas foi cerca de 78 mil hectares. Essa publicação era muito aguardada pelas comunidades quilombolas, pois como esse dado o processo de titulação poderia seguir seu trâmite normal (CIDH, 2020).

Em 2003, a Associação de Comunidades Negras Rurais Quilombolas do Maranhão (ACONERUQ) também interpôs uma ação coletiva contra a União e o Estado do Maranhão, requerendo o reconhecimento judicial das comunidades Só-Assim e Itamatatiua como remanescentes de quilombos e sua exclusão da área de implantação do CLA. Na defesa, o Estado alegou que os deslocamentos foram concluídos e, independentemente da classificação das comunidades como remanescentes de quilombos ou não, suas terras foram incorporadas ao patrimônio da União, conforme estabelecido pela legislação geral de desapropriações (CIDH, 2020).

Além disso, foi submetida uma solicitação de medida de urgência no contexto de uma ação coletiva relacionada à edição da resolução de 11 de março de 2020, que regulamentou o início de um novo processo de expansão do CLA. Durante o processo, alegaram a violação do direito à consulta prévia, uma vez que a população afetada não foi consultada, e do direito à propriedade, pois a ampliação do CLA acarretaria o desalojamento de 27 comunidades quilombolas que tradicionalmente ocupam essa área específica. O pedido de medida de urgência foi parcialmente deferido, resultando na suspensão das ações planejadas para o planejamento e execução do processo de realocação das comunidades afetadas pela expansão do CLA, até que seja realizada a consulta prévia, livre e informada com os afetados

(CIDH, 2020).

Também, diversas ações judiciais de desapropriação foram ajuizadas pelas comunidades quilombolas afetadas, inclusive alguns desses processos se arrastam por mais de 20 anos. De sua parte, o Estado apresentou um quadro com informações sobre o estado de 59 ações de desapropriação. Assim como reclamações, uma vez que as indenizações pagas eram irrisórias (CIDH, 2020).

4. O CASO DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS DE ALCÂNTARA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

No cenário regional, há o Sistema Interamericano de Direitos Humanos composto por quatro principais instrumentos: a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948); a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a qual, apesar de não ser tecnicamente um tratado, explicita os direitos mencionados na Carta da OEA; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica; e o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, apelidado de Protocolo de San Salvador (1988) (MAZZUOLI, 2023).

Nesse contexto, a estrutura interna do Sistema Interamericano é formada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Quanto à CIDH possui o principal dever de executar a observância e a proteção dos direitos humanos na América. Também, é de competência da Comissão verificar as denúncias de violação aos direitos humanos, por Estado que integra o Sistema Interamericano (SIDH). Quanto à Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional do sistema regional, com competência consultiva que compreende a interpretação dos tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos e com a jurisdicional que é relativa ao julgamento dos conflitos envolvendo violação dos direitos humanos (PIOVESAN, 2023). Entretanto, é crucial ressaltar que o Estado deve voluntariamente reconhecer a jurisdição da Corte, uma vez que essa jurisdição é estabelecida por meio de uma cláusula facultativa. O Estado do Brasil formalizou a competência jurisdicional da Corte Interamericana em dezembro de 1998, por meio do decreto legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998 (PIOVESAN, 2023).

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é um instrumento jurídico importante para a proteção de direitos, nas situações em que as instituições nacionais ao invés de fazê-la, comportam-se de forma negligente ou omissa (PIOVESAN, 2023).

Dessa forma, diante da morosidade do Poder Público para dirimir o presente caso, em

17 de agosto de 2001, representantes das comunidades quilombolas de Alcântara peticionaram a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), alegando a responsabilidade internacional da República Federativa do Brasil por violar o direito à propriedade coletiva de 152 comunidades quilombolas, aos direitos econômicos, sociais e culturais dos quilombolas de Alcântara, à liberdade de associação, à proteção da família, à circulação e de residência, ao princípio da igualdade, à proteção judicial e às garantias judiciais e à consulta prévia, livre e informada (CIDH, 2020).

Posteriormente, em 21 de outubro de 2006, a Comissão declarou a admissibilidade da petição com aprovação do Relatório de Admissibilidade N° 82/06. Em 6 de novembro de 2006, as partes foram informadas para se manifestarem e apresentarem observações adicionais sobre o mérito. Em 12 de novembro de 2019, a CIDH realizou uma audiência pública referente ao caso (CIDH, 2020).

Na petição, sobre a violação do direito à propriedade coletiva de 152 comunidades quilombolas, a parte petionária arguia a responsabilidade do Estado por ter executado o reassentamento de comunidades em áreas designadas como agrovilas, causando desestruturação das comunidades quilombolas e impactos em suas terras. Alegaram que esses impactos englobaram desapropriações por motivos de utilidade pública, restrições ao acesso aos territórios quilombolas, impedimentos das atividades de subsistência, como a pesca, e proibição do acesso aos cemitérios onde seus familiares estão sepultados (CIDH, 2020).

Ainda, citaram que, com o passar do tempo, o Estado expandiu a área do CLA para aproximadamente 62.000 hectares. Além do Estado violar o princípio da igualdade, uma vez que o procedimento para a concessão de títulos de propriedade ocorre de forma leniente em consequência do uso de condutas práticas discriminatórias contra as comunidades quilombolas. Essa morosidade do Estado também é

uma violação aos direitos à proteção judicial e às garantias judiciais por não conceder os títulos de propriedade, além de não prestar resolutividade às demais ações judiciais relacionadas às violações dos direitos das comunidades quilombolas (CIDH, 2020).

Em contrapartida, o Estado alegou que não possuía responsabilidade por desrespeitar direitos humanos, que o direito à propriedade coletiva das comunidades quilombolas foi respeitado, o processo de desapropriação das comunidades foi justificável, pois foi para fins de utilidade pública (CIDH, 2020).

5. O DIREITO À PROPRIEDADE COLETIVA DOS REMANESCENTES DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS DE ALCÂNTARA-MA

5.1 NA ORDEM INTERNA

Na legislação interna, o direito à propriedade coletiva dos remanescentes das comunidades quilombolas foi assegurado com o art.68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 ao normatizar que:

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

Anteriormente a Constituição de 1988, devido ao processo de constituição da propriedade privada no Brasil, que se estruturou no regime de sesmarias, restringindo o acesso às terras apenas àqueles escolhidos pela Coroa portuguesa, originou-se um sistema excludente que impossibilitava os escravizados, os indígenas e os trabalhadores livres de possuírem propriedade privada (LOPES, 2022).

A Lei nº 601/1850, de 18 de setembro de 1850, conhecida como Lei de Terras, contribuiu para a consolidação dessa estrutura ao instituir o conceito de terras devolutas, consideradas como aquelas não utilizadas pelo Estado ou propriedade privada (artigo 3º). A lei também estabeleceu que essas terras somente poderiam ser adquiridas por meio de compra (artigo 1º).

Outro agravante é que a referida lei considerava a “posse de terras” como aquelas “adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas ou com princípio de cultura, e morada habitual do respectivo posseiro”. (Artigo 5º). Além disso, no art. 6º, a lei previa que “os simples roçados, derrubadas ou queimas de mattsos ou campos, levantamentos de ranchos e outros atos de semelhante natureza, não sendo acompanhados da cultura efetiva e morada habitual exigidas no artigo antecedente”, não seriam considerados para efeitos legais. Dessa forma, a legislação legitimava a exclusão dos indígenas, dos trabalhadores livres e dos escravizados ao impossibilitá-los de acessar às terras, uma vez que não possuíam as qualificações necessárias para a aquisição da propriedade e suas práticas agrícolas não eram aceitas pela lei (LOPES, 2022).

Diante do exposto, é evidente que o efeito jurídico da Lei de Terras para os trabalhadores imigrantes, negros e indígenas foi o impedimento do acesso às terras, além de codificar e positivar um conceito de propriedade excludente que favoreceu sobremaneira os interesses da classe dominante.

Embora, mesmo com um histórico de um ordenamento jurídico dessa natureza, que despreza os direitos dos quilombolas e dos indígenas, relegando a estes povos uma invisibilidade jurídica, conseguiram resistir ao passar do tempo e continuar em suas terras tradicionais, como as comunidades quilombolas de Alcântara-MA (LOPES, 2022).

Nesse cenário, em uma análise comparativa, é visível que a Constituição de 1988 foi um marco jurídico nos direitos dos povos quilombolas, pois reconheceu o direito à propriedade das terras tradicionalmente ocupadas e atribuiu ao Estado o dever de titulação dos territórios quilombolas.

Em consequência da obrigatoriedade da titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas, somente após 15 anos da promulgação da Constituição, foi expedido o decreto federal nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, que regulamentou o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação dos territórios quilombolas.

Além de estabelecer diretrizes procedimentais, o decreto federal nº 4.887/2003 é outro documento jurídico importante, visto que reconhece o direito à propriedade coletiva às populações negras tradicionais, e concede às terras quilombolas a qualificação de coletiva para o uso comum da comunidade e

impede de serem alienadas, devendo no título obrigatoriamente constar a cláusula de inalienabilidade, e imprescritibilidade e de impenhorabilidade, conforme o art. 17 (BRASIL, 2003).

Assim, o decreto nº 4.887/2003, ao formalizar a obrigatoriedade de instrumentos jurídicos (as cláusulas de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade) para a proteção dos territórios quilombolas, destaca que essas terras não possuem a natureza jurídica clássica da propriedade privada que lhes eram atribuídas pelo ordenamento jurídico durante a vigência da Lei de Terras. Dessa forma, as interpretações civilistas tradicionais e clássicas do direito agrário tornam-se inaplicáveis (LOPES, 2022).

Portanto, é evidente como o decreto nº 4.887/2003, ao impedir que as terras quilombolas sejam objeto de comercialização, estabelece uma distinção e um tratamento jurídico à propriedade coletiva dos povos quilombolas diferentes da propriedade comum. Esse fato é crucial para garantir que a propriedade coletiva não seja interpretada a partir de conceitos liberais e, assim, confundida com o uso individual, aplicando-lhe um regime jurídico inadequado (LOPES, 2022).

Ante o exposto, é perceptível que, ao longo dos anos, a legislação nacional avançou ao garantir o direito à propriedade coletiva aos povos quilombolas e ao estabelecer mecanismos jurídicos para assegurar sua efetividade. Apesar dos aparatos jurídicos, o direito à propriedade coletiva dos povos quilombolas ainda enfrenta um processo de consolidação.

Nesse contexto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239/2004 é um caso que demonstra como o direito à propriedade coletiva dos povos remanescentes de quilombos ainda é ameaçado. A ADI nº 3239, proposta pelo Partido da Frente Liberal (PFL), que se coligou com o Partido Social Liberal (PSL) para formar o atual União Brasil (UNIÃO), alegou que o decreto federal nº 4.887/2003, já analisado anteriormente, apresentava vícios de inconstitucionalidade formal e material. Entre eles, destacam-se o uso do critério da autoatribuição para a identificação dos remanescentes quilombolas e a suposta expansão da área das terras consideradas como pertencentes aos quilombolas.

Apenas em 31 de janeiro de 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADI nº 3239, confirmando a constitucionalidade do decreto federal nº 4.887/2003. Esse veredito representa um marco jurídico importante para os povos quilombolas, uma vez que o entendimento da corte reafirmou o direito à propriedade coletiva desses povos.

Nos autos dessa ação, o parecer jurídico emitido pelo procurador geral é uma fonte interpretativa bastante enriquecedora para discussão do direito à propriedade coletiva dos povos quilombolas, uma vez que define a terra como um elemento constitutivo da identidade coletiva, sendo a propriedade não apenas um bem patrimonial, mas também um pressuposto para manter a própria identidade coletiva, por garantir a expectativa de sobrevivência desses grupos étnicos e exercer sua cultura (SARMENTO, 2008).

Outro ponto, é que essa interpretação jurídica ao estabelecer à propriedade coletiva dos povos quilombolas como um espaço vital para a manifestações de sua cultura, demonstra como essas terras constituem o patrimônio cultural brasileiro. Logo, a proteção constitucional do direito à propriedade coletiva das comunidades de remanescentes dos quilombos também é reafirmada pelos arts. 215 e 216 da Constituição Federal que normatizam o patrimônio cultural.

5.2 NA ORDEM INTERNACIONAL

Como analisado anteriormente, é visível que o direito à propriedade coletiva dos povos quilombolas é formalmente reconhecido na legislação nacional, porém ainda enfrenta um processo de consolidação que dificulta sua efetividade jurídica. Dessa forma, a legislação internacional é um recurso jurídico que contribui para a instrumentalização desse direito, visto que prevê normas que reafirmam o direito à propriedade coletiva dos povos quilombolas e obrigam a sua efetividade.

Como a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes da OIT (“Convenção nº 169”) da OIT, ratificada em 25 de julho de 2002, representa um marco jurídico por consagrar a autonomia e a autoidentificação dos povos indígenas e das comunidades tradicionais, normatiza no seu art.13:

Artigo 13 1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. A utilização do termo “terras” nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma. (OIT,1989)

Assim, conceitua as terras ocupadas a partir da relação da terra e as manifestações culturais e os valores espirituais dos povos que a habitam, estabelecendo como área não apenas as construções, a estrutura física, mas todo o complexo do território o qual contribui, de alguma forma, para a manifestação cultural, econômica, espiritual e religiosa das comunidades (LOPES, 2022).

Esse conceito, ao fundamentar-se na ideia de que a terra é um componente da identidade de um povo, assegura uma dupla proteção, tutelando tanto o território quanto o aspecto identitário e cultural da comunidade. Assim, impossibilita aplicar à propriedade dos povos quilombolas a definição clássica de propriedade como um bem apenas de valor econômico (LOPES, 2022).

Ademais, o art. 14 da Convenção n° 169 é outro dispositivo que tutela o direito à propriedade dos povos quilombolas, ao obrigar o Estado a reconhecer os direitos de propriedade e posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além de normatizar a obrigação de estabelecer medidas efetivas que assegurem a devida proteção de seus direitos de propriedade e posse, a convenção também institui os procedimentos necessários no âmbito do sistema jurídico nacional para dirimir as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.
2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.
3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados (OIT,1989)

Dessa forma, o art. 14 da Convenção n° 169 reafirma que os direitos de propriedade e posse sobre as terras tradicionalmente ocupadas devem ser reconhecidos aos povos interessados. Em casos de apropriação, devem ser adotadas medidas necessárias para garantir o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles (OIT, 1989).

Nesse contexto, dado que a Convenção n°169 possui caráter vinculativo, sua aplicação é imediata para o Estado signatário, gerando para os cidadãos direitos subjetivos imediatamente aplicáveis (MAZZUOLI, 2021). Assim, a Convenção n° 169 obriga o Estado brasileiro a adotar as medidas indispensáveis para a efetivação do direito à propriedade coletiva dos povos afrodescendentes.

Vale destacar que, mesmo antes da vigência da Convenção 169 no Brasil, no sistema jurídico pátrio, já existia legislação internacional, como a Convenção 107 da OIT – Convenção sobre populações indígenas e tribais, ratificada em 18 de junho de 1965, que reconhecia o direito de propriedade, coletivo ou individual, aos membros das populações que ocupavam terras tradicionalmente. Portanto, é evidente como na ordem internacional reafirma o direito à propriedade coletiva dos povos afrodescendentes tribais (CIDH, 2020).

Outro amparo legal internacional ao direito à propriedade dos povos quilombolas é o art. 21.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), que preconiza que toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens, um fundamento jurídico amplamente reconhecido na jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Nesse contexto, a Corte Interamericana e a CIDH declaram que os povos indígenas e afrodescendentes tribais possuem o direito de propriedade comunal dos territórios tradicionais que ocupam, de natureza consuetudinária (CIDH, 2020).

Também, o direito à propriedade dos povos quilombolas é assegurado pelo artigo XXIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem ao prever que “toda pessoa tem direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida decente, e que contribua a manter a dignidade da pessoa e do lar.” (OEA, 1948).

Portanto, é evidente que o direito à propriedade coletiva dos povos afrodescendentes tribais também foi reconhecido juridicamente na ordem internacional, tanto pela legislação quanto pela jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

5.3 COMUNIDADES QUILOMBOLAS DE ALCÂNTARA-MA E O DIREITO À PROPRIEDADE COLETIVA

Diante do exposto, o caso das comunidades quilombolas de Alcântara-MA, objeto de estudo deste artigo, comprova, a partir dos fatos e fundamentos jurídicos já apresentados, como o direito à propriedade coletiva dos povos quilombolas ainda passa por um processo de consolidação, sendo ainda mais agravante a fragilidade na sua efetividade jurídica.

Nesse cenário, os povos das comunidades quilombolas de Alcântara, reconhecidos como remanescentes das comunidades dos quilombos nos termos do art. 68 do ADCT da CF/88, têm o direito à propriedade coletiva, assim como o direito à titulação de seus territórios. No entanto, com a implantação do CLA, conforme mencionado anteriormente, 32 comunidades quilombolas foram deslocadas forçadamente de seus territórios tradicionais pelo governo federal, por meio do decreto estadual nº 7.820/80, que declarou a desapropriação de 52.000 hectares.

Enquanto, as demais comunidades permaneceram em seus territórios tradicionais. Assim, pode-se classificar as comunidades quilombolas de Alcântara em duas modalidades de comunidades: as não reassentadas e as comunidades que foram realocadas para agrovilas.

No caso das comunidades que foram realocadas para agrovilas, o direito à propriedade coletiva foi violado, uma vez que foram compulsoriamente retiradas do seu território, um espaço não apenas com importância física, mas um pressuposto da cultura, da religião, da espiritualidade, por sua vez, da identidade de tal povo.

Ao se tratar do direito à propriedade coletiva dos povos remanescentes dos quilombolas, é importante entender a propriedade não apenas como um bem imóvel, mas como uma garantidora para o exercício de outros direitos, como o direito à manifestação cultural, à participação da vida cultural, à memória, à família, à alimentação adequada e à água.

Além disso, é relevante compreender que a violação do direito à propriedade coletiva dos povos remanescentes dos quilombolas impacta profundamente a vida dos afetados, colocando em risco até a existência desses povos, uma vez que foram transferidos para região inapropriada para agricultura, longe do mar, o que dificulta a pesca, assim, impedindo para realizar as atividades de sua subsistência.

Outra violação é em relação ao direito à titulação dos seus territórios, posto que mesmo antes do reassentamento, as comunidades não possuíam títulos de propriedade ou qualquer documento de natureza semelhante, o que dificulta o regresso à sua terra de origem (CIDH, 2020).

Enquanto, as comunidades não reassentadas também não dispõem de títulos de propriedades, mesmo recorrendo ao judiciário para concessão da titulação há décadas (CIDH, 2020). Como consequência, os atingidos têm dificuldades de dispor e gozar de seu território livremente, além de ficarem vulneráveis aos atos de terceiro ou até mesmo aos do próprio Estado. Por esses motivos, a importância da concessão de um título de propriedade formal ou outro meio semelhante, para garantir uma segurança jurídica.

6. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO BRASIL NO CASO DAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS DE ALCÂNTARA-MA PELA VIOLAÇÃO DO DIREITO À PROPRIEDADE COLETIVA

Para o reconhecimento da responsabilidade internacional de um Estado por atos que o são imputados, é necessário a violação de uma norma jurídica internacional por parte do Estado, o descumprimento de uma regra que resulte em dano e haja nexo de causalidade entre a conduta do Estado e o resultado lesivo (GUERRA, 2023).

Ao analisar o caso das Comunidades Quilombolas de Alcântara, conforme os fatos e os fundamentos jurídicos já apresentados, é evidente a responsabilidade internacional do Estado Brasileiro por ter infringido tanto normas internas como internacionais, ao construir o CLA no território tradicional dos povos quilombolas de Alcântara-MA.

Uma vez que o direito à propriedade coletiva dos povos quilombolas é garantido nos arts. 13 e 14 da Convenção n° 169, no art.21.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e no artigo XXIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, todas normas internacionais de natureza jurídica vinculativa, assim, obriga ao Estado Brasileiro respeitá-las.

No entanto, o Brasil não respeitou o direito à propriedade ancestral das comunidades quilombolas de Alcântara, pois forçou o deslocamento de 32 comunidades da sua terra de origem, sendo reassentadas em terras inapropriadas para o plantio, em condições deficitárias para viver e longe das demais comunidades quilombolas. Assim, não violando apenas o direito à propriedade coletiva, mas outros direitos como direito a um meio ambiente sadio, à alimentação adequada, à participação na vida cultural.

Além do Estado também violar o direito à titulação das terras ocupadas, tanto das comunidades reassentadas como das não reassentadas, ao não emitir títulos de propriedade que reconheçam o direito dos afetados. Mesmo estes acionando o Poder Judiciário para o reconhecimento do direito à propriedade, não obtiveram tal prestação jurisdicional.

Logo, é perceptível como a violação de tal direito foi praticada pelo Estado, tanto no âmbito do Poder Executivo ao expedir o decreto estadual n° 7.820/80 que oficializou a expulsão das 32 comunidades quilombolas, quanto no âmbito do Poder Judiciário a não prestar uma proteção judicial, ao demorar julgar as ações judiciais referentes ao presente caso. Como também, no âmbito do Poder Legislativo quando um partido político alegou a suposta inconstitucionalidade do decreto federal n° 4.887/03, um documento indispensável para proteção da propriedade coletiva dos povos quilombolas, por regulamentar o processo de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas.

Ante o exposto, é notório como o Estado violou o direito à propriedade coletiva dos povos quilombolas, por ações que promoveram o deslocamento forçado das comunidades quilombolas de Alcântara-MA. Além do uso de um território tradicional dos povos afrodescendentes para a construção do CLA, também por omissão ao não conceder os títulos de propriedade a tal povo.

Como consequência, o Brasil ao violar o direito à propriedade coletiva dos povos quilombolas, também violou outros direitos, como o direito à manifestação cultural, à participação da vida cultural, à memória, à família, à alimentação adequada e à água, já que a propriedade para o povo remanescente é um espaço para afirmação e exercício de tais direitos.

Dessa forma, é demonstrada a responsabilidade internacional do Estado brasileiro devido ao nexo de causalidade entre a sua conduta ilícita, a violação de direitos dos povos remanescentes quilombolas, e o dano sofrido por estes povos que tiveram não apenas a sua terra violada e outros direitos, mas a sua própria existência, pois o território é um pressuposto constitutivo de sua identidade e a base para suas manifestações culturais.

O próprio Estado brasileiro, em 27 de abril de 2023, durante audiência do caso das comunidades quilombolas de Alcântara-MA, na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), oficialmente, reconheceu que violou os direitos de propriedade e de proteção jurídica dos povos quilombolas de Alcântara (MA). Contrariando seu posicionamento, no início do processo, em que alegava não ter violado o direito à propriedade coletiva dos quilombolas. Portanto, se o Brasil admite ter desrespeitado referido direito, é inquestionável a sua responsabilidade internacional perante o caso das comunidades quilombolas de Alcântara-MA.

7. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO JURÍDICO

Como analisado, embora o direito à propriedade coletiva dos povos quilombolas seja assegurado pela legislação nacional e pela internacional. O caso das comunidades quilombolas de Alcântara-MA mostra que somente o reconhecimento jurídico na lei não é suficiente para garanti-lo, ainda mais quando tal direito perpassa por um processo de consolidação com uma frágil efetividade jurídica.

Com a necessidade de recorrer a um instrumento jurídico que viabilize a garantia do direito à propriedade coletiva, as comunidades quilombolas de Alcântara-MA acionaram o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), ao peticionar à Comissão (CIDH). Um marco importante para as comunidades quilombolas de Alcântara -MA e para os quilombolas do Brasil, uma vez que o SIDH é um mecanismo jurídico para afirmação dos direitos dos povos e comunidades tradicionais brasileiros (BERNARDES, 2021).

O Sistema Interamericano (SIDH) se estabelece como uma estrutura internacional de proteção, controle e supervisão dos direitos humanos para garantir que os Estados os respeitem. A instrumentalidade do SIDH se opera a partir das normas que compõem seu complexo normativo e dos seus órgãos institucionais, a Comissão (CIDH) e a Corte Interamericana, assim, formando um aparato para monitorar e implementar os direitos que tutelam (PIOVESAN, 2002).

No caso das comunidades quilombolas de Alcântara-MA, as normas que pertencem ao SIDH contribuem para o reconhecimento do direito à propriedade coletiva, como os arts. 13 e 14 da Convenção nº169, pois embora a legislação nacional tutela tal direito, ele ainda enfrenta um processo de consolidação que necessita se valer das normas internacionais para sua garantia. Foi o que aconteceu no julgamento da ADI nº 3239, sobre a suposta inconstitucionalidade do decreto federal nº 4.887, quando o Ministro Roberto Barroso afirmou que a Convenção Americana de Direitos Humanos constitui fundamento de validade dessa norma infralegal o que a torna constitucional (HEEMAN, RIBEIRO, 2020).

Outro ponto, a Comissão (CIDH), ao ser acionada pelas comunidades quilombolas de Alcântara-MA, com sua primordial função de executar e garantir a proteção dos direitos humanos, foi um instrumento jurídico para garantir o direito à propriedade dos povos quilombolas.

Posto que reconheceu a responsabilidade internacional do Estado do Brasil pela violação do direito à propriedade dos quilombolas de Alcântara-MA, por meio do Relatório Nº 189/20. Além de realizar recomendações ao Estado brasileiro para providenciar a delimitação, demarcação e titulação das terras tradicionais (CIDH, 2020).

Embora, há controvérsias sobre a natureza jurídica das decisões da Comissão (CIDH), pois seriam apenas meras recomendações sem caráter obrigatório e que o descumprimento não imputaria responsabilidade internacional. Contudo, a Corte IDH já manifestou aos Estados, no caso *Loayza Tomayo*, que devem cumprir as decisões da CIDH, como um dever do princípio da boa-fé decorrente da interpretação dos tratados internacionais (BERNARDES, 2011).

Enquanto a Corte Interamericana, com sua competência consultiva, ao delimitar diretrizes interpretativas e consolidar uma jurisprudência que tutela o direito à propriedade coletiva, garante aos povos quilombolas de Alcântara-MA meios judiciais de também terem seu direito protegido, como os pareceres emitidos pela Corte. (PIOVESAN, 2002)

Em relação a sua competência jurisdicional, ao julgar o caso das comunidades quilombolas de Alcântara-MA, embora não tenha sido sentenciado ainda, a decisão da Corte possui natureza jurídica vinculante, devendo o Estado cumpri-la imediatamente. Inclusive, caso seja fixada alguma compensação à vítima, a decisão será reconhecida como um título executivo, conforme os procedimentos internos referentes à execução de sentenças (PIOVESAN, 2002).

Outro ponto importante é que as sentenças condenatórias internacionais podem prever a obrigação de indenização material às vítimas e seus familiares, reparações simbólicas, a realização da responsabilidade interna. Além disso, medidas de não repetição que são providências para alterar políticas públicas, legislação interna e a jurisprudência do país (BERNANDES, 2011).

Também, vale destacar que o SIDH possui garantias para o cumprimento das decisões dos seus órgãos, como a estratégia conhecida como “naming and shaming”, em que a Corte IDH informa a Assembleia Geral da OEA o rol de Estados-parte que descumpriram suas decisões, com o intuito de provocar constrangimento ao Estado infrator (BERNANDES, 2011).

Outro recurso jurídico do Sistema Interamericano (SIDH) é a CAHD possuir um caráter supralegal no sistema jurídico brasileiro que a faz integrar o bloco de constitucionalidade, sendo um referencial constitucional para as leis internas. Logo, normas infraconstitucionais contrárias a CADH, serão inconstitucionais. Além disso, devido à sua natureza supralegal, as obrigações jurídicas às autoridades estatais brasileiras previstas na CADH, não são apenas recomendações, mas deveres legais a serem cumpridos (BERNANDES, 2011).

Posto isso, o Sistema Interamericano (SIDH) apresenta um rol de mecanismos jurídicos para garantir o reconhecimento e a efetividade de um direito. Logo, seu caráter instrumental é certificado, assegurando às comunidades quilombolas a utilizá-lo como instrumento jurídico para tutelar seu direito à propriedade coletiva.

7 CONCLUSÃO

Diante do exposto, é evidente como o direito à propriedade coletiva dos povos das comunidades quilombolas de Alcântara foi violado pelo Estado brasileiro, com a implantação do CLA. O próprio Estado, que tem o dever legal de proteger tal minoria, desrespeitou esse direito a partir de condutas realizadas pelos três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, configurando uma violência institucional.

No âmbito do executivo, com atos governamentais para a construção do CLA, como o decreto estadual n° 7.820/80 declarando a desapropriação de uma área de 52.000 hectares em Alcântara. Já no âmbito do legislativo com a propositura da ADI n° 3239, proposta por um partido político, que alegava a inconstitucionalidade do decreto federal n° 4.887/2003, uma violação indireta ao direito à propriedade coletiva dos povos remanescentes de quilombos. Enquanto, no âmbito do judiciário, com a morosidade em julgar as ações judiciais sobre esse caso e emitir os títulos de propriedade.

Dessa forma, é nítido como o Estado desrespeitou o direito à propriedade coletiva das comunidades quilombolas de Alcântara. Mesmo tendo no seu ordenamento jurídico normas internas e internacionais que assegurem esse direito, assim como, estabelecem mecanismo para sua garantia, como o dever legal do Estado de emitir títulos de propriedade. Como consequência jurídica, o Brasil possui responsabilidade internacional no caso devido à relação de causalidade entre sua conduta ilícita, a violação dos direitos dos povos remanescentes quilombolas, e o dano sofrido por essas comunidades.

Nesse contexto, a conduta do Estado ressalta como o direito à propriedade coletiva aos povos quilombolas ainda enfrenta um processo de consolidação, com uma frágil efetividade jurídica. Assim, fazendo com que as comunidades quilombolas de Alcântara utilizem de meios jurídicos para garantir esse direito como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

A instrumentalidade do Sistema Interamericano se opera a partir das normas, que compõem seu complexo normativo, por reafirmarem o direito à propriedade coletiva dos povos quilombolas e obrigarem a sua efetividade, como também da sua jurisprudência que estabelece diretrizes interpretativas. Além disso, dos seus órgãos institucionais, a Comissão (CIDH) e a Corte Interamericana, que estabelecem medidas para monitorar e implementar os direitos, como as recomendações da Comissão, o caráter executivo da sentença da Corte Interamericana, a responsabilidade internacional do Estado infrator e obrigações reparativas.

Como o SIDH possui mecanismos jurídicos para obrigar o Estado não apenas reconhecer o direito, mas implementar, monitorar, controlar e proteger esses direitos, torna-se um instrumento jurídico crucial para salvaguardar direitos, especialmente, quando as instituições nacionais, ao invés de desempenharem esse papel, agem de maneira negligente ou omitem-se.

Portanto, conclui-se que o Sistema Interamericano é um instrumento jurídico para garantir o direito à propriedade coletiva das comunidades quilombolas de Alcântara, com meios jurídicos para assegurar sua efetividade jurídica com sua implantação. Um direito fundamental para os povos quilombolas, pois a propriedade não é somente um bem imóvel, mas uma garantidora para o exercício de outros direitos, como o direito à manifestação cultural, à participação da vida cultural, à memória, à família e à alimentação adequada, além de ser um pressuposto constitutivo da identidade dos quilombolas.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO AGU. **Caso Comunidades Quilombolas de Alcântara | Ministro Jorge Mesias**. Brasília: AGUOFICIAL, 2023. 1 vídeo (19 min e 32 s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7oAtRi4wXJ8>. Acesso em: 10 set. 2023.

ARAUJO, Nadia de. **A influência das opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

no ordenamento jurídico brasileiro. 2005. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/664>. Acesso em: 30 nov. 2023.

BERNARDES, Marcia Nina. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais.** SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 135-156, dez. 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/46810>>. Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003.** Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 nov. 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm. Acesso em: 21 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850.** Dispõe sobre as terras devolutas. Diário Oficial do Império do Brasil, Poder Legislativo, Rio de Janeiro, RJ, 18 set. 1850. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm. Acesso em: 12 de nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3239.** Relator: Ministro Cezar Peluso. Autor: Democratas. Advogado: Fabrício Juliano Mendes Medeiros e outro. Publicado em: 08 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028916>. Acesso em: 12 de nov. 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Constitucionalidade do Decreto 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3b5e2c9be5002e87e0477099db5ff21b>>. Acesso em: 03 de nov. 2023.

CIDH, Relatório N° 189/20, Caso 12.569. Mérito. Comunidades quilombolas de Alcântara. Brasil. 14 de junho de 2020. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/2022/br_12.569_pt.pdf. Acesso em: 28 de set. 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Brasil: Caso quilombolas de Alcântara.** [São José]: COMISIONIDH, 2019. 1 vídeo (2h 47min 11s). Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=RYrdDMOubEo>. Acesso em: 21 out. 2023.

GONATTO, Jennifer de Lara. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. SILVA, Monique Jeane Barbosa da. **Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional.** São Paulo: Método, 2019.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público.** 15 ed. São Paulo: Saraiva jur, 2023. cap. 10, p.77-80.

HEEMANN, Thimotie Aragon. RIBEIRO, Dandara dos Santos Damas. **Diálogos entre a Jurisprudência da Corte IDH e os Tribunais Brasileiros Acerca da Questão Quilombola.** In: Congresso sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos, 2020, Brasília. Anais eletrônicos, Brasília: Academia.edu, 2020. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/98423714/JURISPRUDENCIA_DA_CORTE_IDH_E_TRIBUNAIS_SUPERIORES_BRASILEIROS_QUESTAO_QUILOMBOLA-libre.pdf?1675891584=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DDialogos_entre_a_jurisprudencia_da_CORTE.pdf&Expires=1701659865&Signature=b7iGhe-ZXk9l-tdkDnc-iXw0IRspz_oNGQhWTW1T4SFzXecwzDApCpAmutuGpo-MJr57LVmu1c0OALi-0A09UhfFtkpwOsqVEMWVS9afJ-vBVmc2pHm1cGqRDHnH52jKdGNjlijA0Vfv8Tyn2OZ9muQQmd4Q0aXbILSamQydzdvKfgQkYQEvF8R-5ARK-E8w6rMU1dvKZGhH-cWj4JD9eVlcalju0u-VM7e77-uPmvAWEp33ltTR4so-Xc84xTizGughilqXQYyFdqEiwjZkmfm-2s6oYFwfhI04-dgle-U-KNtC0UFLxWQJkhct0Vjzig-FM6KHLh2pZyFadLIGD850g&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLR-BV4ZA. Acesso em: 26 out. 2023.

LOPES, Danilo da Conceição Serejo. **A Convenção n. 169 e a Questão Quilombola:** elementos para o de-

bate.Rio de Janeiro: Justiça Global, 2022. cap. 6, p.59-70.

LOPES, Danilo da Conceição Serejo. **As territorialidades específicas como categoria de análise na construção do direito de propriedade das Comunidades Quilombolas de Alcântara**. 2015. Dissertação (Mestrado em Cartografia Social e Política da Amazônia) - Universidade Estadual do Maranhão, São Luís, 2015. Disponível em: <http://repositorio.uema.br/handle/123456789/733>. Acesso em 16 de novembro de 2023.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 15 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023. cap. 5, p. 867-891.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**. Aprovada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 06 de novembro de 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 15 de set. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Adotada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, Colômbia, 1948. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 de abril de 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1111.htm. Acesso em: 15 de set. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção n° 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes**. Adotada pela Conferência Geral da OIT em sua 76ª Reunião, em 27 de junho de 1989. Ratificada pelo Brasil em 25 de julho de 2002. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 de junho de 2002. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20C2%BA%20169.pdf>. Acesso em 16 de novembro de 2023.

PIOVESAN, Flavia. **A judicialização do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: impacto, desafios e perspectivas**. 2002. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/view/43> Acesso em: 30 nov. 2023.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019. cap. 2, p.55-90.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva jur, 2023. p.60-127.

RAMOS, André de Carvalho. **A responsabilidade internacional do estado por violação de direitos humanos. 2000**. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/363743/mod_resource/content/1/U2%20Carvalho%20Ramos%20-%20Responsabilidade%20Internacional%20do%20Estado.pdf. Acesso em: 03 nov. 2023.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel. Territórios Quilombolas e Constituição: a ADI 3239 e a constitucionalidade do Decreto 4889/2003. Parecer emitido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) movida pelo DEM. Disponível em: http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/Territorios_Quilombolas_e_Constituicao_Dr._Daniel_Sarmento.pdf. Acesso em: 25 de out. 2023.

