

Organizadores:
Cristhian Magnus De Marco
Magda Cristiane Detsch da Silva
Gisele Dall'Igna Dallorsoletta

Diálogos sobre Direito e Justiça

Coletânea de artigos 2025

Editora Unoesc

Coordenação

Tiago de Matia

Agente administrativa: Simone Dal Moro
Revisão metodológica: Carlos Libman
Projeto Gráfico: Saimon Vasconcellos Guedes
Capa: Simone Dal Moro
Diagramação: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

F981c Fundação Universidade do Oeste de Santa Catarina.
Campus de Joaçaba
Coletânea de artigos 2025 / organizadores Crishtian
Magnus De Marco ... [et al.]. – Joaçaba: Editora
Unoesc, 2026.
556 p. ; 23 cm. – (Série Diálogos sobre Direito e
Justiça, v. 13)

ISBN: 978-85-8422-331-2 (volume 13)
Modo de acesso: World Wide Web

1. Direito. 2. Justiça. I. De Marco, Crishtian Magnus... [et
al.], (org) II. Título. III. Série.

Doris 341

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor

Ricardo Antonio De Marco

Vice-reitores de Campi

Campus de Chapecó

Carlos Eduardo Carvalho

Campus de São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D'Agostini

Campus de Videira

Carla Fabiana Cazella

Campus de Xanxerê

Genesio Téio

Pró-reitora de Ensino
Jaciney Aparecida Danielli

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-
Graduação, Extensão e Inovação
Kurt Schneider

Diretor Executivo

Jarlei Sartori

Conselho Editorial

Kurt Schneider

Tiago de Matia

Aline Pertile Remor

Marcos Cordeiro Freitas

Juliano Spuldaro

Ieda Margarete Oro

Robison Tramontina

Thais Janaina Wenczenovicz

Simone Silveira

Maurício Vicente Alves

Rodrigo Geremias

Marconi Januário

Marilda Pasqual Schneider

Camila Rostirola

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA DOS REGIMES PREVIDENCIÁRIOS: ANÁLISE FRENTE AO ENVELHECIMENTO POPULACIONAL E A DIMINUIÇÃO DA TAXA DE NATALIDADE	11
Sophia de Matos Knebel, Gisele Dall'Igna Dallorsoletta	
ASSEGURANDO A INTEGRIDADE DA JUSTIÇA: DESAFIOS E SOLUÇÕES NA AUTENTICAÇÃO DE PROVAS DIGITAIS NO DIREITO CIVIL.....	54
Yasmim Angela Casagrande, Gisele Dall'Igna Dallorsoletta	
O CONFLITO ENTRE O DIREITO AUTORAL E O DIREITO DE ACESSO À CULTURA E AO CONHECIMENTO NA ERA DIGITAL	91
André Luiz Buseti, Cristhian Magnus De Marco	
REGULARIZAÇÃO FUNDIARIA URBANA- REURB: A COMPLEXIDADE DAS OCUPAÇÕES INFORMAIS E A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL A MORADIA	135
Débora Ventura, Cristhian Magnus De Marco	
EUTANÁSIA: UMA ANÁLISE ACERCA DA SITUAÇÃO JURÍDICA DE BRASILEIROS QUE BUSCAM PELO PROCEDIMENTO DA EUTANÁSIA EM OUTROS PAÍSES	175
Gisele da Rosa Zucchi, Cristian Magnus de Marco	
USO DE AGROTÓXICOS NO BRASIL: A PROTEÇÃO DA SAÚDE HUMANA E DO MEIO AMBIENTE EM UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.....	212
Iná Pereira da Luz, Cristhian Magnus De Marco	
ANÁLISE JURÍDICA DA REGULAMENTAÇÃO DA INTERNAÇÃO DOMICILIAR HOME CARE AOS PACIENTES ACOMETIDOS COM ATROFIA MUSCULAR ESPINHAL (AME).....	257
Jaqueline Spiassi, Cristhian Magnus de Marco	
TRANSTORNO DE CONDUTA E SEUS DESAFIOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA INFANTOJUVENIL: UMA BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DOS OBJETIVOS DA SOCIOEDUCAÇÃO	283
Júlia Pretto, Giselle Dall'Igna Dallorsoletta	

O ABORTO EM RAZÃO DO ESTUPRO BILATERAL DE VULNERÁVEIS: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DISSENSO ENTRE A VONTADE DOS PAIS E DA GESTANTE MENOR.....	329
Mayles Alessandra Tesck Almeida, Gisele Dall Igna Dallorsoletta	

O TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO NO BRASIL: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFICAZ ERRADICAÇÃO	367
Pâmela Cristini Miguelão Rodrigues, Gisele Dall'Igna Dallorsoletta	

O INSTITUTO DA RESERVA DA LEGÍTIMA DA HERANÇA: A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA LIBERDADE DE TESTAR.....	404
Emanoelly Laurentino Cruz da Silva, Magda Cristiane Detsch da Silva	

OS DESAFIOS DA IMPLANTAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	442
Fabiana Coradi Magda Cristiane Detsch da Silva	

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O ELEMENTO SUBJETIVO E AS IMPLICAÇÕES NA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE APÓS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 14.230/21	477
Fabiana Coradi, Magda Cristiane Detsch da Silva	

(IM)POSSIBILIDADE DA RENÚNCIA À HERANÇA POR MEIO DO PACTO ANTENUPCIAL/CONVIVENCIAL.....	517
Júlia Carolina de Moraes, Magda Cristiane Detsch da Silva	

APRESENTAÇÃO

O 13º volume da coletânea Diálogos sobre Direito e Justiça reúne uma seleção de estudos que refletem a diversidade e a complexidade dos desafios enfrentados pelo Direito contemporâneo. A coletânea congrega artigos que transitam por temas essenciais como a proteção dos direitos fundamentais, a busca por justiça social, a adaptação do Direito às transformações tecnológicas e a análise crítica de políticas públicas.

Cada contribuição busca, a seu modo, promover um diálogo enriquecedor entre teoria e prática, abordando questões que vão desde a sustentabilidade da previdência social, a autenticidade das provas digitais, até o enfrentamento de problemas sociais históricos como o trabalho análogo à escravidão e a informalidade urbana. Também se destacam discussões sensíveis e de grande impacto social, como o direito à saúde de pacientes com doenças raras, a análise jurídica da eutanásia em contexto internacional e a tutela dos direitos de crianças e adolescentes em situações vulneráveis.

Ao oferecer uma pluralidade de olhares e metodologias, este volume reafirma a proposta da série: incentivar a reflexão crítica e o compromisso ético com a justiça, contribuindo para a formação de um pensamento jurídico consciente e sensível às demandas contemporâneas. Diálogos sobre Direito e Justiça mantém, assim, sua tradição de ser um espaço fecundo para o debate acadêmico e o aprofundamento dos estudos jurídicos, renovando o compromisso com a excelência e a relevância social.

Eis um breve resumo de cada texto:

Sophia de Matos Knebel e Gisele Dall'Igna Dallorsoletta analisam a sustentabilidade financeira da Previdência Social brasileira frente ao envelhecimento populacional e à queda na taxa de natalidade. O artigo aborda a evolução histórica da Seguridade Social, os desafios econômicos atuais e as divergências doutrinárias sobre a autossustentabilidade do sistema, destacando a relevância dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível para a garantia de benefícios às futuras gerações.

ASSEGURANDO A INTEGRIDADE DA JUSTIÇA: Desafios e Soluções na Autenticação de Provas Digitais no Direito Civil.

Yasmim Angela Casagrande e Gisele Dall'Igna Dallorsoletta exploram os desafios da autenticação de provas digitais, especialmente o uso de "prints" e redes sociais no processo civil. Discutem os riscos de falsificação digital e a necessidade de meios de verificação, como a ata notarial e a blockchain, propondo a adaptação do Judiciário às novas demandas tecnológicas para assegurar segurança jurídica.

O CONFLITO ENTRE O DIREITO AUTORAL E O DIREITO DE ACESSO À CULTURA E AO CONHECIMENTO NA ERA DIGITAL.

André Luiz Buseti e Cristhian Magnus De Marco investigam o conflito entre o direito autoral e o direito de acesso à cultura no contexto digital. Com base na Constituição de 1988, analisam a tensão entre proteção à propriedade intelectual e democratização do conhecimento, propondo a aplicação da função social da propriedade e dos mandamentos de otimização de Robert Alexy como formas de equilibrar tais direitos.

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA (REURB): A Complexidade das Ocupações Informais e a Garantia do Direito Fundamental à Moradia.

Débora Ventura e Cristhian Magnus De Marco tratam dos desafios da Regularização Fundiária Urbana (REURB) à luz do direito à moradia, destacando a precariedade habitacional nas cidades brasileiras. O artigo analisa a efetividade da Lei nº 13.465/2017 e critica a ausência de políticas públicas que dificultam a implementação do direito à moradia digna.

EUTANÁSIA: Uma análise acerca da situação jurídica de brasileiros que buscam pelo procedimento da eutanásia em outros países.

Gisele da Rosa Zucchi e Cristhian Magnus De Marco debatem a eutanásia sob o enfoque jurídico brasileiro, analisando a situação de brasileiros que procuram o procedimento no exterior. O estudo aborda o conflito entre o direito à vida e a dignidade humana, destacando a ausência de sanções a quem realiza o procedimento legalmente fora do país e os possíveis riscos para familiares que auxiliam.

USO DE AGROTÓXICOS NO BRASIL: A Proteção da Saúde Humana e do Meio Ambiente em uma Perspectiva Constitucional.

Iná Pereira da Luz e Cristhian Magnus De Marco examinam o uso de agrotóxicos no Brasil à luz da nova Lei nº 14.785/2023 e princípios constitucionais. Avaliam os impactos sobre a saúde pública e o meio ambiente, criticando a flexibilização regulatória e a ausência de incentivos à agricultura sustentável, defendendo a necessidade de maior controle estatal e promoção de práticas agrícolas alternativas.

ANÁLISE JURÍDICA DA REGULAMENTAÇÃO DA INTERNAÇÃO DOMICILIAR (Home Care) aos Pacientes Acometidos com Atrofia Muscular Espinhal (AME).

Jaqueline Spiassi e Cristhian Magnus De Marco abordam a regulamentação da internação domiciliar para pacientes com AME, evidenciando a insuficiência de políticas públicas e a resistência de operadoras de saúde. O estudo ressalta a importância do Judiciário na efetivação do direito à saúde e propõe avanços legislativos para garantir tratamento humanizado e reduzir a judicialização.

TRANSTORNO DE CONDUTA E SEUS DESAFIOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA INFANTOJUVENIL: Uma busca pela efetivação dos objetivos da socioeducação.

Júlia Pretto e Gisele Dall'Igna Dallorsoletta analisam o Transtorno de Conduta (TC) e sua relação com a prática de atos infracionais por adolescentes. Questionam a eficácia das medidas socioeducativas previstas no ECA diante de jovens com TC e sugerem a necessidade de diagnóstico precoce e tratamentos especializados para a ressocialização efetiva.

O ABORTO EM RAZÃO DO ESTUPRO BILATERAL DE VULNERÁVEIS: Consequências jurídicas do dissenso entre a vontade dos pais e da gestante menor. Mayles Alessandra Tesck Almeida e Gisele Dall Igna Dallorsoletta investigam a complexa situação jurídica do estupro bilateral entre menores e o dissenso parental quanto à gestação. O estudo defende que o princípio do melhor interesse da criança deve prevalecer para assegurar o desenvolvimento livre de responsabilidades parentais prematuras, ainda que a legislação e a doutrina sejam escassas sobre o tema.

O TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO NO BRASIL: Políticas públicas para eficaz erradicação.

Pâmela Cristini Miguelão Rodrigues e Gisele Dall'Igna Dallorsoletta discutem o trabalho análogo à escravidão, identificando suas formas contemporâneas e os desafios enfrentados pelas políticas públicas brasileiras. O artigo defende a ampliação das fiscalizações e da conscientização social como estratégias essenciais para erradicar essa prática e garantir condições dignas de trabalho.

O INSTITUTO DA RESERVA DA LEGÍTIMA DA HERANÇA: A Intervenção do Estado na Liberdade de Testar.

Emanoelly Laurentino Cruz da Silva e Magda Cristiane Detsch da Silva discutem a reserva da legítima, que garante metade da herança aos herdeiros necessários, como uma limitação à liberdade de testar. O artigo problematiza se essa intervenção estatal fere princípios constitucionais como a liberdade e a autonomia privada. Diante das mudanças sociais e familiares, analisa-se a possibilidade de flexibilização da legítima para permitir uma distribuição patrimonial baseada em laços afetivos, ao invés de vínculos legais obrigatórios.

OS DESAFIOS DA IMPLANTAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Fabiana Coradi e Magda Cristiane Detsch da Silva investigam os desafios da implementação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) na Administração Pública, com foco em municípios catarinenses. O estudo revela dificuldades práticas, como a falta de capacitação dos servidores públicos, e ressalta a necessidade de equilibrar transparência e proteção da privacidade. Conclui que a

efetividade da LGPD depende da qualificação contínua dos agentes públicos e de uma mudança cultural nas práticas administrativas.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O Elemento Subjetivo e as Implicações na Responsabilização do Agente após Alterações Promovidas pela Lei nº 14.230/21.

Fabiana Coradi e Magda Cristiane Detsch da Silva analisam as alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa, com foco na exigência de dolo específico para responsabilização de agentes públicos. O artigo aponta que, embora a nova legislação aumente a segurança jurídica, ela também dificulta a punição de condutas desonestas devido ao maior rigor probatório. A pesquisa discute o impacto dessa mudança na efetividade do combate à corrupção e na proteção da moralidade administrativa.

(IM)POSSIBILIDADE DA RENÚNCIA À HERANÇA POR MEIO DO PACTO ANTENUPCIAL/CONVIVENCIAL.

Júlia Carolina de Moraes e Magda Cristiane Detsch da Silva debatem a possibilidade de renúncia antecipada à herança por meio de pacto antenupcial ou convivencial, diante das proibições do Código Civil. O artigo apresenta correntes divergentes: uma defende a validade da renúncia com base na autonomia privada e na função social dos contratos; outra sustenta sua nulidade por violar normas de ordem pública. A pesquisa propõe uma reflexão sobre o direito sucessório e a liberdade patrimonial nas relações familiares contemporâneas.

Ótima leitura a todos!

SUSTENTABILIDADE FINANCEIRA DOS REGIMES PREVIDENCIÁRIOS: ANÁLISE FRENTE AO ENVELHECIMENTO POPULACIONAL E A DIMINUIÇÃO DA TAXA DE NATALIDADE

Sophia de Matos Knebel¹
Gisele Dall'Igna Dallorsoleta²

RESUMO

O presente artigo é concernente ao Direito Previdenciário e versa acerca da sustentabilidade financeira do Sistema da Previdência do Brasil. Tem como objetivo apresentar a respeito da Seguridade Social e Previdência Social, abordando sua evolução histórica ao longo dos anos, previsões legais, aplicabilidade, além dos desafios enfrentados e perspectivas futuras. Ademais, analisar o impacto do envelhecimento populacional e da redução da taxa de natalidade no Regime Geral da Previdência Social, identificando mudanças econômicas relevantes e compreendendo suas implicações na sustentabilidade do sistema diante das complexidades demográficas e econômicas contemporâneas. O presente artigo apresenta as divergentes opiniões e posições que são encontradas na literatura, além de relacionar os questionamentos com os princípios do mínimo existencial e o princípio da reserva do possível.

Palavras Chave: Previdência Social. Sustentabilidade. Equilíbrio Atuarial. Seguridade Social.

1 INTRODUÇÃO

A manutenção do Sistema Previdenciário para a garantia de continuidade da concessão de benefícios para as próximas gerações é um tema que, é discutido há muitos anos, onde foram aplicadas

¹ Discente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. E-mail: sophiadematosknebel@gmail.com

² Docente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. E-mail: gisele.dallorsoletta@unoesc.edu.br

diversas tentativas de resolução desse problema, como o aumento da idade mínima para a concessão destes benefícios, a aplicação do Fator Previdenciário, entre diversos outros. Também, apresenta-se como uma preocupação atual pelo fato de que, não há uma previsão acerca de como será a sua aplicabilidade futura; além de questões que envolvem, como encontra-se o quadro atual, se superavitário ou deficitário e como será feito para que ele se mantenha promissor objetivando que as futuras gerações continuem tendo uma segurança jurídica em casos de incapacidade para prover por meio do labor ou de prover sustento para a sua família por seus próprios meios.

Para o entendimento e estruturação de uma ideia acerca da sustentabilidade financeira da Previdência Social como um sistema promissor para o futuro, deve-se iniciar pelo entendimento da Seguridade Social brasileira. Esta, é formada pela Previdência Social, que surge como uma ideia inovadora de seguro para a sociedade em momentos de maiores necessidades, a saúde como forma de inclusão no momento de oferta do atendimento médico gratuito a todas as pessoas a quem dela necessite, além do assistencialismo, como é o caso da Assistência Social gratuita. Esses três serviços prestados conjuntamente, formam o chamado tripé da Seguridade Social.

É inegável que com o passar dos anos a formação da população passou por notáveis modificações em sua estrutura, a sociedade possui uma maior expectativa de vida, alcançando idades avançadas e permanecendo com a saúde em bom estado. Além de que, os casais estão optando por ter cada vez menos filhos, ou até mesmo por não ter filhos diante dos diferentes objetivos de focar no trabalho, crescimento financeiro, empreendedorismo, entre outros. Consequentemente, estas decisões, acarretam uma mudança econômica na composição da população do país e também no número da População Economicamente Ativa em relação a População Inativa ao trabalho.

Na literatura acerca da estrutura e funcionalidade da Seguridade Social no Brasil, encontram-se vertentes que defendem diferentes versões sobre a sua atual e futura aplicação, muitos autores afirmam que a Previdência Social não é autossustentável, e que chegará um momento em que possivelmente haverá falta de verbas à disposição da população, atribuindo responsabilidade ao envelhecimento populacional e a diminuição da taxa de natalidade por tal situação; entretanto, outros defendem que a Previdência conseguirá manter-se com o passar dos anos, haja vista que, os valores que detém não advém apenas das contribuições dos trabalhadores ativos.

A pesquisa se justifica devido a importância que a Previdência Social exerce na vida de muitos trabalhadores, sendo muitas vezes a única fonte de sustento do trabalhador, que no momento não pode prover por si só, seja devido alguma doença, acidente ou até mesmo pela idade avançada. Os benefícios previdenciários vêm como um auxílio no momento de mais necessidade, levando em consideração que em alguns casos, o único provedor do sustento da família acaba por algum infortúnio da vida necessitando afastar-se de sua atividade laborativa, fato que, se não fosse com o amparo do Sistema Previdenciário, restariam sem auferir renda até que o fortuito cessasse, em caso de incapacidade temporária ou de forma perdurável, em casos de incapacidade permanente.

Para isso, o presente trabalho tem como objetivo a análise de pesquisas que buscam explicar como encontra-se a realidade atual do Sistema da Previdência Social brasileira, o estudo acerca do impacto que o envelhecimento populacional, a redução da taxa de natalidade, e a consequente diminuição da população economicamente ativa podem trazer para o Regime Geral da Previdência Social, identificando quais os reflexos que essas mudanças contemporâneas podem acarretar para o Sistema Previdenciário brasileiro, levando em consideração

o princípio da reserva do possível e do mínimo existencial. Além da busca por vertentes que defendem diferentes ideias no que tange, se o sistema conseguirá manter-se superavitário nos próximos anos.

2 A SEGURIDADE SOCIAL

Para um entendimento de como funciona o Sistema Previdenciário brasileiro, é de imensa importância que se compreenda como ela está contextualizada no cenário atual e quais foram as mudanças e evoluções que a fizeram chegar nos moldes, estruturas e ordenamento que apresenta atualmente. A Seguridade Social é um conjunto de ações, dentre a qual a Previdência Social está inclusa, por isso mostra-se a relevância de sua análise.

O termo Seguridade Social, traz em si uma série de regras, princípios e instituições que tem como objetivo primordial a proteção da população quando possa vir a ocorrer algum imprevisto que o impeça de prover as necessidades básicas a sua sobrevivência e subsistência, com isso, o poder público juntamente com a sociedade, buscando uma solução para esse impasse, busca resguardar uma vida digna a essas pessoas, levando em consideração os problemas que possam vir a surgir ao longo dela (Martins, 2023, p. 26).

O Sistema Nacional de Seguridade Social, previsto na Lei nº 8.212/1991 em seu art. 5º, possui uma estrutura administrativa que permite que seja organizada as atribuições, a fim de que sejam executadas as formas de políticas públicas que visam assegurar a segurança social. A Seguridade Social, tem como base, ser um conjunto adaptado de ações de iniciativas tanto do poder público, tanto da sociedade em geral, com fins de proteger os cidadãos no que se refere a saúde, a previdência e a assistência social, conforme prevê a Constituição Federal, no Capítulo II do Título VIII, onde organiza o

Sistema Nacional com representantes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e da sociedade (Lazzari; Kravchychyn; Kravchychyn; Castro, 2023, p. 47).

No Brasil, a Seguridade Social, surgiu como uma forma de política social que buscava a redemocratização do Estado na década de 80, e que fora proposta na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88. Em seu contexto geral, foi sugerida como uma forma de dar uma proposta as diversas demandas de proteção social, produzindo assim, uma forma mais justa, equânime e democrática de assegurar os direitos sociais da população (Baptista, 1998, p. 1-2).

Após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a Seguridade Social foi instituída como foco principal do Estado Social. Desde a sua origem, tem como objetivo suprir as necessidades pontuais de quem perdeu sua capacidade de trabalho. É da contribuição de uma parcela da população economicamente ativa que vem as contribuições que financiam os benefícios, principalmente da Previdência Social. A estrutura da Seguridade Social tem como referência a organização social do trabalho, com isso restringe o acesso à Previdência aos trabalhadores contribuintes, já o acesso a Saúde é universal e à Assistência Social, o acesso é limitado a quem dela necessitar (Boschetti, 2009, p. 1-2).

De acordo com o artigo 194 da Constituição Federal, a Seguridade Social subdivide-se em três pilares, o conhecido Tripé da Seguridade Social, os quais são: a Saúde, Assistência Social e a Previdência Social. A Saúde, prevista no artigo 196 da referida fonte, onde: “A Saúde é direito de todos e dever do Estado”, criando assim, o Sistema Único de Saúde (SUS), que tem como foco principal o atendimento do público em geral, abrangendo desde o atendimento em hospitais, até o controle de endemias. A Assistência Social, com fundamentação legal no artigo 203 da Constituição Federal, traz que a mesma será prestada

a quem dela necessitar, independente de contribuição (Brasil, 1988, s/n).

O terceiro item que compõe o tripé da Seguridade Social, é a Previdência Social, a qual encontra-se disposta nos artigos 201 e 202 da Constituição Federal, neste, é previsto a sua forma de organização. A expressão Previdência é advinda do latim *previdere*, e tem como sua tradução ver com antecipação, e tem como seu fim, a busca por atingir uma forma a qual assegure a quem dela se beneficiar, a manutenção da qualidade de vida em situações fortuitas que podem vir a ocorrer no decorrer da vida, como por exemplo o desemprego, a incapacidade laborativa, a idade avançada, tempo de serviço, reclusão ou a morte do segurado instituidor (Martins, 2023, p. 397).

Desde os primórdios, busca-se o ideal de proteção a sociedade como um todo, em especial as pessoas que se encontram com alguma dificuldade ou vulnerabilidade. E com isso a legislação acompanha essa evolução. Idealiza-se a Seguridade Social, como uma ideia de universalização da proteção da sociedade, de forma a qual concretize-se o ideal de um estado de bem-estar social no Brasil. Em 1986 ocorreram diversos estudos e debates que versavam acerca da reestruturação das bases de financiamento da Previdência Social e a remodelação das formas as quais os benefícios eram concedidos (Baptista, 1998, p. 101).

Percebe-se que as necessidades sociais de cada indivíduo, quando não atendidas, irão refletir em toda a sociedade, então o Estado garante, através da Previdência Social, à essas necessidades proporcionando segurança no presente e no futuro, principalmente na ocorrência de contingências que possam surgir na vida do trabalhador que o façam perder a capacidade laborativa. Desta forma, o objetivo principal da Seguridade Social, frente ao cidadão, é a de lhe garantir e

amparar nas hipóteses as quais não possam prover o seu sustento e de seus familiares por seus próprios meios (Martins, 2023, p. 27).

A Seguridade Social, traz consigo uma longa história de mudanças, à medida que, acompanhou a sociedade e a sua evolução com o passar dos anos, com isso faz-se necessário, entender como surgiu e quais eram os seus principais objetivos.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SEGURIDADE SOCIAL

A Seguridade Social acompanhou as mudanças que a sociedade passou durante os anos, trazendo assim o seu aperfeiçoamento para enquadrar-se com as características que eram trazidas pela população as quais exigiram da mesma que sofresse diversas alterações em seu regimento e aplicação, com isso a história da Seguridade Social brasileira faz-se de imensa importância diante dos reflexos a qual ela fora condicionada.

Historicamente, a Seguridade Social surge como uma política de Estado que tem como fundamento manter coeso o tecido social, tendo como principal objetivo manter uma sociedade estável, objetivando não excluir seus idosos ou indivíduos que não conseguem mais prover o seu sustento com a atividade laboral, seja de forma definitiva ou até mesmo de forma temporária (Sales; Vasely, 2022, p. 30).

As primeiras manifestações de proteção social dos cidadãos no Brasil tinham ideais principalmente de assistência. A vista disso, ainda no período colonial, vê-se a criação das Santas Casas de Misericórdia, em 1543. Em seguida, surgem as Irmandades de Ordens Terceiras e o Plano de Beneficência dos Órfãos e Viúvas dos Oficiais da Marinha em 1975. A Constituição do ano de 1891, em seu artigo 75 trazia a aposentadoria por invalidez dos servidores públicos. No ano de 1892, a Lei nº 217 de 29 de novembro estabeleceu a pensão por morte e

a aposentadoria por invalidez aos operários do Arsenal de Marinha do Rio de Janeiro (Lazzari; Kravchychyn; Kravchychyn; Castro, 2023, p. 4-5).

A base do modelo de Previdência Social atual, tem a sua origem na Alemanha, nos anos de 1883, com a chamada “Lei de Seguros Sociais”, durante o governo de Otto Von Bismarck, diplomata, militar e político. Diante das diversas guerras e greves que estavam acontecendo, surge como uma resposta. Nesse modelo os trabalhadores faziam contribuições para uma “caixa de aposentadoria” de gestão pública. Inicialmente, em 1883, o seguro social alemão previa o seguro-doença. Em 1884, ocorre uma expansão, assegurando o trabalhador em casos de acidentes de trabalho. E no ano de 1889, passa a abranger, o seguro-invalidez e o seguro por velhice (Sales; Vasely, 2022. p. 33-35).

Já no ano de 1919, surge o Decreto Legislativo nº 3.724 que instituiu o seguro obrigatório de Acidente de Trabalho, que combinado com outras Leis vigentes na época, concederam a Aposentadoria para algumas categorias específicas de profissionais, tais como os professores, servidores públicos, funcionários dos Correios, entre outros. Deste modo, embora a doutrina majoritária considere como marco inicial da Previdência Social brasileira, a Lei Eloy Chaves, haja vista, o desenvolvimento e a estrutura que a previdência passou após o advento da mesma, não é correto afirmar que foi primeiro diploma legal que versava acerca da Previdência Social o qual temos registro (Goes, 2022, p. 30-31).

Em 1923 foi promulgada a Lei Eloy Chaves, e com ela criou-se as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs), voltada aos trabalhadores das empresas ferroviárias, os quais teriam uma contribuição obrigatória tanto dos empregados e também dos empregadores, a fim de financiar os benefícios como de pensão e aposentadoria. A partir dessa Lei, o Sistema Previdenciário brasileiro começou a sua expansão e a sua

consolidação, tanto que, durante o governo de Getúlio Vargas, nas décadas de 1930 e 1940, foram desenvolvidos diversos Institutos de Aposentadorias e Pensões (Dantas, 2024, p. 83-84).

Com a Constituição Federal de 1988 estabeleceu-se como objetivo a ser alcançado pelo Estado brasileiro o sistema de Seguridade Social, o qual deve atuar de forma concomitante nas áreas de saúde, assistência social e previdência social, na forma a qual as contribuições sociais passem a custear as ações do Estado conjuntamente nestas três áreas, e não singularmente para a Previdência Social. O RGPS - Regime Geral de Previdência Social, não abrange a totalidade da população economicamente ativa, mas sim, aqueles que, mediante contribuição, fizerem jus aos benefícios previstos nos termos da Lei (Lazzari; Kravchychyn; Kravchychyn; Castro, 2023, p. 7).

Cumpre por oportuno, citar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal: “A seguridade social prevista no art. 194 da Constituição Federal, compreende a previdência social, a saúde e a assistência social, destacando-se que as duas últimas não estão vinculadas a qualquer tipo de contraprestação por parte dos seus usuários, a teor dos artigos 196 e 203, ambos da CF/88.” (RE 636.941, rel. Min. Luiz Fux, *DJE* de 04.04.2014, com Repercussão Geral – Tema 432). (Brasil, 2014, p. 3).

Os servidores públicos civis dos Entes Federativos quando forem regidos pelos regimes próprios de previdência, os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, os militares das Forças Armadas, os membros do Tribunal de Contas, as pessoas que não têm contribuição para qualquer regime (não estão exercendo atividade laboral remunerada), ficam excluídos do Regime Geral de Previdência Social (Lazzari; Kravchychyn; Kravchychyn; Castro, 2023, p. 7).

Além da previsão na Constituição Federal, podemos encontrar diversas Leis que tratam acerca da Seguridade Social, as principais

são: a Lei nº 8.212/1991 que versa acerca do Custeio da Previdência Social, Lei nº 8.213/1991 que trata dos benefícios, Lei nº 8.742/1993 que discorre sobre a Organização da Assistência Social, bem como a Lei 8.080/1990, que trata acerca da Saúde. Ressalta-se que no Brasil, não consta uma consolidação das Leis da Previdência Social, mas além das diversas Leis, os Decretos Legislativos e as Medidas Provisórias expedidas pelo Poder Executivo, com força de Lei, formam o arsenal legislativo que regulamentam a Previdência Social (Martins, 2023, p. 51).

Diante do acima exposto, se faz necessário, compreendermos o que é Previdência Social, um dos pilares da Seguridade Social, e que tem grande importância na vida e na segurança do trabalhador brasileiro em caso de necessidade, onde o mesmo não possa prover por si só, suas necessidades básicas.

2.2 PREVIDÊNCIA SOCIAL

Um dos importantes itens do Tripé da Seguridade Social, é a Previdência Social, a qual é um dos grandes alicerces para as pessoas que se encontram sem meios de prover o seu próprio sustento em momentos de insegurança gerados pela incapacidade laborativa, diante disso, ela é instituída como meio de segurança social.

No intuito de fornecer aos indivíduos um meio de proteção social nos imprevistos que possam afetar sua capacidade de trabalho e manutenção própria e da família, foram se desenvolvendo em todo o mundo vários sistemas que almejavam garantir essa proteção, esses sistemas podem ser contributivos e não contributivos. Entre os contributivos, como é o caso da Previdência Social brasileira, temos a contribuição feita pelos que serão os futuros beneficiários, os segurados, além das pessoas naturais e jurídicas a quem a Lei

enquadra para participar do custeio, através dos tributos (Lazzari; Kravchychyn; Kravchychyn; Castro, 2023, p. 55).

Como fora anteriormente citada, uma das primeiras normas que possui previsão sobre a Previdência Social, é o Decreto nº 4.682/1923, conhecido como a Lei Eloy Chaves, que versava acerca de benefícios aos trabalhadores de ferrovias. Já a segunda norma sobre a Previdência foi a Lei nº 3.807/1960, a qual dispunha sobre a organização e ficou conhecida como Lei Orgânica da Previdência Social- LOPS. Com o Decreto-lei nº 72/1966, houve a unificação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões no INPS. Atualmente, a Previdência Social encontra-se prevista nos artigos 201 e 202 da Constituição Federal. Além da Lei nº 8.213/1991, que trata dos benefícios da Previdência Social, e o Decreto nº 3.048/1999, que a regulamenta (Martins, 2023, p. 397).

Deste modo, o Sistema Previdenciário brasileiro, nos dias de hoje, é regido pelo sistema de repartição simples, no qual os trabalhadores custeiam o pagamento dos benefícios concedidos aos inativos através de suas contribuições; assim, o Estado participa ativamente, de uma forma a qual a sustentabilidade financeira é baseada de acordo com diversos aspectos, como por exemplo: os demográficos e os econômicos. Dividem-se no Brasil em dois regimes previdenciários, o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), o qual é voltado aos servidores públicos, e o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que abrange os demais trabalhadores (Fonseca, 2019, p.14).

O termo Previdência Social tem sua origem no termo *pre videre*, que tem como seu significado ver com antecipação, ou ainda originada da palavra *praevidentia*, que se traduz em prever, antever. Enquadrado neste modo, deve-se buscar antecipar possíveis problemas sociais os quais a sociedade pode vir a enfrentar e buscar uma solução para a sua problemática e futura resolução (Martins, 2023, p. 397-398).

Para usufruir destes benefícios, é necessário que o trabalhador possua qualidade de segurado, a qual ocorre quando a pessoa física filiada à Previdência Social que exerce uma atividade remunerada passa a ter direito de usufruir dos benefícios que decorrem dessa relação. A filiação à Previdência Social ocorre de forma automática quando o indivíduo exerce uma atividade remunerada (segurado obrigatório); já nos casos de segurado facultativo, a partir do momento da inscrição formalizada. A qualidade de segurado é mantida, quando permanece exercendo a atividade remunerada, ao se tratar de segurado obrigatório, ou enquanto permanecer recolhendo com regularidade, quando segurado facultativo (Goes, 2022, p. 152).

Deste modo, há muitos anos surgem questões que envolvem a Previdência Social, em especial quando se trata da sua capacidade de sustentabilidade nos próximos anos. Além de se fazer presente no momento em que se encontra uma necessidade de que o sistema se mantenha sustentável para que possa dar continuidade a prestação dos serviços aos beneficiários, e ainda assim manter o seu equilíbrio financeiro e atuarial, para o momento presente e para as gerações futuras, gerando segurança de que seus direitos serão garantidos frente aos desafios que surgirem ao longo dos anos (Reis; Casagrande, 2023, p. 77).

Com o objetivo de manter uma previdência promissora nos dias de hoje e para os futuros beneficiários, o Brasil passou por diversas mudanças no decorrer dos anos, mas ainda um dos principais desafios que encontra, continua ser a definição de estratégias para que as pessoas que se encontram no mercado informal, e que não realizam contribuições para a Previdência Social, sejam incluídas na população economicamente ativa (PEA), pois estão à margem dos benefícios em caso de necessidade (Silva, 2021, p. 117).

Para que a Previdência se mantenha futuramente, há previsão, no artigo 201 da Constituição Federal que devem ser observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial do Sistema Previdenciário brasileiro. Como o conceito de equilíbrio financeiro, temos a garantia de equivalência entre as receitas auferidas e as obrigações do regime previdenciário, calculadas em cada exercício financeiro. Por sua vez, o equilíbrio atuarial é a garantia de equilíbrio entre o valor estimado das receitas em comparação com as obrigações a serem cumpridas, calculadas ao longo prazo (Goes, 2022, p. 57-58).

A Previdência Social torna-se assim, notoriamente importante na vida do trabalhador, haja vista que, é um sistema de proteção e amparo de muitos brasileiros quando se encontram em momentos fragilizados da vida em que não podem prover a própria subsistência e de sua família, garantindo-lhes um padrão de vida digno, fator que gera preocupação à população quando refere-se ao perfil que se encontrará o Sistema Previdenciário e a sua sustentabilidade nos tempos futuros.

3 A SUSTENTABILIDADE DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO

A imensa importância que a Previdência Social tem na vida de quem a dela necessita, perfaz uma insegurança acerca de como será a manutenção deste sistema no decorrer dos anos, e quais as medidas poderão ser adotadas pelos governantes para garantir sua permanência. Necessitando-se o entendimento acerca de seus diferentes regimes.

O Sistema Previdenciário brasileiro conta com três regimes: o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) e o Regime de Previdência Complementar (RPC). O primeiro, tem caráter contributivo e é de filiação obrigatória,

ou seja, abrange as categorias de empregadores, empregados, domésticos, autônomos, contribuintes individuais e trabalhadores rurais. Já o segundo, é o regime do servidor público, dos agentes políticos, servidores temporários e detentores de cargos de confiança e é vinculado ao ente que o instituiu. O terceiro, é facultativo e administrado por entidades abertas, fechadas ou fundos de pensão (Marinho; Filho; Lucas, 2017, p. 553).

No presente artigo será estudado acerca do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), o qual encontra sua fundamentação legal prevista no artigo 201 da Constituição Federal. É um regime obrigatório para todos os indivíduos que exercem atividade remunerada, incluindo a iniciativa privada, que trabalham individualmente, servidores públicos que não se encontram sujeitos a um Regime Próprio de Previdência, inclusive trabalhadores desempregados podem realizar contribuições de forma facultativa e ter direitos a benefícios. Funciona em um sistema de repartição simples, sendo o INSS- Instituto Nacional do Seguro Social, o órgão responsável pela análise e concessão dos benefícios previdenciários, bem como pela administração dos recursos (Lombardi, 2019, p. 92-93).

Verifica-se que o sistema de repartição simples funciona como um mecanismo de cobrança de contribuições sociais dos trabalhadores que estão em atividade, para financiar os benefícios dos trabalhadores que já se encontram aposentados. Surgindo assim a discussão que versa sobre o envelhecimento da população e os aspectos que refletem para o financiamento do sistema, tendo em vista que, haveria um número menor de pessoas contribuindo para financiar um número cada vez maior de aposentados ou em gozo de outros benefícios (Gentil et al, 2018, p. 4).

Nesse sentido a discussão acerca da Sustentabilidade da Previdência não é simples, haja vista que, envolve de um lado dados

contábeis e de outro o direito a concessão dos benefícios sociais. Neste sentido, é necessário analisar as vertentes que defendem a realidade de déficit ou superávit, além de questionar até que ponto os argumentos financeiros ou orçamentários influenciam o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário na coordenação das políticas públicas previdenciárias (Ferreira, 2023, p. 25).

O custeio da Seguridade Social, conforme dita o artigo 165, § 5º, III da Constituição Federal, deverá ser previsto no orçamento e constará no Plano Plurianual, nas Leis de Diretrizes Orçamentárias e nos Orçamentos Anuais, abrangendo todas as entidades e órgãos a elas vinculadas, como a administração pública direta e indireta, os fundos e fundações instituídos pelo Poder Público (Brasil, 1988). Neste orçamento, deverão se fazer presentes, os três setores da Seguridade Social, os quais deverão fazer propostas de orçamentos, as quais devem ser levadas ao Poder Executivo. As atividades realizadas neste âmbito, são mantidas por meio das Fontes Básicas de Custeio, quais sejam: as contribuições sociais e as receitas orçamentárias como recursos públicos. No artigo 195 da Constituição Federal, tem-se que será mantida por toda a sociedade, diante dos recursos: dos orçamentos do Poder Público, das contribuições efetivadas pelos empregadores e empregados, além das ações em cima da importação de bens e serviços ou equiparados. Além de outras fontes que poderão ser instituídas por lei para a sua manutenção e expansão (Lombardi, 2019, p. 125-126).

Entretanto, nos dias atuais a realidade é de uma mudança na composição da sociedade, haja vista que em meados dos anos de 1970, o perfil demográfico da população brasileira passou por significativas transformações. Vinha de uma sociedade rural e tradicional, caracterizada pela presença de grupos familiares numerosos, os quais encontravam alto risco de mortalidade infantil; passando,

para uma sociedade predominantemente urbana, caracterizada por poucos filhos, traçando uma nova estrutura para a composição das atuais famílias. Essa mudança, iniciou com a diminuição da taxa de mortalidade e após um tempo, uma queda nas taxas de natalidade, surgindo diversas mudanças na estrutura etária do Brasil (Miranda; Mendes; Silva, 2016, p. 2).

Neste contexto, revela-se a importância de observar o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, a fim de que haja a sustentabilidade do Sistema Previdenciário, buscando as condições ideais e suficientes para que os regimes consigam honrar os seus compromissos atuais e futuros. Quando se refere ao RGPS, precisam ser consideradas que algumas despesas previdenciárias surgem sem qualquer possibilidade de previsão, porém, de forma gradativa, essas despesas têm sido incorporadas nas finanças do Regime Geral da Previdência Social (Lombardi, 2019, p. 133).

Um exemplo marcante dessa realidade foi observado durante a pandemia de COVID-19, quando, em fevereiro de 2020, foi promulgada a Lei nº 13.979/2020, que estabeleceu medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, desencadeada pela disseminação do Coronavírus desde 2019. Esse período foi caracterizado por significativas mudanças no cenário previdenciário brasileiro, notadamente pelo aumento das solicitações de pensão por morte, em virtude das elevadas taxas de óbito, e pelo expressivo crescimento nos pedidos de benefícios por afastamento do trabalho. Nesse contexto, o Estado brasileiro precisou adotar medidas que evitassem que os riscos individuais se transformassem em uma crise econômica e social de grandes proporções (Ferreira, 2023, p. 154).

Frente a essa realidade observa-se que o RGPS, é considerado como um valioso instrumento de combate à pobreza, atuando como distribuidor de renda, embora represente uma notória fonte de gastos

públicos devido a sua grande abrangência. Diante disso, temos que ela é fonte de alguns privilégios e muitos subsídios, participando ativamente do comércio e da economia dos municípios, principalmente na área rural, onde o benefício é de um salário mínimo e estendido a ambos os cônjuges (Santos, 2009, p. 54).

Temos que levar em consideração que a Previdência Social brasileira se baseia no Sistema de Repartição Simples, o qual é pautado na solidariedade intergeracional, ou seja, a geração economicamente ativa custeia o pagamento dos benefícios aos inativos. Em decorrência disso, é que o envelhecimento da população provavelmente gerará um aumento na quantidade de pessoas que recebem benefícios, gerando um desequilíbrio na balança das receitas e dos gastos. Diante do exposto, surge o questionamento, se a Previdência continuará conseguindo cumprir com o pagamento dos benefícios, e conseguirá manter a continuidade da prestação de assistência beneficiária (Brito, 2022, p. 07).

É fato que a população brasileira vem envelhecendo de forma acentuada, há um aumento da expectativa de vida principalmente nas idades mais avançadas, o que combinada com uma redução da taxa de fecundidade, são os principais fatores desta mudança na sociedade. Este fato ocorre não somente no Brasil, mas em todos os países do mundo, os quais têm experimentado mudanças na taxa de crescimento populacional, na sua estrutura etária, e automaticamente na população economicamente ativa, o que produz reflexos na Previdência Social (Santos, 2009, p. 62-63).

Nesse sentido, os Sistemas de Previdência Social, acabam sendo grandemente influenciados pelas mudanças na estrutura de uma sociedade, principalmente quando se discute questões importantes, como por exemplo a sustentabilidade deste sistema futuramente. Nos últimos anos, e até os dias atuais, vive-se uma revolução demográfica,

marcada pelo aumento das faixas etárias pré-estabelecidas como marcos para o enquadramento da velhice, provocando uma questão social relevante na economia para diversos países, inclusive o Brasil, no que tange o impacto financeiro dessa nova composição da população nos sistemas previdenciários (Nassar, 2011, p. 81).

Assim sendo, evidencia-se a importância de uma análise aprofundada das questões demográficas que impactam diretamente a Previdência Social, como a maior longevidade da população, a redução da taxa de natalidade e a diminuição da população economicamente ativa no trabalho. Esses fatores resultam em uma diminuição progressiva da população economicamente ativa (PEA), a qual é responsável, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), pelo financiamento dos benefícios pagos aos aposentados. Esse cenário apresenta desafios significativos para o equilíbrio financeiro do sistema previdenciário, exigindo a elaboração de estratégias que assegurem sua sustentabilidade a longo prazo. As perspectivas futuras, nesse contexto, incluem a necessidade de reformas que possam mitigar os impactos demográficos e garantir a manutenção dos benefícios previdenciários diante de um quadro de diminuição da base contributiva e aumento da demanda por benefícios.

3.1 IMPACTO DEMOGRÁFICO NA PREVIDÊNCIA - DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Analisando o cenário atual, percebe-se que a sociedade vem mudando a sua composição ao passar dos anos, os casais optam por ter menos filhos e focar mais no trabalho, enquanto isso, com o cuidado com a saúde e com as evoluções médicas, a expectativa de vida dos cidadãos de todo o mundo vem aumentando significativamente,

tornando de imensa valia a análise de como essa alteração do perfil da população impacta na Previdência Social e em seus beneficiários.

As diversas melhorias envolvendo os cuidados com a saúde e as condições socioeconômicas, aliadas a queda das taxas de fecundidade e o aumento da expectativa de vida, levaram em um rápido período de tempo ao envelhecimento da população brasileira. Não é exclusivamente no Brasil que esse fenômeno vem a ocorrer, mas enquanto na França, a proporção de idosos aumentou de 10% (dez por cento) para 20% (vinte por cento) no período de 140 (cento e quarenta) anos, no Brasil, esse mesmo processo deverá ocorrer em apenas 25 (vinte e cinco) anos, criando a expectativa de que em 2060, um quarto da população tenha mais de 60 (sessenta) anos (Mrejen; Nunes; Giacomini, 2023, p. 5).

O envelhecimento da população mostra-se como uma das mais significativas alterações sociais observadas na sociedade mundial. Os idosos ocupam a cada dia um crescente lugar de importância nos debates de políticas públicas, envolvendo questões acerca da sua saúde, qualidade de vida, concessão de aposentadorias e pensões, necessidades especiais, além da sua participação na vida cívica, entre outros (Opas, 2024, p. 1).

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população de idosos terá um rápido aumento, podendo atingir já no ano de 2030, o número de 41,5 milhões de pessoas, em um crescimento de 4% (quatro por cento) ao ano. No ano de 1998, ocorreu um crescimento mundial de cerca de 8 milhões de pessoas com idades superiores ou iguais a 60 anos. Devido a esse processo de envelhecimento, o Sistema Previdenciário também tem sofrido alterações, em decorrência dos gastos crescentes, dificuldades de encontrar recursos sem sobrecarregar nenhum grupo ou geração,

além da forte reação da sociedade às propostas de reformas e das transições epidemiológicas e demográficas (Silva, *et al*, 2021, p. 3).

O rendimento obtido pelos benefícios concedidos para pessoas idosas é de imensa importância, haja vista que, possuem uma significativa participação na renda familiar. O mesmo ocorre com as pensões, tendo em vista que os idosos muitas vezes contribuem de forma efetiva no sustento de suas casas e, frequentemente são os principais provedores, sendo que a aposentadoria é a fonte desta renda, do que decorre a necessidade de recebimento de um benefício justo, para que a qualidade de vida possa ser mantida (Smaniotto, 2023, p. 21).

Neste contexto, durante o século XX, observou-se um crescimento acelerado da população mundial. No ano de 1800, foi registrado o primeiro bilhão de habitantes do planeta, sendo que o segundo, foi alcançado no ano de 1925, o terceiro em 1958, em 1974 o quarto bilhão, em 1987 o quinto, o sexto em 1999 e no ano de 2011 alcançou-se a marca de 7 bilhões de habitantes. Há uma estimativa de que em 2050, a terra contará com 9,3 bilhões de pessoas. Este crescimento, se deve em principal causa ao aumento na expectativa de vida da população (Silva, 2019, p. 1).

No momento em que se somam os baixos níveis de mortalidade e os baixos níveis de natalidade, tem-se o que é conhecido como envelhecimento da população, causando uma estagnação nas taxas de crescimento da população economicamente ativa, o que se reflete de forma direta no orçamento de diversos órgãos governamentais, como é o caso da Previdência Social. Essa aproximação entre os níveis de natalidade e mortalidade, acabam por gerar na estrutura etária de um país um significativo envelhecimento (Rodrigues, 2015, p. 22).

Além disso, as taxas de natalidade estão diminuindo drasticamente, dentre as diversas razões que levam a essa estimativa

pode-se citar, por exemplo, a crescente urbanização e a vida em grandes centros urbanos, o planejamento das famílias, onde desde cedo já é decidido quantos filhos terão, o uso de medicamentos anticoncepcionais e métodos contraceptivos, entre outros (Silva, 2019, p. 1).

Neste processo de diminuição de taxas de mortalidade e natalidade, tem-se que a taxa de mortalidade tende a diminuir mais rápido que a de natalidade, o que acaba gerando um aumento no período que chamamos de crescimento vegetativo, ou seja, aquele período em que a população usufrui dos benefícios previdenciários, podendo estes se tornarem um fator negativo e reduzir de forma prejudicial o equilíbrio da relação contribuintes/beneficiários. A busca por esse equilíbrio entre os cálculos de contribuição e concessão de benefícios, no Sistema de Repartição Simples, onde os atuais contribuintes financiam os benefícios recebidos encontra-se ameaçado pelo envelhecimento da população. O mundo está passando por um processo de transição demográfica, e os efeitos desta também refletem no equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência (Leiro, 2006, p. 7).

Apesar de o envelhecimento da população ser visto como uma grande conquista da humanidade, haja vista que é um dos principais fatores que demonstram que a Nação alcançou um alto nível de qualidade de vida, dentre outros correlatos. Em contrapartida, esse processo, quando observado de forma muito acelerada, pode acarretar desafios a serem enfrentados. A preocupação com o envelhecimento tem ganhado destaque no momento em que notamos que é um processo pelo qual a maioria dos países já enfrentou ou está enfrentando no momento, fruto do avanço da medicina, do alto nível de desenvolvimento social, entre outros (Brasil, 2018, p. 5-6).

Alguns fatores como o desemprego, informalidade, sonegação de contribuições, aumento da população idosa e a diminuição da taxa

de natalidade contribuem para o desequilíbrio da relação contribuintes/segurados. Veja-se que no ano de 1930, havia 142.464 contribuintes para 15.022 beneficiários, numa proporção do equivalente a 9,5:1. Sendo que no ano de 2004, essa proporção reduziu para 3,3:1, ou seja, 46.241.326 contribuintes para 14.063.281 beneficiários, e assim, com o passar dos anos essa conta vem ficando cada vez mais desproporcional (Leiro, 2006, p. 38).

Percebe-se que a longevidade pode implicar uma série de desafios para os sistemas de proteção social no geral, mas em especial no que se refere ao mercado de trabalho, devido a diminuição da população economicamente ativa e também para os Sistemas Previdenciários na garantia de aposentadorias e pensões. No Brasil, há um alto grau de preocupação, levando em consideração que a Previdência Social brasileira possui uma ampla cobertura da população idosa, sendo de 81,7% da população de 60 anos ou mais, destas taxas 86,1% da população masculina e 78,3% da população idosa feminina. Da cobertura total, 59,1% são aposentados, e 9,1% são pensionistas do INSS, 7,2% recebem os dois benefícios e 6,2% não recebem benefício, mas estão contribuindo (Brasil, 2018, p. 18).

Em contradição a grande importância dada por alguns autores em dados como o envelhecimento populacional, a diminuição da taxa de natalidade e a consequente baixa da população economicamente ativa, muitos pesquisadores analisam que os recursos destinados a Previdência Social não ganham a destinação correta. Isso traz à tona a imensa importância da análise do cenário Previdenciário Social atual pelos órgãos governamentais (Lima; Sorto, 2022, p. 11).

Diante disso, alinha-se o conceito de Previdência Social com o de sustentabilidade quando se busca como objetivo principal a continuação da prestação destes benefícios frente aos beneficiários, priorizando manter o equilíbrio financeiro e atuarial dos Sistemas

Previdenciários brasileiros, para que se passe segurança e tranquilidade aos segurados e seus dependentes a garantia da continuidade da prestação destes benefícios nos dias de hoje e também para as gerações futuras (Reis; Casagrande, 2023, p. 77).

A sustentabilidade do Sistema Previdenciário brasileiro revela-se um grande desafio para o Estado, no momento em que levanta-se o questionamento se será possível manter o equilíbrio das contas entre as prestações e os pagamentos dos benefícios, de forma em que se mantenha em valia futuramente, garantindo um sistema de proteção que abranja a população necessitada como um todo, e que seja ao mesmo tempo funcional, de modo que exige a realização de diversos estudos periódicos que versem acerca do sistema na realidade atual e sua viabilidade futura (Sidone; Constanzi; Pereira, 2022, p. 23).

Apesar de ser de imensa importância para a manutenção da qualidade de vida, esses benefícios concedidos, podem acabar sobrecarregando o Sistema Previdenciário levando em consideração o aumento da população idosa, as crescentes prospecções em seu número e a consequente diminuição da população economicamente ativa. Diante disso, passa-se ao estudo e a análise de como encontra-se o Sistema Previdenciário brasileiro, e como estão as políticas públicas de enfrentamento deste desequilíbrio em relação a densidade demográfica da população para garantir a sustentabilidade do sistema para o benefício da futura geração.

4 ANÁLISE DA SUSTENTABILIDADE DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO ATUAL: CUSTEIO

Há muitos anos é tema de análise a condição em que se encontram os cofres da Previdência Social, e de onde advém os seus recursos para a prestação dos benefícios a idosos, deficientes,

trabalhadores incapacitados permanentemente ou temporariamente, entre outros. Além disso, debate-se acerca da destinação dos emolumentos arrecadados e quais são os métodos a serem adotados para que o sistema de mantenha promissor.

Na análise da sustentabilidade, é comum que seja empregada a ideia de que a Previdência Social será financiada pela sociedade, mas na verdade, o correto seria o uso do termo “Custeio”, haja vista que o que ocorre não se trata de um financiamento, em que seria necessário devolver os valores corrigidos monetariamente e ainda com incidência de juros, como ocorre em um empréstimo bancário. O custeio por sua vez é realizado por meio de contribuição social, as quais estão elencadas no artigo 195 da Constituição Federal, de onde obtém-se os recursos financeiros destinados à concessão e manutenção dos benefícios previdenciários (Martins, 2023, p. 91).

Destaca-se que o custeio da Previdência Social no Brasil, pode ser elencado de duas formas: as fontes diretas e as fontes indiretas. As fontes diretas de arrecadação são financiadas pela sociedade em sua abrangência, por meio das contribuições. Já a indireta vem da quantia que é recebida por meio dos impostos arrecadados tanto pela União, pelos Estados e Distrito Federal, e também pelos Municípios. O modelo de financiamento atual brasileiro, é considerado misto, levando em consideração que é suportado pela sociedade como um todo, tendo recursos que derivam de orçamento fiscal de entes políticos e das contribuições sociais (Leite, Fernandes, Gomes, 2016, p. 3).

A Receita Federal do Brasil é responsável pela arrecadação de todas essas receitas desde o mês de maio do ano de 2007. O documento usado para se recolher as contribuições para a Previdência Social, é a chamada GPS – Guia da Previdência Social e o valor da contribuição é calculado de acordo com as informações prestadas na GFIP- Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de

Serviço e Informações à Previdência Social, onde ficam esclarecidos os valores arrecadados por cada receita, a unidade da federação, o setor e a classe da atividade econômica (Soares; Batista; Ladeira, 2018, p. 13).

Corroborando com o acima exposto, a Constituição Federal em seu artigo 195 e a Lei nº 8.212/91, no artigo 10, discorrem que as contribuições de fontes diretas decorrem do trabalhador empregado, que provém tanto do desconto em folha de pagamento ou ganhos deste, da empresa ou entidade, dos abatimentos sobre emolumentos salariais, dos rendimentos do trabalho, sobre a receita ou faturamento, o lucro do trabalhador e dos demais segurados, da receita de prognósticos e dos importadores de bens e serviços do exterior. Por sua vez, as contribuições advindas de fontes indiretas provêm dos orçamentos fiscais, tanto da União, dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios (Brasil, 1988). As fontes de arrecadação da Previdência Social brasileira são as advindas de receitas de contribuições sociais, dentre elas podem ser citadas:

Constituem contribuições sociais: a) dos Orçamentos Fiscais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios; b) contribuições sociais incidentes sobre a folha de salários dos trabalhadores, de responsabilidade dos trabalhadores e das empresas, e a contribuição das empresas sobre o faturamento (comercialização de produtos rurais, receitas de eventos desportivos, percentual do SIMPLES); c) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS; d) Contribuição Social Sobre o Lucro – CSLL; e) Contribuição sobre a Renda Líquida de Concursos de Prognósticos e sobre a Renda Líquida da Loteria Federal Instantânea; f) Contribuição Sobre a Movimentação Financeira – CPMF (extinta em 31/12/2007). A partir de maio de 2007, todas as receitas são arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB (Soares, Batista e Ladeira, 2018, p.13).

Dentre as fontes de custeio do Sistema Previdenciário as contribuições realizadas no Regime Geral de Previdência Social devem ser recolhidas baseadas na alíquota fixada para cada contribuinte. A alíquota mais comumente utilizada para as contribuições previdenciárias, e que dá acesso a todos os benefícios previdenciários é a alíquota de 20% (vinte por cento) sobre o salário de contribuição. Ocorre que, para alcançar e tirar da informalidade aqueles contribuintes que tem uma renda reduzida, foi criado o Plano Simplificado da Previdência Social, o qual prevê que o contribuinte individual e o segurado facultativo, podem recolher uma alíquota de 11% (onze por cento) sobre o salário mínimo, como é o caso daqueles trabalhadores que realizam serviços eventuais a alguma empresa sem que haja um vínculo empregatício ou que não exerça uma atividade remunerada, como é o caso de estudantes e desempregados (Moraes; Lima; Confessor, 2022, p. 58).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 103/2019, chamada de Reforma da Previdência Social, ocorrida na data de 12 de novembro de 2019, dentre as diversas mudanças, foi alterada a maneira de calcular a contribuição mensal dos trabalhadores. Posteriormente a Emenda Constitucional as alíquotas que eram divididas em três faixas salariais passaram para quatro faixas salariais, se tornando progressivas. No Regime Geral de Previdência Social (RGPS), podem variar dentre as seguintes porcentagens: 7,5% (sete e meio por cento), 9% (nove por cento), 12% (doze por cento) ou 14% (quatorze por cento), devendo ser aplicada considerando o valor de cada faixa salarial (Costa; Vieira, 2021, p. 295).

A chamada política pública de inclusão previdenciária, trazida pela Emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005, abarca um tratamento exclusivo que visa incluir trabalhadores de baixa renda, microempreendedores individuais e também aqueles que se dedicam

ao trabalho doméstico somente em suas residências e inscritos no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) a fim de que possam ser contribuintes da Previdência Social, sem comprometer sua renda já diminuta por exercerem trabalhos com remuneração baixa, incerta ou sem a remuneração direta, estas poderão contribuir com a porcentagem de 5% (cinco por cento) do salário mínimo vigente (Morais; Lima; Confessor, 2022, p. 56-58).

A par disso, deve-se observar o princípio de que um benefício ou serviço não poderá ser criado ou majorado, tampouco estendido a outras categorias de segurados sem que haja uma prévia fonte de custeio, com base no artigo 195, parágrafo 5º, da Constituição Federal (Brasil, 1988). Esse princípio tem relação direta com o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, o qual prevê que qualquer aumento de despesa para o fundo previdenciário deverá ser precedido de uma receita que possa suprir os gastos com essa nova despesa previdenciária. É de fundamental importância observar-se esse princípio para que a Previdência Social continue em condições de honrar com os seus compromissos (Lazzari; Kravchychyn; Kravchychyn; Castro, 2023, p. 21-22).

A receita do Sistema Previdenciário advém de fontes distintas e é de imensa importância entender os destinos tomados pelos impostos pagos pelos cidadãos. Ao se tratar de direito fundamental, devemos considerar os princípios os quais são a eles envolvidos, no objetivo de alcançar segurança para um abrangente grupo populacional. Deve-se analisar o princípio da reserva do possível e do mínimo existencial, de modo que estas prestações possam ser fornecidas a quem delas necessitam, mas sem sobrecarregar o sistema a que envolve, de acordo com o que será exposto a seguir.

4.1 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Para compreender o Sistema Previdenciário, faz-se necessário analisar dois princípios importantes do ordenamento jurídico brasileiro: o princípio do mínimo existencial e o princípio da reserva do possível, que são diretamente ligados a prestação de benefícios por parte do governo, de forma em que possam ser supridas as demandas por parte da população, mas sem exaurir os recursos financeiros disponíveis.

O princípio do mínimo existencial refere-se diretamente aos direitos fundamentais, os quais direcionam à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, se refere a preservação das condições mínimas de uma vida digna. A garantia do mínimo existencial é fundamental para a vivência da liberdade e da democracia, tanto da pessoa como um ser humano, como da pessoa como cidadã, sendo que ter atendidas as suas necessidades básicas é a base de sustentação de uma sociedade bem estruturada (Weber, 2012, p. 198-205).

Enquanto o princípio da reserva do possível teve seu surgimento no Tribunal Constitucional Alemão e discute o que o indivíduo pode exigir da sociedade, levando em consideração as limitações de ordem econômica para que não venha a sua reivindicação a comprometer outros direitos da sociedade. Deste modo, quando há a reivindicação de algum direito deve ser levado em consideração além dos recursos materiais disponíveis, também se a pretensão deduzida é razoável frente aos direitos sociais. Esse princípio é invocado no momento em que o Estado se depara em uma situação de que é impossível ser garantido um direito fundamental social, pois se caso fosse garantido, poderia acarretar prejuízos a sociedade em geral (Souza, 2013, p. 206-208).

Quando nos deparamos com esses princípios aplicados a Previdência Social, notamos que há algo que a diferencia em relação aos outros direitos prestados pelo Estado, tais como a saúde, e isso deve-se ao fato de que apenas possui direito a benefício previdenciário os contribuintes, com exceção aos empregados inscritos que apesar de não auferir contribuição, por motivo de morte, por exemplo, acabam por gerar benefícios a seus dependentes. Deste modo, a Previdência Social consegue manter um maior equilíbrio em relação aos indivíduos que terão direito de auferir benefício em comparação aos recursos disponíveis para cobrir tais gastos (Castaldello, *et al*, 2013, p. 11).

Em grande parte, direitos fundamentais exigem prestações por parte do Estado, necessitando que hajam políticas públicas para serem cumpridos da melhor forma possível, como é o caso da Previdência Social. Ocorre que, nem sempre há recursos suficientes para que o Estado forneça determinada prestação de benefício, mesmo decorrendo de direito fundamental, e com isso notamos a importância do princípio do mínimo existencial, que é a parcela mínima necessária para que os indivíduos que dela dependem, tenham condições para a manutenção de suas necessidades básicas. O princípio da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial podem e devem ser mutuamente aplicados, haja vista que um atua para que o outro seja necessário. Em outras palavras, a reserva do possível só poderá ser usada quando for proporcional ao mínimo existencial, de forma que para uma boa e correta aplicação é essencial que ambos caminhem juntos, buscando um equilíbrio entre o fornecimento das prestações e as necessidades advindas das famílias que dela necessitam (Souza, 2013, p. 207-209; 213).

No momento da concessão da benesse, ao ser calculado o valor do salário de benefício percebe-se a aplicação do princípio da reserva do possível quando há um limitador no valor calculado para cada

auxílio que será recebido pelo segurado, de modo o qual há um teto previsto, limitando o valor que poderá ser recebido pelo contribuinte. Nesta linha, o Estado exerce o dever de preservar a dignidade humana promovendo a garantia do mínimo existencial, respeitando os limites que o Estado pode prover, dentro da reserva do possível (Castaldello, *et al*, 2013, p. 12).

Como forma de manter o equilíbrio entre dispor para a população o mínimo necessário para a sua manutenção, de modo em que consigam praticar todas as atividades, as quais uma vida digna deve prover, e ao mesmo tempo não sobrecarregar o Estado com demasia de benefícios, o princípio do mínimo existencial e o princípio da reserva do possível surgem como aliados nesta busca. Com o objetivo de que a Previdência continue ajudando as pessoas que dela necessitem nos dias de hoje e também com boas perspectivas futuras, torna-se de imensa relevância a pesquisa por iniciativas governamentais que busquem promovê-la e assegurar a manutenção deste sistema ao longo dos anos.

4.2 AÇÕES GOVERNAMENTAIS

Envolvendo diversos estudos e temas de discussões, a sustentabilidade da Previdência Social brasileira é a cada dia mais colocada em pauta por líderes governamentais, por envolver a proteção de indivíduos que se encontram em condições vulneráveis, trata-se de assunto de política pública que deve ser estudado e lapidado para o funcionamento da melhor forma possível.

É importante que os governantes compreendam que as políticas de proteção social estão diretamente ligadas à subsistência de uma parcela significativa da população, especialmente quando não conseguem prover seu próprio sustento, em razão de mudanças

temporárias ou permanentes em suas condições de vida. A proteção social refere-se a um direito fundamental vinculado à preservação da vida e da dignidade humana. Além disso, o reajuste periódico das políticas públicas por parte dos governos é de extrema importância, visando à preservação dos interesses das gerações. Tais reajustes se refletem na implementação de mecanismos que afetam tanto o financiamento do regime quanto a concessão de benefícios. Em algumas situações, as alterações focam no aumento das fontes de receita, enquanto em outras, visam dificultar a concessão de benefícios, ou, em certos casos, combinam ambas as medidas. Entretanto, os doutrinadores destacam a ausência de políticas de médio e longo prazo capazes de resolver esses desafios de forma eficaz (Lazzari; Castro, 2022, p. 193).

Ocorre que a União possui uma disposição denominada desvinculação de receitas da União (DRU), que lhe permite usufruir de 30% (trinta por cento) da arrecadação total dos tributos federais, para outros fins. Esta foi criada no ano de 1994, através da Emenda Constitucional de Revisão ECR, nº1. Esse fato gerou e gera atualmente impactos na Seguridade e na Previdência Social. A criação desta foi na Instituição do Plano Real e tinha como principal propósito o saneamento financeiro da Fazenda Pública e também objetivando uma estabilização da economia (Wolf, 2017, p. 11).

Deste modo, buscando uma maior contenção de gastos, no ano de 2023, em decorrência ao artigo 11 da Lei nº 10.666, o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, implanta um programa de acompanhamento e inspeção de irregularidade dos benefícios previdenciários. Este vem sendo nomeado pelos meios de comunicação como “pente-fino”, e baseia-se na checagem de dados. Apenas até maio do ano de 2024, o chamado “pente-fino” apurou 57,7 mil benefícios; destes 37.325 foram cessados e 20.375 foram suspensos, com isso, alcançaram o

montante de R\$ 750,85 milhões em pagamentos indevidos. Quando o benefício é selecionado para fazer essa averiguação são observados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ou seja, o beneficiário deverá ser notificado para apresentar sua defesa, elencando seus argumentos e provas acerca das irregularidades apontadas (Brasil, 2024, s/n).

As ações governamentais buscam alternativas para a contenção de gastos que por vezes não possuem previsões e alternativas que darão resultados em médio e longo prazo, por isso torna-se necessário um estudo mais aprofundado e detalhado da situação financeira e maior transparência no que se referem às destinações dos recursos auferidos pelas contribuições, para que haja uma maior segurança ao tratar-se das expectativas futuras da Previdência Social.

4.3 EXPECTATIVAS FUTURAS DA MANUTENÇÃO DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO

O Sistema Previdenciário é de imensa importância para grupos da população que possuem condições desfavoráveis de auferir sustento, tendo em vista que se trata realmente de um seguro acessível para quem dele necessitar e tiver direito. É de relevância para todos os segurados que esse sistema se mantenha estruturado e sustentável ao longo dos anos, para que esta e as futuras gerações possam dele receber assistência.

Torna-se de imensa importância o debate envolvendo a Previdência Social e suas prospecções futuras para a sociedade como um todo, jovens e idosos, trabalhadores ou empregadores, que são envolvidos por esse sistema. Atualmente a sua capacidade promissora para o futuro tem sido objeto de diversos estudos por pesquisadores da área. Muitos apontam a possibilidade de uma crise devido a forma

de administração, podendo ser citadas as concessões de benefícios errôneas ou a má aplicação dos recursos arrecadados. Para outros estudiosos, a crise se refere as conjunturas, se referindo ao aumento dos empregos informais, desemprego, entre outros. Ainda, outro grupo, acredita que seja devido as mudanças estruturais da sociedade, como o envelhecimento populacional e a baixa taxa de natalidade (Soares; Batista; Ladeira, 2018, p.18).

Observados os estudos e análises realizados, percebe-se demasiada divergência entre as opiniões dos autores em respeito ao déficit das contas previdenciárias, ou seja, quanto a sua existência ou não, e quanto a sua extensão. Tais opiniões são baseadas também em ideologias, pois, trata-se de um direito social. O déficit deve ser observado sob dois ângulos, o atuarial e o financeiro; onde o atuarial corresponde a um desequilíbrio contábil, de modo que projeta para o futuro uma deficiência nos cofres da Previdência. Já o déficit financeiro, trata de insuficiência de recursos de forma imediata (Ferreira, 2023, p. 123).

Mesmo que atualmente o déficit dos orçamentos da Previdência não seja um assunto que assole grande parte da população, deve ser estudado e buscado alternativas reais para os dias atuais e para o futuro. Não há a disponibilidade de forma transparente por parte do governo para que se chegue a uma conclusão factual de como encontra-se o orçamento do Sistema Previdenciário nos dias atuais, o que por vezes acaba gerando um descontentamento na população no quesito de confiabilidade e credibilidade no sistema. A manutenção da estabilidade de um sistema como o Previdenciário é um enorme desafio que deve ser tido como prioridade pelo Governo, devido a sua importância ao amparar as famílias em momentos de maior necessidade, onde encontram-se vulneráveis e desprotegidas (Soares; Batista; Ladeira, 2018, p.19).

Autores como Elody Boulhosa Nassar (2011, p. 81) e Gabrielly de Farias Rodrigues (2015, p. 22), defendem a ideia de que o aumento da população idosa e a escolha das famílias em possuir menos filhos, diminuindo a taxa de natalidade, acarretam um desequilíbrio nos cofres da Previdência Social, e esse seria o motivo principal pelo qual a Previdência Social não conseguiria manter-se promissora pelos próximos anos, garantindo uma aposentadoria tranquila ou a segurança em casos de acidentes para futuras gerações, culpando essas mudanças econômicas que essa nova forma de sociedade vem trazendo.

Em contrapartida, outros autores, como Gilvânkilim Marques de Lima e Fredys Orlando Sorto (2022, p. 11), trazem, em seus estudos e análises, que a Previdência poderia manter-se ao longo dos anos, haja vista que, não é somente das contribuições que advém os recursos dos cofres públicos do Sistema Previdenciário, e atribuem o desequilíbrio devido outras finalidades as quais são destinadas as contribuições que tem como destino o custeio deste sistema.

Levando em consideração os dados supracitados, percebe-se a importância de que sejam produzidos e publicados indicadores confiáveis acerca da sustentabilidade do Sistema Previdenciário para permitir aos gestores a possibilidade da tomada de decisões assertivas para assim garantir a credibilidade e a confiança da população no Sistema, de modo a fomentar a arrecadação e projetar as despesas de modo a melhorar a qualidade das estimativas dos ativos e passivos previdenciários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo referente a sustentabilidade financeira dos regimes previdenciários no Brasil, demonstra a relevância de pesquisas voltadas

a respeito dos desafios encontrados pelo sistema da Previdência Social, quando deparado com as mudanças na composição da sociedade. A análise das diversas vertentes evidencia que alguns fatores, como o envelhecimento populacional, a diminuição da taxa de natalidade e as mudanças que ocorrem na economia, podem ser aspectos impactantes para o equilíbrio na Previdência Social, de modo que, as buscas por alternativas que assegurem a viabilidade do sistema a longo prazo é de grande valia.

Ao longo da história, a Seguridade Social, formada pelo seu tripé, o qual envolve a Saúde, a Assistência Social e a Previdência Social, surgiu como um auxílio para o cidadão nos momentos em que se encontra em períodos de maior vulnerabilidade no decorrer de sua vida. Tornando-se um verdadeiro alicerce para as pessoas que se encontram em condições desfavoráveis de saúde ou idade avançada que não as possibilite prover de forma independente, sem o auxílio do Estado, o seu sustento ou de sua família de forma digna. Com o passar dos anos, é cada vez mais nítida a importância que esses programas sociais oferecidos pelo Governo fazem jus à sua criação devido aos efeitos que trazem na sociedade, sendo uma fonte de segurança e estabilidade, quando deles precisarem. Ocorre que, diante das mudanças na sociedade e a incerteza de continuidade na prestação destes serviços, surge a dúvida se conseguirão manter-se em viabilidade futuramente.

Durante a pesquisa realça-se que o aumento na expectativa de vida dos brasileiros, juntamente com o aspecto da consequente diminuição da população economicamente ativa, configuram cenários postos em discussão quando trata-se do financiamento dos benefícios previdenciários. Para que o sistema atual se mantenha superavitário, além de depender que haja a contribuição por parte dos trabalhadores, exigirá que ocorram reformas estruturais para que incluam novas

fontes de receita. Ademais, há necessidade de implementação de políticas públicas que incentivem a formalização do trabalho, para que trabalhadores que se encontram trabalhando na informalidade sejam inclusos no sistema, para usufruírem dos benefícios quando necessitarem.

Frente as diversas opiniões, reforça-se a ideia de que o debate acerca da sustentabilidade da Previdência não pode se restringir apenas à análise financeira de modo isolado, mas conjuntamente com alguns princípios como o do mínimo existencial e da reserva do possível. Esses princípios têm como principal destaque a necessidade e importância de haver o equilíbrio entre a proteção social conjuntamente com os limites da capacidade financeira do Estado, de modo em que o mesmo consiga suprir a demanda dos benefícios dentro de seus limites, sem que sejam comprometidos os direitos fundamentais dos cidadãos.

Ademais, a pesquisa traz a importância de um rotineiro monitoramento e ajuste de políticas previdenciárias que busquem responder de forma adequada o que concerne as mudanças demográficas e as suas consequências. A implementação de reformas que visem o fortalecimento da arrecadação, a revisão dos critérios de elegibilidade e o ajuste dos benefícios, sem perder de vista a justiça social, são essenciais para garantir a continuidade do sistema previdenciário.

Diante do exposto, a pesquisa demonstra que a sustentabilidade do Regime Previdenciário brasileiro exige a implementação de uma abordagem multidisciplinar e colaborativa, que envolva a participação conjunta do Estado, da sociedade e principalmente dos que dela são segurados. Para que haja um futuro superavitário e promissor deste sistema, depende da capacidade de adaptação e inovação diante dos desafios que as novas configurações demográficas e econômicas da composição da sociedade trazem consigo. Buscando sempre

assegurar a proteção da sociedade de forma equitativa e sustentável, tanto para as gerações presentes, mas buscando a manutenção para as futuras.

Por fim, é de imensurável importância que o Estado realize estudos e pesquisas acerca da viabilidade da adoção de medidas proativas e inclusivas que busquem o fortalecimento do sistema da Previdência Social, de forma a qual haja a garantia de que este possa dar continuidade a sua função primordial, que é o amparo aos trabalhadores em momentos que se encontram vulneráveis no que se refere a capacidade laborativa, mas, de forma que a sua viabilidade financeira não seja comprometida. As propostas de reformas devem ser voltadas e pensadas com vistas a equilibrar os interesses econômicos do Estado e sociais, preservando a dignidade dos segurados e a proteção dos direitos que foram conquistados por meio das suas contribuições ao longo de suas vidas laborativas.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. **Seguridade Social no Brasil**. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bits-tream/1/1478/1/1998%20Vol.49%2Cn.3%20Baptista.pdf>. Acesso em: 13/05/2024.

BOSCHETTI, Ivanete. **Seguridade social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação**. Disponível em: <https://portalidea.com.br/cursos/bfdaa6c0ecd6e9f622631979427c5a5a.pdf>. Acesso em: 17/06/2024.

BRASIL, [Constituição 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19/06/2024.

BRASIL, Ministério da Fazenda. **Envelhecimento da População e Seguridade Social**. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/06/colprev37.pdf>. Acesso em: 20/06/2024.

BRASIL, Ministério da Previdência Social. **Tire suas dúvidas sobre o programa de revisão de benefícios.** Disponível em: <https://www.gov.br/inss/pt-br/noticias/tire-suas-duvidas-sobre-o-programa-de-revisao-de-beneficios>. Acesso em: 02/09/2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 636.941 Rio Grande Do Sul.** Relator Min. Luiz Fux. 13 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5581480>. Acesso em: 18/05/2024.

BRITO, Leonardo da Silva. **Custeio Previdenciário a Ameaça do Envelhecimento Populacional ao Regime Solidário de Repartição Simples.** Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/3987/1/TCC%20-%20Leonardo%20da%20Silva%20Brito.pdf>. Acesso em: 16/06/2024.

CASTALDELLO, Jaqueline Longhi. GAZZONI, Tainara. BORN, Morgana. FORTES, Cristina Lazzarotto. **Reserva do Possível: O Estado Provedor e a Problemática do Mínimo Existencial Aplicados ao Direito Previdenciário.** Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/72035483/492-Texto_do_artigo-2197-1-10-20131015-libre.pdf?1633830712=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DReserva_Do_Possivel_O_Estado_Provedor_e.pdf&Expires=1724723388&Signature=c5ExSq8FxFxUH090SdeHr-CHFBQhwpDtmtplHMLafsuVjV9Gw~o8R9mYBBotq4Zta1R~Z-B9CnY0UfzFViDc~mQ7g9pBCgLzVdeyhki5BvAv9NrBn5FggoA-V2mME3VT-F0z8JNk7jVR5x-zCpxBDeRooixy9dvUOFM~bWTUJOYy-t1ankFDio1l~qzGW~Ozv~~NXbeVp4KAsB2zwr6giGs13VH63Jm-bix-2HMOVGhyEGg~3L4z6zi2X0xDukLIReA0Vgk9T4IGvckz0MGe-MaWgS62hpSnBENLmFY1xiOkBWRHDzTdE1bmPtFxbpffL1ogZb-1m2-US~DvxM~HGI5yQqN5i5w__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLR-BV4ZA. Acesso em: 26/06/2024.

COSTA, Wenderson Fernandes da. VIEIRA, Gustavo de Magalhães. **As Mudanças no Cálculo do INSS após a Reforma da Previdência.** Disponível em: <https://revistas.unipam.edu.br/index.php/forumgerencial/article/view/2387/1649>. Acesso em: 09/10/2024.

DANTAS, Adrian Medeiros. **Direito Previdenciário: Do Básico ao Avançado.** [s.l.] Cursa Online Courses, 2024.

FERREIRA, Carlos Vinícius Ribeiro. **O Argumento Financeiro na Previdência Social**. 1º Edição, Curitiba – PR. Editora Juruá. 2023.

FONSECA, Rodrigo César de Moraes. **Previdência Social e Crescimento Econômico: Uma Análise dos Efeitos do Aumento da Expectativa de Vida no Brasil**. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/37687/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20Rodrigo%20C%a9sar%20de%20Moraes%20Fonseca.pdf>. Acesso em: 19/05/2024.

GENTIL, Denise Lobato; ARAÚJO, Eliane Cristina de; PUTY, Cláudio Alberto Castelo Branco; SILVA, Carlos Patrick A. **Outro Olhar para o Financiamento da Previdência Social no Brasil: A Centralidade da Formalização do Trabalho, Aumento de Produtividade e Gestão de Receitas**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rec/a/xWnXBX3xS-mqJtqJVCq59t9S/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 14/06/2024.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário**. 17ª edição, Rio de Janeiro – RJ. Editora Forense Ltda. 2022.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Pereira de. **Panoramas e Perspectivas da Previdência Social no Brasil**. Disponível em: <https://publicacoes.udf.edu.br/index.php/relacoes-sociais-trabalhista/article/view/450/176>. Acesso em: 29/08/2024.

LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCHYN, Jefferson Luis; KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Prática Processual Previdenciária**. Administrativa e Judicial. 15ª edição, Rio de Janeiro – RJ. Editora Forense Ltda. 2023.

LEIRO, Luciano Santana. **A Previdência Social no Brasil num Contexto de Transição Demográfica**. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/9784/1/LUCIANO%20SANTANA%20LEIROseg.pdf>. Acesso em: 20/06/2024.

LEITE, Eduardo Bastos Salomão; FERNANDES, Isac Elias Pinto; GOMES, Rickardo Léo Ramos. **O Custeio da Previdência Social no Brasil**. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Rickardo-Gomes/publication/360932700_O_CUSTEIO_DA_PREVIDENCIA_SOCIAL_NO_BRASIL_Autores_e_infomacion_del_articulo/links/6293d3b68d19206823e5c853/O-CUSTEIO-DA-PREVIDENCIA-SOCIAL-NO-BRASIL-Autores-e-infomacion-del-articulo.pdf. Acesso em: 29/08/2024.

LIMA, Gilvânkilim Marques de; SORTO, Fredys Orlando. **Reformas da Previdência Social no Brasil: Fatores que Conduzem o Processo Reformador**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/96bJ7rjbFSq-qmW7VbR4VMnM/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 30/08/2024.

LOMBARDI, Lucia Pereira Valente. **O financiamento da Seguridade Social como Instrumento de Sustentabilidade da Previdência Social**. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/22720/2/Lucia%20Pereira%20Valente%20Lombardi.pdf>. Acesso em: 14/06/2024.

MARINHO, Helvio Antonio Pereira; FILHO, Moises de Andrade Resende; LUCAS, Vander Mendes. **Análise do Impacto da alteração Normativa na Aposentadoria por Invalidez no Brasil**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/neco/a/6JHSYWXdGJfLGncVTt4px7v/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 14/06/2024.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Da Seguridade Social. Direito Previdenciário**. 41ª edição, Bela Vista – SP. Editora Saraiva. 2023.

MIRANDA, Gabriella Morais Duarte; MENDES, Antônio da Cruz Gouveia; SILVA, Ana Lúcia Andrade da. **O envelhecimento populacional brasileiro: desafios e consequências sociais atuais e futuras**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbagg/a/MT7nmJPPrt9W8vndq8dp-zDP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10/06/2024.

MORAIS, Lindocastro Nogureira de; LIMA, Jhéssica Luara Alves de; CONFESSOR, Francisca Cibeli Silva. **Política Pública de Inclusão Previdenciária**. Disponível em: <https://www.revistas.faculadademas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/2637/2008>. Acesso em: 08/10/2024.

MREJEN, Matías; NUNES, Letícia; GIACOMIN, Karla. **Envelhecimento Populacional e Saúde dos Idosos: O Brasil Está Preparado?** Disponível em: file:///C:/Users/Acer/Downloads/Estudo_Institucional_IEPS_10.pdf. Acesso em: 17/06/2024.

NASSAR, Elody Boulhosa. **Envelhecimento Populacional e Previdência Social: A Questão Social da Longevidade e o Financiamento dos Sistemas Previdenciários, Sob a Ótica do Princípio da Solidariedade Social.** Disponível em: https://repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/7337/1/Tese_EnvelhecimentoPopulacionalPrevidencia.pdf. Acesso em: 16/06/2024.

OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde. **Pesquisa de Base Populacional Sobre Envelhecimento Utilizando a Abordagem de Curso de Vida.** Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/59573/9789275727874_por.pdf?sequence=1. Acesso em: 17/06/2024.

REIS, Anna Karolina Monteiro dos; CASAGRANDA, Yasmin Gomes. **A Previdência Social Brasileira e a Sustentabilidade Financeira dos Seus Regimes: Sistematização da Teoria.** Disponível em: <https://unichristus.emnuvens.com.br/gestao/article/view/4527/1742>. Acesso em: 13/05/2024.

RODRIGUES, Gabrielly de Farias. **Evidências de impacto do envelhecimento populacional nas despesas previdenciárias dos Regimes Próprios de Previdência Social.** Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/11075/1/2015_GabriellydeFariasRodrigues.pdf. Acesso em: 13/06/2024.

SALES, Jobson de Paiva; VASELY, Thiago Andrigo. **Uma Breve História da Previdência Social.** 1º edição, Brasília - DF. Editora Jobson de Paiva Silveira Sales e Thiago Andrigo Vesely. 2022.

SANTOS, Darcy Francisco Carvalho dos. **A Previdência Social no Brasil: 1923 – 2009.** 1º edição, Porto Alegre – RS. Editora AGE. 2009.

SIDONE, Otávio José Guerci; COSTANZI, Rogério Nagamine; PEREIRA, Eduardo da Silva. **Como Saber se a Previdência Social é Sustentável? Indicadores Demográficos e Financeiros.** Disponível em:

<https://downloads.fipe.org.br/publicacoes/bif/bif502-22-29.pdf>.
Acesso em: 20/06/2024.

SIDONE, Otávio José Guerci; COSTANZI, Rogério Nagamine; PEREIRA, Eduardo da Silva; FERNANDES, Alexandre Zioli. **Sustentabilidade da Previdência I: Definições e Indicadores Demográficos e Financeiros**. Disponível em: <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-social/publicacoes-previdencia/publicacoes-sobre-previdencia-social/informes/arquivos/2022/informe-de-previdencia-abril-2022.pdf>. Acesso em: 06/09/2024.

SILVA, Aline dos Santos; FASSARELLA, Bruna Porath Azevedo; FARIA, Bianca de Sá; NABBOUT, Talel Georges Moreira El; NABBOUT, Hayfa Georges Moreira El; D'AVILA, Joana da Costa. **Envelhecimento Populacional: Realidade Atual e Desafios**. Disponível em: <https://globalacademicnursing.com/index.php/globacadnurs/article/view/171/385>. Acesso em: 17/06/2024.

SILVA, Emanuel Isaque Cordeiro da. **O Mundo Contemporâneo: Crescimento e Distribuição da População Mundial**. Disponível em: <https://philarchive.org/archive/DASOMC-2>. Acesso em: 20/06/2024.

SILVA, Wellem Ribeiro da. **Reformas previdenciárias e seus impactos na vida do trabalhador brasileiro**. Disponível em: <https://www.posgraduacao.unimontes.br/uploads/sites/20/2022/05/WELLEM-RIBEIROS-DA-SILVA.pdf>. Acesso em: 20/05/2024.

SOARES, Fabiano Burmann; BATISTA, Hugo Rafael; LADEIRA, Sérgio Carlos Pinto. **Os Impactos do Falso Déficit no Atual Sistema Previdenciário Brasileiro e a Sustentabilidade do Regime Geral de Previdência Social no Brasil**. Disponível em: <http://dspace.doctum.edu.br:8080/bitstream/123456789/4250/1/Os%20impactos%20do%20falso%20deficit%20Previdenci%C3%A1rio.pdf>. Acesso em: 30/08/2024.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. **Reserva do Possível e o Mínimo Existencial: Embate Entre Direitos Fundamentais e Limitações Orçamentárias**. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/86a7cb9df90b6d9bbd8da70b5f295870.pdf>. Acesso em: 26/08/2024.

SMANIOTTO, Abigail de Almeida Souza. **Análise do Impacto do Envelhecimento Populacional Sobre a Previdência Social.** Disponível em: <https://repositorio.unifesp.br/server/api/core/bitstreams/f21dec6d-9f8b-4968-9383-ed671f2ff358/content>. Acesso em: 17/06/2024.

WEBER, Thadeu. **A ideia de um “mínimo existencial” de J. Rawls.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/kr/a/9Xm9v9snhPspZRxqV6L-tP5F/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 26/08/2024.

WOLF, Guilherme Eidelwein. **Custeio da Seguridade Social no Brasil: A Previdência Social é Deficitária ou Superavitária?** Disponível em: <https://www.univates.br/bduserver/api/core/bitstreams/0c3448df-43b0-46bc-a58d-bfa2cb5ec18c/content>. Acesso em: 29/08/2024.

ASSEGURANDO A INTEGRIDADE DA JUSTIÇA: DESAFIOS E SOLUÇÕES NA AUTENTICAÇÃO DE PROVAS DIGITAIS NO DIREITO CIVIL

Yasmim Angela Casagrande¹

Gisele Dall'Igna Dallorsoletta²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a existência de instrumentos que auxiliem na comprovação da autenticidade dos documentos acostados aos processos judiciais cíveis, juntamente com a percepção da existência da boa-fé e ética dos advogados ao utilizarem provas digitais, em especial o “*print screen*”. Identificando as espécies de provas processuais, compreendendo a veracidade da prova digital no processo civil. Analisando o “*print screen*” e sua utilidade no processo civil em paralelo com a utilização da ata notarial, bem como outros meios viáveis. Observando a legislação existente e sua aplicabilidade no processo civil. Não é novidade a crescente influência que a tecnologia exerce em nossas vidas, especialmente com o advento não apenas dos aplicativos de mensagens instantâneas, mas também das plataformas de redes sociais. Como é amplamente reconhecido, o direito constantemente precisa ajustar-se às mudanças na sociedade humana, é imprescindível ajustar-se às evidências provenientes do meio eletrônico. Diante desse cenário, surge a questão de como assegurar a autenticidade dos documentos no contexto do processo civil perante o poder judiciário, especialmente considerando o uso de capturas de tela (*print screen*) e publicações em redes sociais como forma de prova. É crucial reconhecer que a tecnologia é altamente mutável, e existem amplas ferramentas disponíveis para alterar mensagens ou publicações, muitas vezes com intuito de favorecer uma das partes envolvidas no processo. Assim, a presente pesquisa busca analisar se existem métodos que podem ser empregados para atestar a veracidade

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), campus de Joaçaba, Santa Catarina. Contato:yasmimangelacc@gmail.com

² Mestranda em educação. Docente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC –. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário. Especialista em Educação Infantil, Séries Iniciais e Orientação Pedagógica. Licenciada em História. Bacharel em Direito. E mail: giseledall@gmail.com.

das provas digitais e se estes, apresentam ou não credibilidade para tal fim e quais são as dificuldades e limitações encontradas na utilização de provas digitais.

Palavras- chave: *Print screen*. Direito digital. Processo civil. *Blockchain*. Provas.

1 INTRODUÇÃO

É possível garantir veracidade nas provas digitais? De fato, o direito deve utilizar métodos de adaptação junto à evolução humana, uma vez que sem conflitos não há necessidade de legislação sobre determinado assunto. Vivemos cada dia mais em uma era extremamente tecnológica, onde tudo pode ser realizado por um simples clique ou uma simples conversa no WhatsApp. Deste modo, o mundo jurídico também deve adequar-se a esta nova realidade, então surge o questionamento, será que o poder judiciário brasileiro está de fato pronto para essa nova era?

Neste contexto, também se questiona a forma de assegurar a autenticidade dos documentos no contexto do processo civil perante o poder judiciário, especialmente considerando o uso de capturas de tela (*print screen*³) e publicações em redes sociais como forma de prova. É crucial reconhecer que a tecnologia é altamente mutável, e existem amplas ferramentas disponíveis para alterar mensagens ou publicações, muitas vezes com intuito de favorecer uma das partes envolvidas no processo.

³ O print screen nada mais é do que um recurso utilizado para capturar a imagem do que está aparecendo na tela do celular. A partir dessa função, se faz possível compartilhar fotos, textos e postagens com outras pessoas, além de permitir que esse conteúdo fique salvo na galeria de fotos do smartphone para a posterioridade, a partir de uma simples combinação de teclas do telefone. GARCIA, Milena. **Como tirar print screen no celular**. 2019. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/2019/10/como-tirar-print-screen-no-celular.ghtml>. Acesso em: 17 nov. 2024.

A crescente onda de migração das interações humanas para o meio digital e a evolução das tecnologias de informação têm transformado significativamente diversos setores, incluindo o jurídico. Nesse contexto, as provas digitais emergem como um elemento crucial para a elucidação de casos, desafiando as práticas tradicionais de coleta e apresentação de evidências, desafiando todo o sistema judiciário e legislativo, afim de propor soluções.

Diante disso, este trabalho busca explorar o conceito de provas digitais, suas características, formas de obtenção e os desafios legais e éticos que envolvem sua utilização. Além disso, será analisada a importância da fusão entre direito e tecnologia, considerando as consequências das evidências digitais no processo judicial. A pesquisa desse tema se revela fundamental para compreender o impacto da tecnologia no processo judicial, garantindo a efetividade e a segurança jurídica nas decisões judiciais contemporâneas.

A discussão se torna ainda mais pertinente em um cenário onde a digitalização de dados e a comunicação virtual se tornaram práticas comuns, exigindo dos operadores do direito uma adaptação às novas realidades. Serão abordados aspectos como a autenticidade, a integridade e a preservação das provas digitais, tal como a necessidade de regulamentação apropriada para garantir a segurança jurídica e a efetividade do processo civil. Menciona-se que a metodologia aplicada ao trabalho consiste em pesquisa bibliográfica e documental, baseada em doutrinas, jurisprudências, legislações, artigos, medidas provisórias, projeto de lei, sendo este com método científico hipotético-dedutivo.

Ainda, é necessário considerar a importância dos mecanismos digitais de certificação, tais como a assinatura digital e o próprio

*blockchain*⁴, que podem ser soluções com grande relevância ao tratarmos da validação e integridade das provas digitais. Ademais, a utilização da própria ata notarial e demais meios existentes, garantem efetivamente a confiabilidade das provas advindas do meio digital, garantindo consigo a segurança jurídica?

2 PROVAS DIGITAIS: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

No atual cenário tecnológico, o uso de provas digitais no processo judicial tem se tornado cada vez mais relevante e necessário. Com a evolução dos meios de comunicação e o uso massivo de ferramentas digitais, surge a necessidade de adaptação dos instrumentos legais à realidade contemporânea, de modo a assegurar a eficácia e a legalidade no processo de obtenção e valoração das provas. As provas digitais, entendidas como aquelas que se originam de dispositivos ou sistemas eletrônicos, têm características e peculiaridades próprias que diferem das provas tradicionais, exigindo, assim, uma compreensão mais aprofundada tanto de seu conceito quanto de suas limitações e desafios no âmbito do direito processual. Neste contexto, torna-se imperativo analisar de forma crítica a definição e os elementos que compõem as provas digitais, levando em consideração aspectos técnicos e jurídicos.

Oriundo do latim “*probatio*”, a prova vem a ser a persuasão, o convencer uma pessoa de algum fato. Tem se distinguido o conceito

⁴ A tecnologia blockchain é um mecanismo de banco de dados avançados que permite o compartilhamento transparente de informações de informações na rede de uma empresa. Um banco de dados blockchain armazena dados em blocos interligados em uma cadeia. Os dados são cronologicamente consistentes porque não é possível excluir nem modificar a cadeia sem o consenso da rede. Como resultado, você pode usar a tecnologia blockchain para criar um ledger inalterável ou imutável para monitorar pedidos, pagamentos, contas e outras transações. O sistema tem mecanismos integrados que impedem entradas de transações não autorizadas e criam consistência na visualização compartilhada dessas transações. AWS. **O que é a tecnologia blockchain.** Disponível em: <https://aws.amazon.com/pt/what-is/blockchain/?aws-products-all.sort-by=item.additionalFields.productNameLowercase&aws-products-all.sort-order=asc>. Acesso em: 17 nov. 2024.

lógico e conceito jurídico, uma vez que a prova em geral visa persuadir de uma verdade o espírito, o lado humano e sentimental; já a prova judicial é devidamente regulada por lei e intenciona a confirmação da verdade ou em meio a um fato controverso, que tende estabelecer-se de uma certeza para que o julgador possa prolatar uma decisão (Alvim, 2018, p. 250).

As provas são meios para dar conhecimento de um fato, elas têm por finalidade demonstrar a verdade do fato ocorrido, provar é convencer alguém, em especial o juiz. Na Bíblia, duas mulheres diziam ser mães de um menino, como não havia provas da verdade mãe, Salomão decide corta-lo ao meio, deixando cada mãe com metade, entretanto não haveria mais vida, então a mãe verdadeira renunciou seu direito, a partir disso Salomão convenceu-se que apenas uma mãe verdadeira poderia abdicar de seu direito para que o filho mantivesse vivo (Martins, 2024, p. 109).

Independente de qual conceito de prova se aborda, todas tem por objetivo convencer. Esse é o intuito, pode o autor subdividir os conceitos de prova ou ser objetivo, ao final chegaremos aos mesmos termos convencer, induzir, confirmar a verdade, persuadir. Já a prova judicial pode ser definida como “instrumento processual adequado a permitir que o juiz forme convencimento sobre os fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional” (Wambier, 2014, p. 516.).

A evolução dos dispositivos de armazenamento de dados e informações mudou com a evolução da tecnologia do disquete, disco rígido, CD, cartão de memória, pen drive, memória RAM ao compartilhamento de arquivos, armazenamento distribuído, rede local e *cloud*. Todos guardam registros que podem vir a se tornar provas devido a “rastros” deixados em qualquer tipo de alteração (AGE Telecom, 2023, n.p.).

Ao tratarmos das provas digitais, não há um meio fácil de conceituá-la, pois em síntese a essência é igual as demais provas, detendo assim por finalidade a comprovação ou não de fato ocorrido. A prova digital pode ser compreendida como demonstração de um fato ocorrido no meio digital, ou ainda um fato que não tenha ocorrido em meio digital, mas sua demonstração poderá se dar por esse meio (Thamay; Tamer, 2020, p. 31 e 32).

Ao analisarmos a legislação brasileira verifica-se que não há nenhuma proibição sobre a utilização da prova eletrônica, muito pelo contrário, existe uma aceitação sobre seu uso no Código civil (CC) e no Código de Processo Civil (CPC), isso desde que utilizado alguns padrões técnicos de coleta e guarda, a fim de garantir a integridade da prova, evitando ainda que esta prova seja obtida por meio ilícito. A evidência digital. É preciso que os operadores do direito saibam o que é um documento eletrônico, por este motivo é preciso ser multidisciplinares, estrategistas, ser inovador e principalmente compreender a tecnologia (Pinheiro, 2021, p. 261).

O Código de Processo Civil em seus artigos 439 e 440 prevê que a utilização de documentos eletrônicos no processo convencional, depende da conversão em forma impressa, e ainda a verificação de sua autenticidade, visando na forma da lei garantir a utilização de provas fidedignas. Ainda o juiz apreciará o valor probatório do documento digital que não for controvertido, mas também irá assegurar o acesso do teor às partes, para que não haja nem um prejuízo (Brasil, 2015, n.p.).

As provas mais comuns advindas do meio digital são as mensagens de texto, e-mails, registros telefônicos, fotos e vídeos. É cada vez mais frequente a utilização das mensagens instantâneas como provas nos processos judiciais, visto que informações importantes podem ser encontradas em conversas, como acordos firmados e até mesmo confissões. A admissibilidade das provas eletrônicas no

sistema processual brasileiro já foi e por diversos momentos ainda é objeto de discussão e regulamentação, que buscam meios para estabelecer critérios de validação e seu valor probatório (Neto, 2023, n.p.).

Torna-se essencial a explicação sobre as espécies de provas, uma das espécies de prova digital mais utilizada é o “*print screen*” que consiste na simples captura da tela, um material simples que por vezes é passível de alteração, a facilidade é tanta que sites comuns da internet podem realizar essa modificação com o uso do recurso “inspecionar elemento”. A realidade é que o simples “*print*” pode ser alterado por qualquer designer que tenha boas noções UX, ou até mesmo por meio de edição de imagem que por vezes pode parecer autêntico (Souza; Munhoz; Carvalho, 2023, p. 73).

Os juristas por vezes enfrentam essa dificuldade e visando garantir a autenticidade e a validade do “*print*” ou de outras provas digitais utilizam da ata notarial. A ata notarial tem previsão tanto no Código de Processo Civil (CPC), quanto na lei de registros públicos, o tabelião registra documentalmente os fatos que observa no meio digital. Um ponto que merece destaque é que o tabelião não pode lavrar a ata apenas com “*prints*”, ele precisa verificar tudo pessoalmente. Vale lembrar que a ata notarial conta com a fé pública do tabelião e a presunção de veracidade (Thamay; Tamer, 2020, p. 132 - 134).

Como meio de provas, temos também o serviço de e-mail que na sua base trabalha com o uso de protocolos, tanto o envio quanto no recebimento das mensagens; para o envio dos e-mails é utilizado o serviço SMTP, já no recebimento das mensagens são utilizados os serviços IMAP e POP3; sendo que o serviço IMAP consegue manter as mensagens arquivadas no servidor de e-mail, enquanto o POP3 não armazena as mensagens no servidor após serem baixadas. No uso cotidiano de serviços de e-mail, a maioria dos usuários

não tem contado direto com esses serviços, considerando que são usados serviços de webmails como Gmail, Hotmail e Yahoo, onde a plataforma utilizada faz a comunicação entre os servidores de forma imperceptível, realizando as trocas das informações e mantendo registros sobre essa comunicação, através desses registros mesmo que um dos usuários apague as mensagens é possível identificar a interação feita pelos servidores (Souza; Munhoz; Carvalho, 2023, p. 133).

Ainda podemos utilizar o log, este é gerado por software, o mesmo possui informações das operações, atividade e padrão de uso de um servidor ou sistema. Apresenta todos os registros históricos, mensagens com dados descritivos como data e hora a fim de mostrar os acessos. O mesmo permite um registro detalhado de todas as ações, mesmo se der algo errado com o sistema. Os arquivos de log podem servir para monitorar o perfil dos usuários em tempo real. Permite o monitoramento de trabalho em rede e interface (AWS, 2024, n.p.).

Quando nos referimos ao log, esse está interligado ao armazenamento de nuvem, que consiste em um armazenamento de dados e arquivos na internet. O sistema permite o backup de arquivos e os protege, permitindo o acesso em qualquer lugar. A facilidade desse acesso e armazenamento faz com que as pessoas procurem e utilizem mais, porém, ficam mais vulneráveis ao vazamento de dados. Mesmo correndo este risco a busca é crescente devido a praticidade de acesso a dados antigos (AWS, 2024, n.p.).

Os registros de log permitem a criação de padrões do usuário, assim para as operações de rede e segurança o gerenciamento de logs permite a constatação destes padrões e problemas, desta forma o perito pode identificar a autenticidade e inviabilidade de um arquivo verificando se o mesmo foi adulterado ou não. Atualmente os peritos utilizam ferramentas inteligentes para este gerenciamento de

registros a fim de aumentar sua eficiência e garantir maior agilidade para concluir a perícia judicial em uma prova digital (Ludgero, 2022, n.p.).

Ao tratar do princípio da liberdade de provas, destacam-se as provas atípicas, uma vez que não existe previsão legal, apesar da admissibilidade dessas provas é preciso que estas não sejam ilícitas ou imorais; existindo limitações para que os direitos fundamentais sejam garantidos por meio destas. As provas digitais não são totalmente atípicas no ordenamento jurídico, uma vez que o Código de Processo Civil (CPC) em seu art. 422, § 1º, menciona fotografias digitais, apesar da breve menção, ainda não abrangem uma quantidade significativa das provas digitais (Albeche, 2023, n.p.).

Conforme exposto na Constituição Federal (CF/88) em seu artigo 5º, inciso LVI: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*” (Brasil, 1988). Esse princípio reflete a preocupação do ordenamento jurídico com a licitude das provas, assegurando que o processo seja conduzido de forma justa e respeitosa aos direitos fundamentais. Além disso, sobre as provas digitais, o Código de Processo Civil (CPC) em seu artigo 369 trata a prova como um direito fundamental, visto que é garantido o direito das partes de demonstrar a verdade dos fatos que alega; salienta-se que ao julgar determinado fato o juiz irá utilizar-se das provas. Os artigos 6º e 378 deste mesmo *codex* são interligados, visto que ninguém pode se eximir de colaborar com o Poder Judiciário; visando a relação de cooperação para que em tempo razoável obtenha-se decisão de mérito (Donizetti, 2018, p. 336).

O princípio do devido processo é o meio legal de controlar o arbítrio do Legislativo e a discricionariedade dos atos do Poder Público, com o principal objetivo de realizar um exame de razoabilidade e racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público. Outrossim o princípio do devido processo legal é uma fusão entre o

princípio da legalidade e da razoabilidade a fim de realizar um controle da validade dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais. A visão constitucional, está cada vez mais se universalizando, então os princípios e os direitos fundamentais passam a ser visto como essencial para o exercício de outros direitos fundamentais. É preciso entender que este princípio visa assegurar o resultado final do processo (Câmara, 2024, 50 e 51).

O princípio da liberdade probatória, está diretamente ligado ao direito das partes de demonstrar o que alega e consiste na busca para que qualquer fato, independentemente de suas particularidades possa ser demonstrado, este princípio existe para garantir uma ampla gama de possibilidades de demonstração de um fato. Caso tal princípio não fosse admitido, a ausência de previsão legal implicaria diretamente na privação da apresentação de fatos diretamente ligados a provas que possivelmente seriam consideradas impossíveis (Thamay; Tamer, 2020, p. 67).

A legislação das provas digitais no Brasil está em processo de estudo e constante evolução. É papel do advogado buscar os resultados de seus processos judiciais, estas provas vêm a contribuir e a agregar ao seu trabalho, cabendo a ele seguir as etapas, garantindo a devida cadeia de custódia também no âmbito cível, haja vista que a legislação brasileira sobre provas digitais encontra-se de forma esparsa, as principais são: Infra- Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (MP nº 2.200-2/2001), Lei do Processo Eletrônico (Lei nº 11.419/2006), Elaboração e Arquivamento de Documentos em Meios Eletromagnéticos (Lei nº 12.682/2012), Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), Pacote Anticrime (Lei nº 13.694/2019) e Normas de Obtenção e Admissibilidade de Provas Digitais (PL 4.939/2020) (Souza; Munhoz; Carvalho, 2023 p. 221 e 222).

Em agosto de 2001, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, por meio da Medida Provisória nº 2.200-2/2001, com força de lei, instituiu a Infraestrutura de Chaves Brasileira- ICP-Brasil, nos termos do artigo 1º a presente medida visa garantir a integridade, autenticidade e validade jurídica de documentos eletrônicos; conforme o artigo 10º os documentos digitais podem ser públicos ou privados. Ainda a medida provisória institui o Comitê Gestor e sua composição, nos termos do artigo 4º, este Comitê visa adotar as medidas necessárias e coordenar a implementação e o funcionamento do ICP-Brasil; estabelecer a política, os critérios e as normas técnicas para os credenciamentos, dentre outras funções de competência estabelecidas no artigo mencionado (Brasil, 2001, n.p.).

Com o tempo fez-se necessário a informatização do processo judicial e em 2006 foi sancionada a Lei nº 11.419 que alterou o Código de Processo Civil (CPC/), com o intuito de permitir a tramitação de processos por meio eletrônico, regulando sua funcionalidade e autenticidade. O artigo 11 desta Lei destaca que os documentos produzidos eletronicamente poderão ser anexados aos processos eletrônicos com garantia de efeitos legais de documentos originais, desde que apresente sua origem e seu signatário. O § 3º deste mesmo artigo menciona a preservação dos documentos originais pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença (Brasil, 2001, n.p.).

Já em 2012 foi sancionada Lei nº 12.682 que trata sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos. A legislação dispõe em seu artigo 3º sobre o processo de digitalização a fim de manter a autenticidade, integridade e ainda por meio da assinatura eletrônica a confiabilidade do documento digital. A legislação trata de tal implementação em esfera pública direta ou indireta a fim de utilizarem tal meio de armazenamento. Outro ponto de destaque é que este documento digital quando realizado em

conformidade com a legislação terá valor probatório do documento original (Brasil, 2012, n.p.).

Ainda em destaque encontramos o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), o qual visa estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet. O artigo 5º da referida Lei, especifica alguns conceitos importantes que por vezes poderão ser utilizados quando o assunto são as provas digitais. Um exemplo disso está descrito no inciso III que dispõe sobre o conceito de endereço de protocolo de internet, também conhecido como endereço de IP, o código que se atribui a um terminal, e permite a identificação, o que é definido por parâmetros internacionais (Brasil, 2014, n.p.).

O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) traz direitos, garantias e deveres aos usuários e as empresas. Alguns princípios regem tal marco sendo eles, liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento; proteção da privacidade e dos dados pessoais e a garantia da neutralidade da rede. O princípio da garantia da liberdade vem ao encontro do artigo 5º da Carta Magna, que visa limitar a remoção de conteúdo, garantindo que todos possam expressar suas vontades, exceto quando houver ordem judicial. O princípio da privacidade visa garantir a proteção dos usuários em relação as empresas que fazem o armazenamento dos registros de navegação dos usuários. Por fim, o princípio da neutralidade visa assegurar que independe do tipo de conteúdo acessado não haja diferenciação de valores. Esses são os principais princípios, mas ainda existem outros não mencionados pois não estão relacionados diretamente ao presente estudo (Fachini, 2022, n.p.).

O Marco Civil da Internet é uma lei principiológica, uma vez que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet em território nacional, bem como estabelece diretrizes que devem ser seguidas pelo Poder Público. Também existem

determinações direcionadas aos agentes que operam a internet. Por fim, pode se explicar que “marco” se entende como referência ou ponto de referência, “civil” pois trata de pessoas e “internet” por significar a rede mundial de computadores. Então o Marco Civil da Internet pode ser compreendido como a delimitação dos direitos do cidadão quanto ao uso da rede em território brasileiro (Teixeira, 2018, p. 106).

Atualmente está em tramitação a Proposta de Lei (PL) 4.939/2020, que altera o Decreto-Lei nº 2.848/1940, visando dispor sobre o direito da tecnologia da informação, a obtenção e admissibilidade de provas digitais, tanto no que tange a investigação quanto no processo. Em 2021 os deputados Rui Falcão e Bibo Nunes requereram a realização de uma audiência pública afim de debater juntamente com empresas e associações do ramo da tecnologia. Em março de 2024 a proposta passa pela instalação de nova comissão, uma vez que o relator deixou de integrar a Comissão. A proposta conceitua a prova nato digital originalmente gerada em meio digital, ainda cita outros pontos importantes como prova digitalizada, pacote de dados, autenticidade e integralidade da prova (Brasil, 2020, n.p.).

O senador Rodrigo Pacheco instituiu no início deste ano uma comissão de juristas para revisar o Código Civil de 2002 (CC), liderada pelo ministro Luiz Felipe Salomão, a qual discutiu possíveis alterações, especialmente a inclusão do direito digital. As principais propostas de mudança incluem a criação do direito digital para estabelecer direitos e proteção das pessoas; tratamento da pornografia falsa e imagens íntimas para garantir a remoção de links nos mecanismos de busca; instituição de indenização por danos sofridos em ambiente virtual; exigência de que as plataformas digitais adotem mecanismos para verificar a idade do usuário e, em caso de vazamento de dados, sejam responsabilizadas civilmente. A proposta também define o conceito de patrimônio digital, que poderá ser incluído em testamentos,

regulamenta a assinatura digital e requer identificação em casos de utilização de Inteligência Artificial (IA) (Baptista, 2024, n.p.).

A Resolução n. 408 de 2021 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dispõe acerca do recebimento, armazenamento e acesso a documentos digitais relativos a processos administrativos e judiciais. O artigo 1º prevê que os documentos e peças digitais encaminhadas para juntada nos autos devem ser, compatíveis com os sistemas eletrônicos utilizados pelo Poder Judiciário. A resolução entende que o documento/peça digital é um arquivo com informações registradas, codificadas, acessível e interpretável por software. Já o artigo 5º trata dos possíveis riscos à violação da intimidade, especificando o uso de documento “reservado/sensível”, garantindo o sigilo destes documentos (CNJ, 2021, n.p.)

No contexto atual, utilizamos a tecnologia com maior ênfase, se comparado a poucos anos atrás, quando fazíamos uso apenas para realizar pesquisas e consultar e-mail, atualmente ocupamos cerca de seis horas por dia nas redes sociais, outrossim algumas pessoas fazem uso para o trabalho. Assim, a proposta de reforma do Código Civil (CC) visa instituir um novo livro “Direito Civil Digital”, o qual será dividido em 10 (dez) capítulos, contendo alguns pontos chaves como a proteção dos direitos de personalidade e os dados; garantias de um ambiente seguro; diretrizes para a Inteligência Artificial (IA) (Nunes, 2024, n.p.).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) considera válida a prova digital que preenche os requisitos de existência, validade e eficácia. O egrégio Tribunal ainda acredita que a mera captura de tela é insuficiente para a comprovação, uma vez que pode ser facilmente violada e não cumpre o método disposto no artigo 411 do Código de Processo Civil (CPC) o qual considera o documento autêntico quando o tabelião atesta mediante fé pública e/ou a autoria estiver

identificada por meio legal de certificação, inclusive eletrônica, desde que seja compatível com a lei e/ou ainda quando o documento não for impugnado pela parte contrária (Santa Catarina, 2021, n.p.).

A jurisprudência mencionada cita a existência da Organização Internacional de Padronização (ISO), norma que tem por objetivo padronizar o tratamento das evidências digitais, bem como assegurar que as provas digitais tenham o mesmo método mundialmente, de maneira sistemática e imparcial, afim de preservar sua integralidade e autenticidade (Oliveira, 2024, n.p.).

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) ao julgar pelo desprovimento de um agravo de instrumento nº 0038600-06.2022.8.16.0000 da 1ª Vara de Falência e Recuperação Judicial do Foro Central, com o fundamento que a mera captura de tela não permite o acesso aos metadados impossibilitando sua autenticação. O intuito do relator não é questionar a tecnologia “*blockchain*”, que por ele é comparada com um livro-razão, nesse contexto os registros detalhados são considerados uma mera captura de tela não apresentando os procedimentos realizados que resultaram na imagem, mas sim destacar que no presente caso a mera apresentação dos “*prints*” impossibilita o pedido de habilitação de falência (Paraná, 2022, n.p.).

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO) decidiu por unanimidade cassar a sentença, na apelação cível nº 5653979-59.2019.8.09.0093, uma vez que a corte já vem decidindo no sentido de que meras capturas de telas (print), apresentado unilateralmente, não são suficientes para comprovação, é preciso apresentar outras provas que corroborem com a prova digital (Goiás, 2020, 2 à 5).

Ainda, ao analisar jurisprudências de outros tribunais, observa-se que há entendimentos similares quanto à validade dos prints, exigindo os três requisitos mencionados anteriormente. Além disso, tribunais

como o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Tribunal Superior do Trabalho (TST), entre outros, também mencionam outro método para garantir a cadeia de custódia da prova, o “*blockchain*”. Este consiste na divisão dos dados em blocos, de modo que, ao enviar as informações para um usuário, estas ficam registradas. Caso ocorram alterações, tais mudanças também são registradas, gerando contradições entre as versões originais e modificadas (Souza; Munhoz; Carvalho, 2023, p. 65).

Apesar da ausência de uma norma específica sobre as provas digitais, o judiciário tem encontrado saídas com legislações esparsas, uma vez que tem se uma base para a utilização dessas provas, possivelmente com a aprovação da Proposta de Lei (PL) 4.939/2020, as lacunas serão preenchidas e com a utilização do “*blockchain*” e da Norma ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013⁵ será possível ter o mínimo de confiabilidade que carecem nessas provas, por este motivo é preciso abordar a autenticidade das provas digitais no âmbito jurídico.

3 AUTÊNTICIDADE NAS PROVAS DIGITAIS NO CONTEXTO JURÍDICO

A autenticidade refere-se à veracidade e a genuinidade dos documentos, ou qualquer outro objeto que possa ser considerado prova de um processo. Outrossim a autenticidade de um documento está determinada pela sua origem e integridade. O documento autêntico é aquele que foi produzido pela pessoa ou entidade a quem lhe foi

⁵ Esta norma é padrão internacional para identificação, coleta, aquisição e preservação de evidências forenses digitais em todas as etapas no processo de investigação. Esta norma faz parte das 45 normas da família ISO 27000 – Gestão da Segurança da Informação. Sem dúvidas, uma das normas mais relevantes para profissionais que seguem ou pretendem seguir carreira de perito forense. OLIVEIRA, Vinicius Machado de. **ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013**. Disponível em: <https://academiadeforensedigital.com.br/iso-27037-identificacao-coleta-aquisicao-e-preservacao-de-evidencia/>. Acesso em: 14 jun. 2024.

atribuído e ainda não sofreu alterações, existem algumas formas de comprovar a autenticidade de documento, sendo elas: reconhecimento de firma, autenticação em cartório e documentos digitais por meio dos certificados e assinaturas digitais (Aurum, 2024, n.p.).

Apesar de possíveis dificuldades geradas pela tecnologia, tais como: a fácil adulteração de informações que circulam na internet, ela mesmo apresenta a solução diante da preservação probatória. Um exemplo é a Corte de Internet Hangzhou na China, cujo sistema de preservação das provas utiliza-se do “*blockchain*”. A plataforma funciona mediante cadastro das partes, as quais têm interesse de utilizar da rede e podem aproveitá-la no processo judicial. Mesmo não sendo o país pioneiro as decisões dos tribunais brasileiros mencionando “*blockchain*” e outros meios como forma de garantir a autenticidade da prova. (Thamay; Tamer, 2020, p. 175 e 176).

Em outro sentido, é necessário confirmar a integridade do conteúdo da prova, uma vez previsto no artigo 408⁶ do Código de Processo Civil (CPC), presumem-se verdadeiras as declarações constantes no documento particular assinado. Mas se existem dúvidas sobre determinado fato e há somente um documento particular, teremos um impasse quanto ao interesse na veracidade da prova. Quando tratamos de provas digitais, existe uma preocupação maior, já que são facilmente alteráveis, normalmente sem deixar registro. Lessa (2010, n.p.) afirma ainda que não é possível a garantia de que o documento não foi alterado, tampouco por quem foi alterado. Para que pudéssemos garantir a integridade do documento eletrônico precisaríamos confirmar que este não foi alterado, o que para o autor é praticamente impossível em computadores particulares.

⁶ Art. 408. As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. BRASIL. Código de Processo Civil nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 maio 2024.

Sobre o “blockchain”, observa-se que uma vez que a plataforma conectada de armazenamento digital descentralizado⁷, permite-se que sejam salvos documentos de conteúdo fático, o qual pode ser extraído resultado, desta forma conferindo a sua utilidade no âmbito judicial. Assim existem duas formas principais de preservação por meio da ferramenta “blockchain”: a primeira é de compreensão, que aparenta ser mais simples, já que se salva na rede um documento eletrônico, que precisa terminar em PDF ou ainda o documento é confeccionado na própria rede, por exemplo os contratos inteligentes⁸, essa forma/funcionalidade, visa salvar e armazenar o documento como a maioria das plataformas, a diferença é que ao inserir uma informação em uma rede descentralizada o conteúdo em regra será, imutável. A segunda funcionalidade de preservação é que a ferramenta permite a verificação da existência do conteúdo disponível na internet. Com a disponibilização do endereço da página de internet, a rede realiza uma verificação se a página está acessível e salva, em sua própria rede uma cópia idêntica do conteúdo, criando a prova no momento da verificação. (Thamay;Tamer, 2020, p. 178 e 179).

Alguns juristas não confiam o suficiente no “blockchain”, uma vez que entendem que o método isolado não é suficiente para garantia da integridade das provas, visto que não impede que o conteúdo da internet

⁷ A descentralização refere-se à transferência de controle e tomada de decisão de uma entidade centralizada (indivíduo, organização ou grupo deste) para uma rede distribuída. Redes descentralizadas se esforçam para reduzir o nível de confiança que os participantes devem depositar uns nos outros e impedir sua capacidade de exercer autoridade ou controle uns sobre os outros a ponto de degradar a funcionalidade da rede. AWS. **O que é descentralização em blockchain?** Disponível em: <https://aws.amazon.com/pt/web3/decentralization-in-blockchain/>. Acesso em: 26 nov. 2024.

⁸ Tais contratos são desenvolvidos diretamente nessa rede descentralizada, e como qualquer contrato de papel, podem conter direitos e obrigações das partes envolvidas. Além disso, depois de tecnicamente configurados são autoexecutáveis, não dependendo da interação humana para o desenvolvimento das relações jurídicas deles decorrentes. Reduz os custos de forma significativa ao passo que elimina os intermediários nas transações que, para tanto, cobram altas taxas que encarecem o preço dos produtos finais. THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício. **Provas no direito digital**: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, Revista dos Tribunais, 2020.

seja previamente fraudado e posteriormente preservado, criando uma falsa verdade. Ainda se destaca que a garantia de confiança não é alcançada pela mera inserção do material em ambiente seguro, de igual forma que apenas armazenar um objeto físico em um saco de evidências, não garante a integralidade da prova (Direito e Tecnologia, 2023, n.p.).

Para que esta tecnologia seja confiável, é preciso que, durante a implementação, os interesses do aplicador sejam deixados de lado, pois ao falarmos de provas digitais o “*blockchain*” pode ser usado na preservação posterior, esse fato acontece por que ao calcular os códigos HASH, podemos inseri-lo na rede, a fim de garantir a integralidade e preservação da prova. Há quem entenda que a tecnologia teria a finalidade de autenticar as informações, entretanto isso ocorre apenas em cenários específicos (Souza; Munhoz; Carvalho, 2023, p. 66).

A verdade é que ainda se trata de um tema passível de discussão, pois, é visível que para alguns, a tecnologia “*blockchain*” garante e assegura a autenticidade das provas digitais, já para outros, como Lessa (2010) o método ainda não é o suficiente. Em sentido diverso Souza, Munhoz e Carvalho (2023) acreditam que de fato a tecnologia possui grande potencial para obter destaque no âmbito jurídico. A partir da inserção no sistema, é possível a garantia do resguardo da prova, entretanto em momento anterior, ainda existirá alguma garantia de que não houve alteração? Esse é o ponto em que faz com que alguns juristas deixem de acreditar na real funcionabilidade da tecnologia “*blockchain*”.

Podemos mencionar, ainda a norma ABNT NBR ISSO/IEC 27037:2013, cujo intuito é padronizar o tratamento das provas digitais para garantir sua admissibilidade, garantindo a veracidade dos fatos, bem como seu valor probatório. Importante ressaltar que a norma

não foi criada especificamente para dispositivos digitais, mas busca a imparcialidade, precisão, transparência aos dados coletados, o que em um modo geral pode facilmente ser aplicado ao meio digital (Souza; Munhoz; Carvalho, 2023, p. 57).

No tratamento de evidências, conforme a norma ABNT NBR ISSO/IEC 27037:2013, são considerados quatro aspectos fundamentais, sendo eles: audibilidade, repetibilidade, reprodutibilidade, justificabilidade. Ao tratarmos da audibilidade é preciso compreender que o intuito é verificar se o método científico foi seguido de forma adequada, recomenda-se que seja armazenados os documentos para uma possível avaliação das atividades realizadas. A repetibilidade ocorre quando se realiza os mesmos testes diversas vezes e obtem-se o mesmo resultado. A reprodutibilidade ocorre quando os mesmos resultados são reproduzidos por diferentes métodos, condições e a qualquer tempo. Por fim, a justificabilidade visa justificar todas as ações e métodos utilizados para o tratamento da prova digital (Oliveira, 2024, n.p.).

A referida norma visa padronizar a coleta da evidência, a fim de garantir que ao final da coleta haverá uma garantia de sua integralidade. Originalmente a norma não foi criada visando as provas digitais, mas mostra-se uma das possíveis e aceitas soluções, em boa parte dos tribunais (Souza; Munhoz; Carvalho, 2023, p. 57).

Outra alternativa para conferir autenticidade às provas digitais, é o uso da ata notarial, sem dúvida, configura-se como um dos meios mais reconhecidos para a obtenção de garantias em relação às provas digitais. Sua previsão expressa no Código de Processo Civil (CPC) de 2015 representou um avanço, visto que, anteriormente, tal instituto era regulamentado apenas pela Lei n.º 8.935/94. Esse documento pode ser lavrado em qualquer Cartório de Notas, sendo importante destacar que, conforme a finalidade da ata, poderá haver ou não a necessidade

de observância da competência territorial, conforme estipula o artigo 9º da referida Lei. O notário, ao utilizar-se de seus sentidos — visão, audição, paladar, tato e olfato —, tem a incumbência de registrar os fatos de forma detalhada, conferindo ao documento caráter probatório (Martins, 2022. n.p.).

Instrumento público, lavrado por tabelião dotado de fé pública, a ata notarial irá narrar os fatos tais como são, sem utilizar-se de sua convicção. A partir do momento em que o tabelião não aplica os métodos adequados para avaliar e transcrever irá gerar uma prova digital carecendo de elementos de autenticidade. O ideal para realização da ata notarial neste caso seria um perito técnico, associado a fé pública, aí teríamos a técnica e a imparcialidade unidas, entretanto não é este o cenário atual (Souza; Munhoz; Carvalho, 2023, p. 77 a 78).

Considerado um documento de extrema importância para atividade probatória ligada ao digital e ao uso da tecnologia, esta ata é uma prova documental como qualquer outra, a diferença está que a ata notarial goza da prerrogativa de estar prevista no Código de Processo Civil (CPC), bem como também ter previsão na Lei 8.935/1994, que além de imagens podem ser utilizados vídeos e áudios (Thamay; Tamer, 2020, p. 133).

Por muito tempo a ata notarial foi uma das poucas formas de garantir autenticidade e ainda hoje é um dos meios mais fáceis e conhecidos por todos. Sem muitas ressalvas o tabelião garante a autenticidade por meio da fé pública, alguns autores acreditam na viabilidade e maior garantia com a inserção de um perito técnico dotado de fé pública, aparentemente teríamos a técnica e a imparcialidade

⁹ Art. 9º O tabelião de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação. BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. . Brasília, 21 nov. 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 15 jun. 2024.

juntas, mas ficamos presos a possibilidades rasas em de tal fato acontecer realmente (Martins, 2022. n.p.).

Outro meio de autenticação é a Verifact, que se enquadra em requisitos apontados por normas internacionais, destacando seus fácil acesso e baixo custo. Os responsáveis afirmam que o procedimento permite reconhecer o conteúdo que estava publicado em determinado site, em certo momento, tal qual se apresenta nos conteúdos, existindo meio de evitar as interferências. Como forma de mostrar sua capacidade a empresa disponibiliza em seu site oficial laudos emitidos afirmando a capacidade de evitar a manipulação do conteúdo durante e após a coleta e preservação do material (Souza; Munhoz; Carvalho, 2023, p. 79).

A Verificat é uma plataforma online que coleta evidências digitais para comprovar-se um conteúdo foi realmente publicado em determinado site, a plataforma ainda permite que os usuários colem áudios, imagens vídeos e textos de outros sites ou redes sociais, possuindo uma forma ágil e intuitiva, facilitando a vida do usuário. Frisa-se que a tecnologia tem aceitação e validade jurídica, além de populares e advogados a tecnologia em questão é utilizada pelo Ministério Público Federal e de vários estados, e até Polícia Civil (Verifact Tecnologia, 2022, n.p.).

Salienta-se que a Verifact diferente da maioria das plataformas possui um ambiente virtual privado para cada sessão de registro, sendo que criado um sistema operacional exclusivo para cada sessão, com acesso à internet independente e acesso remoto limitado. A realização da coleta ocorre dentro de servidores da própria empresa, o que impede que outros usuários acessem, para evitar que não haja interferências. Um destaque é a preservação do conteúdo contra possíveis manipulações que é realizada com o uso da Certificação Digital ICP/Brasil (Souza; Munhoz; Carvalho, 2023, p. 80).

Observa-se dessa forma que a Verificat atende os princípios da legislação vigente no que tange a cadeia de custódia. De forma mais técnica, a Verifact segue as recomendações internacionais como a ABNT NBR ISSO/IEC 27037:2013. Ainda o método possui uma tecnologia dita pela empresa exclusiva que evita a adulteração do conteúdo online durante a coleta e antes mesmo da preservação. Destaca-se ainda que em caso de contestação da prova, existe a possibilidade de realização de auditoria dos conteúdos, a empresa garante a possibilidade de comprovar que o conteúdo digital é exatamente aqui dito (Verifact Tecnologia, 2022, n.p.).

O foco da Verifact é a documentação online, salienta-se que cabe as partes envolvidas informar a origem das informações no contexto online, a coerência dos argumentos alegados e sua completude, o que é um ponto comum com as provas documentais. Os autores Souza, Munhoz e Carvalho (2023, p. 80 e 81) ainda destacam que há um alto índice de confiança ao longo do isolamento, coleta e preservação, a empresa possui pareceres técnicos que tratam de sua efetividade contra a manipulação durante a coleta, bem como o isolamento e a preservação (Souza; Munhoz; Carvalho, 2023, p. 80 a 81).

Se compararmos o âmbito civil com o âmbito penal, é perceptível que a esfera penal está à frente no contexto das provas digitais, conforme decidiu a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que provas obtidas de aparelhos eletrônicos e não utilizarem os métodos adequados para assegurar autenticidade e integridade dos dados extraídos, carecem de veracidade. Desta forma, o colegiado entende que as provas digitais podem ser facilmente alteradas, inclusive de forma imperceptível, o que acaba gerando a necessidade de um cuidado ainda maior com o tratamento e a custódia da prova, em caso de não atendimento ao devido tratamento, a confiabilidade da prova fica atingida podendo geral inclusive a anulação. No caso

em concreto concluiu-se que a polícia não poderia ter utilizados os prints de WhatsApp como prova ao longo da investigação criminal (STJ, 2024, n.p.)

Ainda, nesse sentido, no ano de 2022 a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu decisão inviabilizando os “prints” de WhatsApp como meio de prova. Em decisão do Tribunal local foi declarada a ilicitude dos documentos que foram apresentados, uma vez a ausência da cadeia de custódia da prova. Na decisão foi apontado o método ABNT 27037, como forma complementar a legislação a fim de garantir a veracidade das provas digitais (Lopes, 2022, n.p.).

Mesmo tratando-se de decisões no âmbito criminal é perceptível que é cada vez maior o entendimento nos tribunais acerca da necessidade da devida coleta das provas digitais, uma vez que o as mesmas podem ser facilmente adulteradas, dificultando a devida aplicabilidade da lei, bem como em algum tempo tais decisões passaram a afetar a esfera civil.

Um dos pilares essenciais para garantir a integridade das provas digitais é a segurança digital. É evidente a facilidade na adulteração ou falsificação destas evidências, tornando-se necessário a criação de medidas mais rigorosas/efetivas. No contexto da responsabilidade civil a cibersegurança é essencial, neste sentido a inclusão das provas digitais no âmbito jurídico exige a mudança na abordagem tradicional, não pretendendo apenas a aplicação das normas legais, mas também visando um compromisso ético com a justiça e a verdade. A responsabilidade civil neste contexto não é apenas uma questão legal, mas também uma questão fundamental, visando preservar a confiança da justiça (Ludgero, 2023, n.p.).

A responsabilidade civil tende a ter uma função reparatória, mas ao tratarmos de provas digitais, os debates não alcançaram tal nível, uma vez que abarcam tão somente a admissibilidade, autenticidade e

integralidade da referida espécie. A apresentação de “meros prints” não basta, exige a devida aquisição válida dos respectivos dados originais digitais de cada mensagem, visto que o “mero print” pode ser adulterado, já os dados originais referem-se a arquivos armazenados pelo próprio aplicativo, apresentando por ora maior grau de dificuldade para usuários comuns efetuarem qualquer alteração, considerando a necessidade de conhecimentos técnicos em tecnologia da informação, bem como, poderá deixar rastros nos arquivos, os quais poderão ser identificados por uma perícia digital (Moreira, 2023, n.p.).

A 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso (TJMG) prolatou decisão seguindo entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) na esfera criminal, frisando que “meros prints” de tela de WhatsApp não são suficientes como meio de prova, apresentando comparação entre as esferas e aplicando em ação de execução de título extrajudicial. Ademais, os tribunais vem cada vez mais prolatando decisões a fim de firmar a necessidade da ata notarial ou outros meios de preservação da autenticidade da prova, uma vez que existem ferramentas suficiente para realizar a edição da conversa excluindo as mensagens, restando impossibilitada a realização de perícia, resta-se necessário munir-se de provas de inúmeras espécies, bem como encontrar meios para garantir a autenticidade dos “prints” do WhatsApp, dentre eles a ata notarial e sites como Verifact (Collini, 2023, n.p.).

Os tribunais de justiça têm comparado as provas digitais com os demais tipos de provas, tidas como documentos em papel, estes reconhecem que as provas digitais tem características específicas, como a fácil manipulação, entretanto em regra os tribunais não vêm estabelecendo que estas devem ser menos confiáveis e invalidadas, mas que deve se utilizar os princípios da autenticidade, integralidade e confiabilidade, para os fins de avaliação. (Ludgero, 2023, p 1105-1108).

Considerando a necessidade do uso da prova pericial para possível análise de fraudes nas provas digitais, esta é uma leitura técnica sobre determinado fato que necessita de análise de um especialista, o mesmo é exigido quando há controvérsias sobre determinado fato e exige conhecimento especializado. De acordo com o artigo 467 do Código de Processo Civil (CPC), a prova pericial tem como objetivo solucionar uma divergência no processo (Ferreira, 2021, n.p.).

Tal espécie de prova é essencial para esclarecer questões técnicas que exigem conhecimento especializado auxiliando o magistrado a compreender aspectos de um caso. Entre os principais tipos de perícias temos a técnica que examina documentos e equipamentos, enquanto a perícia contábil analisa questões financeiras, como fraudes e cálculos de danos. Já a perícia médica avalia condições de saúde e o impacto de lesões; a perícia psicológica investiga o estado mental das pessoas envolvidas, importantes em casos de custódia e capacidade civil (Protasio, 2023, n.p.).

Neste mesmo contexto, a perícia forense aplica métodos científicos para resolver crimes como análise de DNA e impressões digitais, enquanto a perícia ambiental avalia danos ao meio ambiente. Cada tipo deve ser conduzido por profissionais especializados que ofereçam relatórios imparciais e técnicos para auxiliar o magistrado na tomada de decisões fundamentada e justa (Academia de Forense Digital, 2024, n.p.).

A perícia digital é uma área especializada que se concentra na coleta, análise e preservação de evidências digitais, como dados de computadores, dispositivos moveis e redes. Ela é essencial em investigações de crimes digitais, fraude eletrônica e disputas que envolvem provas digitais. Peritos digitais utilizam ferramentas e técnicas avançadas para examinar arquivos, logs e histórico de

navegação, garantindo que as evidências sejam mantidas intactas e sem adulteração (Peritus Forenses, 2020, n.p.).

Além de ajudar na resolução de casos, a perícia digital pode examinar a origem dos ataques, identificar os autores de crimes virtuais e fornecer provas para processos judiciais. A perícia forense em informática é fundamental na resolução desses crimes virtuais e outros recursos digitais. Este profissional deve fazer uma análise minuciosa de todo o histórico e acessos do usuário. Verificar a produção de prova material, através da localização de rastros deixados por qualquer meio eletrônico, analisar os dados apagados em qualquer meio de armazenamento e analisar as mensagens eletrônicas enviadas por redes sociais, e-mail, entre outros (Academia de Forense Digital, 2024, n.p.).

A perícia se torna ainda mais relevante em relação ao uso das tecnologias, uma vez que depende de uma explicação específica, realizada por um especialista. É preciso compreender como funciona os dispositivos ligados a nuvem, dando ênfase ao *“blockchain”*, explicando o passo a passo técnico de como esta tecnologia foi utilizada, assim, o perito deverá esclarecer o funcionamento dos dispositivos e da tecnologia, bem como esta foi utilizada (Thamay; Tamer, 2020, p. 157 e 158).

Para realizar a perícia digital é preciso considerar algumas etapas, tais como: a coleta, exame, análise e resultados obtidos. A coleta das mídias, deve ser previamente coletada pelas partes, que devem observar as evidências garantindo a integridade. Durante o exame dos dados é feita uma seleção do que há de relevante, o perito fará a seleção, ao fazê-la deve-se identificar todo o material coletado e registrar indícios de ilegalidade, mesmo que não tenha relação com a finalidade da perícia. Ao analisar o material há a transformação dos dados em informação, seu objetivo é identificar os envolvidos, os

horários, os arquivos, metadados, e entre outros, e posteriormente, correlacionar os fatos em uma “*timeline*”, reconstruindo a cena. Por fim, deve-se documentar fidedignamente os “procedimentos, descobertas e bases científicas” para apresentar seus resultados com o laudo (Souza; Munhoz; Carvalho, 2023, p. 69-72).

O perito torna-se fundamental e responsável por apresentar os fatos se verídicos ou não ficando a cargo do magistrado admitir ou não as provas. Neste momento, o que não era compreendido passa a ser entendido, a partir de então, cabe ao julgador analisar o mérito da prova, bem como, a necessidade do não acolhimento ou acolhimento da mesma. Em regra, a prova pericial é crucial quando envolve tecnologia e quando pode gerar controvérsias quanto a sua autenticidade (Thamay; Tamer, 2020, p. 161 e 162).

Com o aprimoramento das tecnologias e a evolução da Inteligência Artificial (IA), o uso das provas digitais cada vez irão tornar-se recorrentes. Haja vista que as relações estão se tornando virtuais e consequentemente as divergências ocorrerão nesse meio. Há de ressaltar que mesmo em circunstâncias em que ocorram divergências físicas poderá haver registros digitais devido a influência deste. Por tanto, se faz necessário o cuidado com a “cadeia de custódia” das provas, mesmo em âmbito cível, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem anulando decisões na esfera criminal que não se utilizaram da devida preservação destas provas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente influência que a tecnologia exerce em nosso cotidiano não é nenhuma novidade, de forma especial pelo uso cada vez mais considerável de aplicativos de mensagens e plataformas de redes sociais. Como já é de conhecimento geral, o direito

precisa ajustar-se incessantemente às mudanças na sociedade humana, e consequentemente ajustar-se às evidências provenientes de meios digitais.

Diante desse cenário, surge a questão de como assegurar a autenticidade dos documentos no contexto do processo civil perante o poder judiciário, especialmente considerando o uso de capturas de tela (*print screen*) e publicações em redes sociais como forma de prova. É crucial reconhecer que a tecnologia é altamente mutável, e existem amplas ferramentas disponíveis para alterar mensagens ou publicações, muitas vezes com intuito de favorecer uma das partes envolvidas no processo.

Assim, a presente pesquisa buscou analisar a legislação brasileira vigente, incluindo propostas legislativas e métodos existentes que podem ser empregados para atestar a veracidade das provas digitais e se estes, apresentam ou não credibilidade para tal fim e quais são as dificuldades e limitações encontradas na utilização de provas digitais. Com a evolução tecnológica, é preciso desenvolver métodos de baixo custo e fácil acesso, vislumbrando a garantia da integridade das evidências digitais.

As provas digitais são cada vez mais importantes para o direito contemporâneo, refletindo a crescente informatização das interações humanas. Muito embora possam oferecer agilidade e precisão na coleta de evidências, trazem consigo desafios significativos, tais como a necessidade de garantir autenticidade e integridade, o que no cenário atual se torna algo complexo, muitas vezes vulneráveis a alterações que dependem do trabalho de peritos especializados para identificar estas ocorrências.

A eficácia das provas digitais está diretamente ligada à regulamentação adequada, além de capacitação contínua dos profissionais envolvidos. A manutenção da cadeia de custódia e a

aplicação de métodos forenses rigorosos são cruciais para a validade dessas provas em processos judiciais.

Assim, as provas digitais podem fortalecer o sistema judiciário, mas exigem um cuidado redobrado afim de garantir a confiabilidade, credibilidade e a segurança jurídica. O crescente avanço das tecnologias, torna necessário a adaptação e atualização da legislação, afim de garantir a aplicação prática legal. Em resumo a cooperação entre o direito e a tecnologia será o ponto chave para um sistema judicial justo, ágil e seguro, vez que as provas digitais já desempenham um papel central e confiável em busca da verdade justa, com a confirmação por meio de uma decisão judicial.

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro necessita construir uma estrutura normativa robusta, regulamentando o uso das provas digitais, desenvolvendo legislações que garantam a coleta das evidências advindas do meio eletrônico possam ser utilizadas de forma autêntica, garantindo a segurança jurídica. A capacitação continua dos magistrados, promotores e advogados também é um elemento fundamental, pois é necessário que todas as partes de um processam possam interpretar essas provas no processo judicial, e, ainda aplicação em conformidade com as provas apresentas. Este progresso tem como objetivo que o sistema possa acompanhar as transformações da tecnologia, garantindo que a justiça seja eficaz e acessível a todos.

REFERÊNCIAS

ACADÊMIA DE FORENSE DIGITAL. **Perícia Judicial: O que é e como funciona este mercado.** Disponível em: <https://academiadeforense-digital.com.br/perito-judicial-conheca-o-mercado-de-trabalho-da-pericia-judicial-no-brasil/>. Acesso em: 01 set. 2024.

AGE TELECOM. **A evolução da tecnologia de armazenamento de dados na nuvem.** 2023. Disponível em: <https://www.agetelecom.com.br/blog/a-evolucao-tecnologia-armazenamento-dados-na-nuvem>. Acesso em: 30 ago. 2024.

ALBECHE, Thiago Solon Gonçalves. **Prova digital, investigação cinética e o princípio da parametrização do novo meio de obtenção de prova.** 2023. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/10/10/prova-digital-investigacao-cinetica-e-o-principio-da-parametrizacao-do-novo-meio-de-obtencao-de-prova/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo.** 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

AURUM. **O que é autenticidade?** Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/glossario-juridico/autenticidade/#:~:text=Um%20documento%20aut%C3%AAntico%20%C3%A9%20aquele,aplica%C3%A7%C3%A3o%20das%20leis%20e%20normas..> Acesso em: 26 nov. 2024.

AWS. **O que é a tecnologia blockchain.** Disponível em: <https://aws.amazon.com/pt/what-is/blockchain/?aws-products-all.sort-by=item.additionalFields.productNameLowercase&aws-products-all.sort-order=asc>. Acesso em: 17 nov. 2024.

AWS. **O que são arquivos de log?** Disponível em: <https://aws.amazon.com/pt/what-is/log-files/>. Acesso em: 30 set. 2024.

AWS. **O que é o armazenamento em nuvem?** Disponível em: <https://aws.amazon.com/pt/what-is/cloud-storage/>. Acesso em: 30 ago. 2024.

BAPTISTA, Rodrigo. **Código Civil: conheça as propostas de juristas para modernizar a legislação.** 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2024/04/codigo-civil-conheca-as-propostas-de-juristas-para-modernizar-a-legislacao>. Acesso em: 07 maio 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2024.

BRASIL. Código de Processo Civil nº 13.105, de 16 de março de 2015. . Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 maio 2024.

BRASIL. Código Civil nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. . Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 28 maio 2024.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.200, de 28 de junho de 2001. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20N%C2%BA%202.200%2C%20DE,Brasil%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=O%20PRESIDENTE%20DA%20REP%C3%9ABLICA%2C%20no,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 07 maio 2024.

BRASIL. Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12682.htm. Acesso em: 07 maio 2024.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 07 maio 2024.

BRASIL (Hugo Leal). Câmara dos Deputados. **PL 4939/2020**. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2264367>. Acesso em: 07 maio 2024.

BRASIL. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. . Brasília, 21 nov. 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 15 jun. 2024.

CÂMARA, Alexandre F. **Manual de Direito Processual Civil - 3ª Edição 2024**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2024. *E-book*. ISBN 9786559775910. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559775910/>. Acesso em: 17 nov. 2024.

COLLINI, Giovanna Pedroni. **A utilização de capturas de tela como prova processual**. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/399394/a-utilizacao-de-capturas-de-tela-como-prova-processual>. Acesso em: 24 ago. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 408, de 18 de agosto de 2021. . Brasília, 20 ago. 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4065>. Acesso em: 26 nov. 2024.

DIREITO E TECNOLOGIA. **Blockchain serve para autenticar provas digitais?** 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/blockchain-serve-para-autenticar-provas-digitais/1831781107#:~:text=A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20do%20blockchain%20na,das%20provas%20extra%C3%ADdas%20da%20internet>. Acesso em: 14 jun. 2024.

DONIZETI, Elpídio. Novo código de processo civil comentado. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597016734/epubcfi/6/26\[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter02\]!/4/656/5:88\[omo%2C%20re\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597016734/epubcfi/6/26[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter02]!/4/656/5:88[omo%2C%20re]). Acesso em: 29 mar. 2024.

FACHINI, Tiago. **Marco Civil da Internet: o que é e como funciona?** . Disponível em: <https://www.projuris.com.br/blog/marco-civil-da-internet/>. Acesso em: 12 maio 2024.

FERREIRA, Fernando. **Resumo Sobre Prova Pericial**. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/resumo-sobre-prova-pericial/1248704984>. Acesso em: 31 ago. 2024.

GARCIA, Milena. **Como tirar print screen no celular**. 2019. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/dicas-e-tutoriais/2019/10/como-tirar-print-screen-no-celular.ghtml>. Acesso em: 17 nov. 2024.

GOIÁS. Tribunal de Justiça de Goiás. Acórdão nº 5653979-59.2019.8.09.0093. Goiânia, 05 de novembro de 2020. **Apelação Cível**. Goiânia, 05 nov. 2020. Disponível em: <https://projudi.tjgo.jus.br/ConsultaJurisprudencia>. Acesso em: 26 nov. 2024.

LESSA, Breno Minucci. A invalidade das provas digitais no processo judiciário. Revista Jus Navigand, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2455, 22 mar. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14555>. Acesso em: 15 jun. 2024.

LOPES, Vitor Hugo. **STJ inviabiliza uso de prints de whatsapp como meio de prova**. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/359527/stj-inviabiliza-uso-de-prints-de-whatsapp-como-meio-de-prova>. Acesso em: 15 jun. 2024.

LUDGERO, Paulo Ricardo. **Logs: Como funcionam em Provas Digitais?** 2022. Disponível em: <https://app.linklei.com.br/0/artigos-juridicos/logs-como-funcionam-em-provas-digitais>. Acesso em: 30 ago. 2024.

LUDGERO, Paulo Ricardo. **Redefinindo Fronteiras Digitais: A Responsabilidade Civil nas Provas Digitais e seus Desafios Contemporâneos**. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/redefinindo-fronteiras-digitais-a-responsabilidade-civil-nas-provas-digitais-e-seus-desafios-contemporaneos/2021889710>. Acesso em: 24 ago. 2024.

MARTINS, Julio. **Ata Notarial no CPC/2015 como relevante meio de Prova. Oito pontos importantes**. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/100054/ata-notarial-no-cpc-2015-como-relevante-meio-de-prova-oito-pontos-importantes>. Acesso em: 15 jun. 2024.

MARTINS, Sergio Pinto. **Teoria Geral dos Processos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2024. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553623358/epubcfi/6/58\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcap22.xhtml\]!/4\[x02_Teoria_geral_do_processo_ebook-52\]/2/4/2%4051:6](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553623358/epubcfi/6/58[%3Bvnd.vst.idref%3Dcap22.xhtml]!/4[x02_Teoria_geral_do_processo_ebook-52]/2/4/2%4051:6). Acesso em: 04 mai. 2024.

MOREIRA, Fernando Mil Homens. **Razões da imprestabilidade probatória dos prints de conversas por WhatsApp**. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-24/fernando-moreira-prints-whatsapp-anexados-processos/>. Acesso em: 24 ago. 2024.

MOTTA, D.; ERNANI FREITAG, L. PROVAS DIGITAIS E O PROBLEMA DO PRINT SCREEN. Revista da ESMESC, [S. l.], v. 30, n. 36, p. 24–50, 2023. DOI: 10.14295/revistadaesmesec.v30i36.p24. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/392>. Acesso em: 29 mar. 2024.

NETO, Francisco Miranda Pinheiro. **Provas eletrônicas e seu uso no sistema processuais brasileiro**. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/388815/provas-eletronicas-e-seu-uso-no-sistema-processual-brasileiro>. Acesso em: 29 mar. 2024.

NUNES, Dierle. **Por que a reforma do Código Civil merece ser aprovada? A defesa dos nossos neurodireitos**. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-24/por-que-a-reforma-do-codigo-civil-merece-ser-aprovada-defesa-dos-nossos-neurodireitos/>. Acesso em: 24 out. 2024.

OLIVEIRA, Vinicius Machado de. **ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013**. Disponível em: <https://academiadeforensedigital.com.br/iso-27037-identificacao-coleta-aquisicao-e-preservacao-de-evidencia/>. Acesso em: 14 jun. 2024.

OLIVEIRA, Vinicius Machado de. **Identificação Coleta, Aquisição e Preservação de Evidência**. Disponível em: <https://academiadeforensedigital.com.br/iso-27037-identificacao-coleta-aquisicao-e-preservacao-de-evidencia/>. Acesso em: 08 maio 2024.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento n. 0038600-06.2022.8.16.0000. Relator: Fernando Prazeres. Paraná, 09 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000021711401/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0038600-06.2022.8.16.0000>. Acesso em: 18 mai. 2024.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598438/epubcfi/6/58\[%3Bvnd.vst.idref%3D-miolo24.xhtml\]!/4/2/6/1:48\[%20um%2C%20fe\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598438/epubcfi/6/58[%3Bvnd.vst.idref%3D-miolo24.xhtml]!/4/2/6/1:48[%20um%2C%20fe]). Acesso em: 02 set. 2024.

PERITUS FORENSES. **Perícias:** a importância da perícia no judiciário.. A importância da perícia no judiciário.. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/pericias/1167065263>. Acesso em: 01 set. 2024.

PROTASIO, João Lucas Oliveira. **Áreas de atuação da Perícia Judicial.** 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/areas-de-atuacao-da-pericia-judicial/1801259019>. Acesso em: 31 ago. 2024.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Embargos de Declaração n.0302465-54.2018.8.24.0091. Relator: Alexandre Moraes da Rosa. Santa Catarina, 10 de novembro de 2021. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=EMBARGOS%20DE%20DECLARA%C7%C3O.%20AUS%CANCIA%20DE%20CONTRADI%C7%C3O,%20OBSCURIDADE%20OU%20MISS%C3O&only_ementa=&frase=&id=311637828330910743614426642949&categoria=acordao_tr_eproc. Acesso em: 11 mai. 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Quinta Turma não aceita como provas prints de celular extraídos sem metodologia adequada.** 2024. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/02052024-Quinta-Turma-nao-aceita-como-provas-prints-de-celular-extraidos-sem-metodologia-adequada.aspx>. Acesso em: 15 jun. 2024.

SOUZA, Bernado de Azevedo e; MUNHOZ, Alexandre; CARVALHO, Romullo. **Manual prático de provas digitais.** São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553172740/pageid/106>. Acesso em: 02 set. 2024.

THAMAY, Rennan; TAMER, Maurício. Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, Revista dos Tribunais, 2020.

VERIFACT TECNOLOGIA. **O que é Verifact?** 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-que-e-verifact/1287545084>. Acesso em: 13 jun. 2024.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Obrigações e Responsabilidade Civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559774692/epubcfi/6/46\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml23\]!/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559774692/epubcfi/6/46[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml23]!/4). Acesso em: 24 ago. 2024.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Vol. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 14. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

O CONFLITO ENTRE O DIREITO AUTORAL E O DIREITO DE ACESSO À CULTURA E AO CONHECIMENTO NA ERA DIGITAL

André Luiz Busetti¹
Cristhian Magnus De Marco²

RESUMO

A evolução tecnológica trouxe impactos à sociedade e, sobretudo, uma nova perspectiva sobre o direito. Formou-se um conflito de ordem constitucional o qual levanta questões sobre o equilíbrio entre interesses individuais e coletivos. Trata-se dos direitos fundamentais de propriedade, através do direito autoral, em detrimento ao direito de acesso à cultura e ao conhecimento, ambos reconhecidos pela Constituição Federal de 1988. O direito do autor, ao mesmo tempo que difunde o conhecimento e a cultura, também pode ser um limitador do seu acesso, criando um paradoxo que se intensifica com o advento da era digital. Nesse espectro, o objetivo deste artigo é analisar esses direitos fundamentais igualmente importantes, a fim de ponderar e identificar critérios para a solução dos conflitos jurídicos pertinentes a estes. A metodologia utilizada foi a pesquisa qualitativa, com utilização da técnica bibliográfica e o método de abordagem do raciocínio de forma dedutiva. Enfim, através dos métodos de pacificação analisados, foi possível realizar a eleição de critérios para se encontrar um meio-termo, como o uso da função social da propriedade e os mandamentos de otimização propostos por Robert Alexy. Desse modo, verificou-se que a proteção autoral pode coexistir com o direito ao acesso à cultura, promovendo um desenvolvimento social e cultural mais inclusivo. Essa dinâmica revelou-se essencial para a atual sociedade da informação, exigindo políticas públicas e marcos legais, como o Marco Civil da Internet e a Lei de Acesso à Informação, que incentivem tanto a inovação quanto a justiça social no ambiente digital.

Palavras-chave: Direito Autoral; Acesso à Informação; Marco Civil da Internet; Lei 9.610/1998.

¹ Discente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Email: andrebusetti@gmail.com

² Docente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Email: cristhian.demarco@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo, pretende-se sopesar direitos constitucionais conflitantes, com o intuito de encontrar soluções jurídicas e políticas que conciliem os interesses divergentes, promovendo a inovação, a criatividade e o desenvolvimento cultural, sem negligenciar a importância do acesso democrático à informação, a fim de alcançar um equilíbrio que promova tanto a proteção dos direitos autorais quanto o acesso amplo e justo à cultura nos tempos atuais.

Nesta conjuntura e diante da atualidade do assunto, surge a necessidade de propor reflexões e análises aprofundadas sobre as questões relacionadas ao conflito entre direito autoral, que decorre do direito de propriedade, e do direito ao acesso à cultura e ao conhecimento, com o objetivo de oferecer subsídios para o desenvolvimento de políticas e práticas que promovam a equidade e a justiça nesse contexto complexo e dinâmico.

Trata-se de pesquisa bibliográfica. A metodologia empregada para essa pesquisa é a do tipo qualitativa. O método de abordagem do raciocínio de forma dedutiva, partindo-se de uma análise geral dos conceitos e premissas do direito autoral sob o prisma do direito constitucional e seus princípios.

O trabalho está organizado em dez partes distintas, compreendendo três capítulos e sete subtítulos. Primeiramente, a pesquisa traz uma abordagem constitucional contrapondo a aplicação da lei de Direitos Autorais e seu paradoxo no ordenamento jurídico brasileiro, e de outro lado, o direito de acesso à cultura e ao conhecimento (bens culturais) e sua relevância no âmbito do interesse público. Na sequência, analisa o impacto da evolução tecnológica, trazendo o conflito entre o uso da cópia privada e o acesso livre aos

conteúdos intelectuais na internet, e aspectos sobre a Lei de Acesso à Informação e o Marco Civil da Internet.

No último capítulo, a pesquisa se aprofunda na análise de alguns métodos de ponderação para pacificação no meio autoral existentes, em busca de uma solução para as tensões entre os interesses individuais (dos autores) e coletivos (da sociedade) e, através desses, realizar a eleição de possíveis critérios para uma lei de proporcionalidade no direito autoral e no acesso aos bens culturais.

Como alguns resultados, o presente estudo verificou a aplicabilidade do princípio constitucional da função social da propriedade como um critério a ser utilizado, e ainda, o uso dos mandamentos de otimização, proposto pela Lei da Ponderação de Robert Alexy, da qual se pôde equilibrar tais direitos fundamentais por meio de princípios. Destaca-se ainda que o direito constitucional brasileiro, bem como a legislação infraconstitucional e os marcos legais, oferecem uma base sólida para a resolução de conflitos, sendo fundamentais para o desenvolvimento social, conciliando inovação, proteção dos direitos dos criadores com a democratização do acesso à cultura.

2 ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, é um marco no direito brasileiro, eis que versa sobre os direitos sociais que ditam o prisma dos direitos fundamentais a serem garantidos ao povo. Notadamente à abordagem deste trabalho, verifica-se que ela estabelece tanto o direito à propriedade intelectual, através do direito autoral, quanto o direito fundamental de acesso à cultura e ao conhecimento.

A Carta Magna brasileira trouxe inovações sociais, dando relevante importância à cultura, e aborda como sendo um direito fundamental à cidadania cultural, conforme explica José Afonso da Silva (2017, p. 311): “formando aquilo que se denomina ordem constitucional da cultura, ou constituição cultural, estruturada a partir do conjunto de normas que contêm referências culturais e disposições consubstanciadoras dos direitos sociais”.

O direito de livre acesso à informação e à cultura estão previstos nos artigos 5º, inciso XIV, e artigo 215, da Constituição Federal (Brasil, 1988), eis que determina: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. Ainda no artigo 215, §3º, incisos II e IV (Brasil, 1988), visando o desenvolvimento cultural através do Plano Nacional da Cultura, tem por objetivos as seguintes ações: “II- produção, promoção e difusão de bens culturais; [...] IV- democratização do acesso aos bens de cultura”.

Deste modo, é imprescindível que também dispusesse sobre a amplitude do conceito de patrimônio cultural, como é o que fez com o disposto no artigo 216 da CRFB (Brasil, 1988): “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, e no que cerne o direito autoral, dá-se destaque ao inciso III, nos quais se incluem: “III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas” (Brasil, 1988).

Atentos à necessária atualização no texto constitucional, por meio da aprovação da Emenda Constitucional n. 71/2012 (Brasil, 2012), a qual representa um avanço na efetivação constitucional fundamental do acesso à cultura, o Congresso Nacional inseriu o artigo 216-A à Constituição, visando promover o desenvolvimento humano, social

e econômico com pleno exercício dos direitos culturais, através do Sistema Nacional de Cultura, elencou-se um rol de princípios, dentre eles, a universalização do acesso aos bens e serviços culturais.

Aliada à cultura, há a educação, na qual, sem ela, é impossível que um povo consiga harmonia no convívio diário, levando em conta a falta de aprimoramento e difusão do conhecimento. Contudo, aduz Lenza (2023, p. 2197) que “a nossa carta magna, [...] inicialmente, deixou de prever, a exemplo do que se fixou no artigo 214, no que tange à educação, um plano nacional de cultura, situação essa agravada pela falta de prioridade dos governantes em relação ao tão importante direito fundamental”.

No que cerne os direitos de autor, esses são direitos patrimoniais que todo criador de uma obra intelectual tem sobre a sua criação. A Lei de Direitos Autorais (Brasil, 1998) define obras intelectuais como “as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”, isto é, todos os frutos da criação do intelecto humano. O direito autoral passou a ser expressamente reconhecido a partir da Constituição de 1891, mas apenas os direitos relativos às obras musicais, até que a Constituição Federal (Brasil, 1988) estabeleceu o Direito Autoral como um direito fundamental em seu artigo 5º, XXVII, inovando e reconhecendo ao criador o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução para além das obras musicais.

A disponibilidade do direito sobre a obra que caracteriza o aspecto patrimonial do direito autoral está relacionada com o direito de exclusividade, a qual afirma Maurício Cozer Dias (2000, p. 31), “ser um ponto fulcral de todo o sistema de proteção autoral”. Nesse sentido, elucida ainda que “uma vez criada a obra, ela pertence ao seu criador, que tem o direito exclusivíssimo, inclusive de não a divulgar

ao público, se for assim seu desejo. Pode, ainda, o criador retirar uma obra de circulação quando quiser”.

Originalmente a concepção de propriedade privada denota que é um direito legal e moral de um indivíduo ou entidade possuir, controlar e usar bens, recursos ou ativos exclusivamente para seu próprio benefício. Não obstante, relativamente à propriedade privada, refere José Afonso da Silva (2017, p. 270) que “[...] ela não mais poderá ser considerada pura direito individual [...] especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Portanto, embora a ordem constitucional da cultura se encontra refletida em direitos fundamentais individuais e coletivos tais como a liberdade de expressão intelectual, a manutenção e proteção do patrimônio cultural brasileiro e a garantia do pleno exercício dos direitos culturais, optou-se neste artigo por abordá-la no que tange ao acesso aos bens culturais – as obras autorais, tendo, portanto, como foco, os direitos culturais enquanto direitos coletivos.

2.1. A PROTEÇÃO DO DIREITO DO AUTOR E SEU PARADOXO

A proteção do direito do autor representa um dos pilares fundamentais na garantia da criatividade e inovação, resguardando aos criadores o reconhecimento e a remuneração pelo seu trabalho. Contudo, essa proteção enfrenta um paradoxo inerente: enquanto visa promover a disseminação do conhecimento e da cultura, pode, simultaneamente, restringir o acesso livre a esses bens imateriais. Esse dilema se intensifica na era digital, onde a facilidade de

compartilhamento de obras contrasta com a necessidade de controle dos direitos autorais.

Conceitualmente, o direito autoral é um conjunto de prerrogativas conferidas por lei que visa salvaguardar o vínculo entre criador e suas criações. No aspecto jurídico, Carlos Alberto Bittar (2008, p. 8) descreve como “o ramo do direito privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências”.

No Brasil, além da previsão constitucional, os direitos autorais estão regulamentados pela Lei 9.610/1998 (Lei dos Direitos Autorais – LDA), pela Lei 9.609/1998 (Lei do Programa de Computador) e por vários Tratados e Convenções Internacionais, entre as quais, a mais significativa é a Convenção de Berna, integrada pelo normativo legal brasileiro através do Decreto 75.699/1975, que dispõe sobre a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (Carboni, 2021, p. 120).

Para efeitos legais, os direitos autorais são divididos em direitos morais e patrimoniais conforme previsão do artigo 22 da LDA. Os direitos morais preservam a autoria da criação ao autor da obra intelectual, sendo esses intransferíveis e irrenunciáveis. De outro lado, os direitos patrimoniais são aqueles que se referem principalmente à utilização econômica da obra intelectual e, ao contrário, podem ser transferidos ou cedidos a outras pessoas, às quais o autor concede a representação ou mesmo de utilização de suas criações (Vieira, 2017, n.p.).

Caso a obra intelectual seja utilizada sem prévia autorização, o responsável pelo uso desautorizado violará normas de direito autoral. Tratando-se de disputas de Propriedade Intelectual, Mazzonetto (2017, p. 41) aponta que há grande judicialização dos conflitos, eis que envolve parte econômica, com tentativa, inclusive, de manipulação da

concorrência de mercado, fato percebido por alguns julgadores, mas outros não se atentam aos “meandros e aspectos ocultos” de um litígio neste porte.

Fica-se perante um paradoxo do direito autoral: seria este direito um limitador ou potencializador da cultura? A adoção de medidas excessivas de proteção ao direito autoral podem impactar negativamente o acesso à cultura e ao conhecimento na era digital, por outro lado, a facilidade de reprodução e distribuição digital de conteúdo protegido por direitos autorais aumenta a prevalência da pirataria, reduzindo assim o incentivo para a criação e produção de novas obras, gerando um desequilíbrio entre o interesse dos detentores de direitos autorais e o direito de acesso à informação da sociedade (Carboni, 2006, p. 165).

A própria Lei de Direitos Autorais prevê limitações aos direitos autorais em seu artigo 46, quanto às circunstâncias específicas que não constituem ofensa aos direitos autorais, conforme elucida Eliane Yachouh Abrão (2002, p. 146), “o rol das obras que independem de prévia autorização do autor para seu uso público é taxativo, porque a limitação é uma exceção à regra geral”.

As limitações ao direito autoral devem ser interpretadas restritivamente e sem extensões que deturpem e neguem sua razão de ser, que é permitir a livre circulação das ideias, sem lesar os direitos patrimoniais e morais dos autores, conforme orienta Plínio Cabral (2000, p. 111). Complementarmente, Newton Silveira (1998, p. 68) comenta que, “atendendo à antiga reivindicação das associações de cegos, a reprodução em Braille não depende de autorização do autor”.

Em defesa de que as políticas públicas deveriam repensar as formas de se regulamentar as limitações ao direito autoral, Guilherme Carboni (2008, n.p.) tenciona que é preciso “visar o interesse social pela livre utilização de obras, em determinadas circunstâncias, e à inclusão

digital como uma das formas de defesa da cidadania, [...] onde o ponto de equilíbrio está na função social da propriedade intelectual”, ou seja, protege-se o direito do autor em explorar economicamente o fruto de seu intelecto, portanto, a sua criação, a sua obra, mas lembrando que a propriedade intelectual deve atender à sua função social, propiciando o acesso da população ao bem cultural.

De qualquer forma, considerando que as obras intelectuais e demais objetos de proteção pelo direito autoral são geralmente disponibilizados na internet, permitindo aos usuários o livre acesso à obra intelectual sem efetuar pagamentos, emerge o seguinte questionamento: de que modo haveria o pagamento sobre as respectivas utilizações? Muito se tem pensado a respeito, no visio de proteger o direito autoral, tanto sob o aspecto moral como patrimonial. Neste contexto, Aline Vitalis (2006, p. 225) tece o seguinte comentário: “o provedor obtém a receita a partir da publicidade veiculada através do site, ou em ambiente de acesso controlado, exigindo-se do usuário o pagamento para visualizar e utilizar a obra intelectual ou fonograma”.

Outra hipótese de instrumento de arrecadação voltada ao pagamento dos direitos autorais, conforme informa Aline Vitalis (2006, p. 227), já é adotada em alguns sites e consiste na cobrança de taxas ou exibição de anúncios publicitários durante a transmissão do vídeo, ou de obra musical, por tempo suficiente ao pagamento dos direitos patrimoniais dos autores e intérpretes.

Logo, depreende-se que o desenvolvimento socioeconômico e cultural de uma sociedade está diretamente relacionado com a sua produção intelectual e com a sua respectiva acessibilidade por todos os seus indivíduos. Nesse intuito, é imprescindível que haja flexibilização do direito do autor frente a esses objetivos, com a limitação do direito individual em prol dos direitos coletivos.

2.2. O DIREITO DE ACESSO À CULTURA (BENS CULTURAIS) E AO CONHECIMENTO E SUA RELEVÂNCIA NO ÂMBITO DO INTERESSE PÚBLICO

É notório que no Brasil ainda há muitas desigualdades sociais e econômicas que dificultam o acesso à cultura e, caso fosse ao contrário, a população viveria certamente com mais qualidade de vida, obtendo mais conhecimento, lazer, bem-estar e dignidade. Sua relevância no âmbito do interesse público é inegável, pois o ganho coletivo é enorme, inclusive para o país, pois está relacionado também com o desenvolvimento nacional.

Atualmente, o desenvolvimento nacional figura como um objetivo da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 3º, inciso II da CRFB (Brasil, 1988), competindo à União articular suas ações para garanti-la. A priori, a expressão “desenvolvimento nacional” pode transmitir um aspecto tão somente econômico, no entretanto, está relacionada tanto com o aspecto econômico, quanto com o social, o político e o cultural. Este significado mais abrangente está em sintonia com a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU, 1986, grifo nosso), da qual o Brasil faz parte, de onde se extrai o seguinte trecho:

Art. 1º [...], §1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do **desenvolvimento econômico, social, cultural e político**, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

O conceito de interesse público está associado tanto ao sistema chamado de *droit d'auteur* ("direito do autor", em francês) quanto do *copyright* ("direito de cópia", em inglês), sendo implementado por meio de dois mecanismos básicos da disciplina autoral: primeiro, o conceito de domínio público, ou seja, o período após o término da proteção, em que a obra se torna de uso livre, e, segundo, o regime das limitações à tutela legal, em que determinados usos são considerados lícitos, não obstante a existência do direito de exclusividade (Santos; Jabus; Ascensão, 2020, p. 91).

A noção de domínio público foi utilizada no século XIX para combater a tese de uma propriedade perpétua, definindo-se o direito de autor como uma propriedade especial, de duração determinada, finda a qual a obra pertence à coletividade. Este fato se dá após setenta anos a contar do ano subsequente ao da morte do autor. Para as obras em coautoria, considera-se a partir da morte do último autor. Em inexistindo herdeiros/sucessores, esta transferência é imediata, assim como no caso das obras de autoria desconhecida ou afetas ao folclore (Branco, 2011, p. 85).

Consequentemente, o domínio público representa o fim da proteção patrimonial, já que restam desnecessárias as autorizações até então imprescindíveis. Representa uma espécie de retorno à coletividade de um bem que somente se gestou em decorrência da inserção do seu criador naquele meio social. Através da reintegração da teoria da propriedade intelectual, Alessandra Silveira de Moraes (2010, n.p.) evidencia que "a harmonização do direito de autor e das normas fundamentais constitucionais relativas a interesses sociais de ordem pública, abordados neste artigo".

De outro modo, o *copyright*, que decorre do sistema anglo-saxão, adotado na Inglaterra e Estados Unidos, visa o direito patrimonial que o autor tem sobre sua obra, ou seja, a proteção e exploração econômica

da obra, amparando o autor para receber o devido pelo uso comercial. (Santos, 2009, p. 39). Originalmente, o privilégio legal consistia na exclusividade para a reprodução de um texto, isto é, no direito de fazer cópias. Podemos visualizar a diferença na prática pelo exemplo dado por Alessandra Tridente (2009, p. 32):

Isto significa que quem não pertencesse à guilda estava proibido de copiar um livro de Shakespeare, por exemplo, como Romeu e Julieta, e vendê-lo. Mas não era proibido a ninguém produzir obras derivadas a partir daquele texto, como declamar em público a peça, musicá-la, traduzi-la ou encená-la no teatro.

A supremacia do interesse público sobre o privado é um cânone no moderno direito público, que para Danielle Souza de Andrade e Silva (2000, p. 5), “firma a prevalência do interesse da coletividade sobre o do particular, [...] pois é pressuposto de uma ordem social estável, em que cada um possa sentir-se garantido e resguardado”. Tendo isso em vista, devem ser considerados também, segundo José Afonso da Silva (2017, p. 312), os seguintes direitos culturais na Constituição Federal, que ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público:

[...] (a) direito de criação intelectual, que compreende as criações científicas, artísticas e tecnológicas; (b) direito de acesso às fontes da cultura nacional; (c) direito de difusão da cultura; (d) liberdade de formas de expressão cultural; (e) liberdade de manifestações culturais; e (f) direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura.

Constata-se que os direitos sociais são informados pelo princípio da universalidade, isto é, são direitos garantidos a todos, ou, em outras palavras: bens culturais. Como exemplo disso, o Ministério

da Cultura (Brasil, 2018) colocou em discussão o que poderia ser contido no Plano Nacional de Cultura e, no que diz respeito ao acesso dos cidadãos à cultura e sua produção, orientou debates os quais produziram diretrizes, como a transcrita a seguir:

O acesso à cultura, às artes, à memória e ao conhecimento é um direito constitucional e condição fundamental para o exercício pleno da cidadania. Sob a perspectiva de ampliação do conceito de cultura e da valorização da diversidade, é necessário ultrapassar os enfoques exclusivos nas artes consagradas e incluir entre os campos de ação do Estado as outras manifestações criativas, expressões simbólicas e identitárias que injetam energia vital no tecido social. Superar positivamente as indústrias culturais e seu caráter restritivo e homogeneizador, predominante até os anos 90, implica no alargamento das possibilidades de experimentação e criação estética e, também, na implementação de novas conexões e formas de cooperação entre artistas, produtores, gestores culturais, organizações sociais e instituições locais. O PNC deve contemplar ainda a garantia das condições necessárias à realização dos ciclos que constituem os fenômenos culturais: da formação artística e de público à garantia de ampla disponibilidade dos meios de produção e difusão. (Brasil, 2018, p. 79).

Quando a obra intelectual atinge o seu público destinatário, quer por intenção primeira do autor da obra, quer por possibilidades de acesso do cidadão ao bem cultural, para Rafael Angelo Lot Júnior (2009, p. 55), “é incontestável que o bem-estar é experimentado e vivenciado e, conseqüentemente, a dignidade humana é atendida, polida e enaltecida, em concreta efetivação dos direitos fundamentais do ser humano”.

Nesse espectro, autor e sociedade estão entrelaçados e intimamente relacionados a um ciclo cultural, onde se percebe a proteção dos direitos autorais em contraposição à tutela da obra como

patrimônio coletivo. O inconsciente coletivo, subliminarmente, busca preservar sua cultura, origens, identidade e modo de ser. Já o autor intelectual, antes de considerar interesses financeiros e exploração econômica de sua obra, tem um propósito claro: contribuir para a sociedade em que vive e, posteriormente, buscar reconhecimento além das fronteiras locais. Portanto, se a obra intelectual é parte do patrimônio coletivo, seu acesso deve ser incentivado e efetivado, como concretização de um direito fundamental da pessoa humana.

3 A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E SEUS IMPACTOS

Neste início de século XXI no Brasil, um século que já é e continuará sendo cada vez mais digital-virtual, os interesses em torno da criação autoral e sua acessibilidade revelam-se especialmente conflitantes. As dinâmicas socioculturais relacionadas às formas de produção, circulação e fruição de obras artísticas, científicas e culturais adquirem novos contornos a partir da popularização da internet como veículo de comunicação e interação no final do século XX, o qual emerge uma nova era: a digital.

Em um resgate histórico, na ótica de Carlos Augusto Liguori Filho (2016, p. 15), a Lei de Direitos Autorais foi promulgada em 19 de fevereiro de 1998, quando a internet (e a era digital como um todo) começava ainda a tomar forma no país, por isso, em muitos aspectos, a lógica que norteou sua estruturação pertencia ainda ao modo analógico. Justificativas econômicas e morais para a proteção autoral têm sido objeto de questionamento, mas parece haver um consenso em que o interesse público é cada vez mais relevante na aplicação do direito de autor.

No cenário atual, a rápida evolução da tecnologia e a expansão da internet têm transformado profundamente a maneira como o

conhecimento e a cultura são produzidos, distribuídos e consumidos. Essa tendência reflete o entendimento, para Manoel dos Santos *et al.* (2001, p. 93), de que “a concepção privatista deste instituto não mais se coaduna com a dimensão publicista dos direitos na sociedade moderna”. Isso não significa, contudo, que o Direito de Autor tenha perdido sua função de incentivar a criação. É nesse contexto que se coloca a problemática da proteção autoral em face das potencialidades da Internet.

Essa crescente evolução tecnológica, segundo Manuella Silva dos Santos (2009, p. 103), forneceu a base para o surgimento de uma nova sociedade, a “sociedade da informação”. Estamos vivendo a revolução dos computadores, da Internet e dos meios de comunicação de massa. Denominamos esse cenário “era digital”, isto é, a sociedade marcada pela revolução digital e pela disseminação da informação, cujas ferramentas fundamentais são o computador e os meios de comunicação. Essa revolução digital também tem gerado desafios significativos no que diz respeito à proteção dos direitos autorais e à promoção do acesso equitativo à informação.

O enorme poder de difusão da rede global de computadores, a internet, trouxe a possibilidade do acesso instantâneo de uma infinidade de informações, trabalhos e obras de todos os gêneros em vários países, podendo ser copiados e utilizados, inclusive, de forma ilícita. Porém, Maurício Cozer Dias (2006, p. 33) ressalta que “esse novo meio de comunicação compensa as vicissitudes autorais, sendo os benefícios para a humanidade muito maiores que as perdas autorais que estão sendo seriamente combatidas tanto pelos titulares quanto pelos governos e pelas entidades de proteção coletiva”.

Ainda nesse sentido, quanto à disseminação rápida e fácil de conteúdo digital, dispõe Dias (2006, p. 33) que se “torna mais difícil para os detentores de direitos autorais controlarem e protegerem suas

obras, criando um desafio para a aplicação efetiva das leis de direitos autorais”, e evidencia que, por outro lado, “um controle mais excessivo aliado a um custo de aquisição mais elevado pode afastar o acesso de uma parcela da população aos conteúdos”, o que é uma limitação direta ao acesso à cultura.

O aprimoramento das ferramentas tecnológicas tem possibilitado a digitalização e disponibilização de acervos artísticos, científicos e culturais no advento da internet, abrindo oportunidades para a criação e manutenção de coleções virtuais acessíveis a um público expandido. Essa prática promete democratizar o acesso à cultura e contribuir para a realização dos direitos fundamentais, especialmente os culturais, ao mesmo tempo em que impulsiona o desenvolvimento sociocultural sustentável através do aproveitamento das Tecnologias de Informação e Comunicação, as TICs (Ibram, 2020, p. 31).

Entretanto, a emergência dessas práticas também traz consigo questionamentos acerca da legitimidade e viabilidade, especialmente no que diz respeito à proteção dos direitos autorais das obras digitalizadas e à capacidade das instituições culturais de realizar essa ampla disponibilização online. Tal fenômeno tem por consequência a geração de conflitos entre o direito de autor e o direito da sociedade de acessar o conhecimento e a informação sem muitos entraves (Carboni, 2021, p. 123).

Desse jeito, surge um cenário complexo e multidisciplinar, envolvendo fatores financeiros, tecnológicos, sociais, institucionais e jurídicos, bem como interesses conflitantes dos atores envolvidos, neste caso, os autores das obras intelectuais. Em paralelo, os impactos da evolução tecnológica interferem no conflito, fomentando estratégias e tecnologias para auxiliar no alcance da justiça para equilibrar o interesse dos detentores de direitos autorais frente aos interesses da sociedade nos tempos atuais (Nagakura, 2022, n.p.).

O conflito entre os direitos patrimoniais e o direito à cultura e à informação tem sido foco de diversos debates, na visão de Argollo e Rosa (2018, p. 15), “[...] em meio a essa conjuntura, estabeleceu-se uma relação problemática entre os proprietários de obras intelectuais e a liberdade de acesso aos conteúdos e informações que tramitam na rede, em prol do desenvolvimento da sociedade”. Complementarmente, argumentam Cutrim e Marinho (2018, p. 7), o “caos e a ausência de controle aparente, característicos da Internet, possibilitaram o estabelecimento de uma situação confortável, isenta de restrições ou punições para aqueles que fazem uso abusivo da tecnologia”.

O interesse da coletividade em ter acesso às obras, além de ser qualidade intrínseca do ser humano, em busca de conhecimento ou até mesmo de satisfazer sua curiosidade ou lazer, está, também, diretamente relacionada às oportunidades cada vez maiores, na atualidade, de contato com os meios de comunicação, quer seja escrita, falada ou televisiva, e, ultimamente, à rede mundial de computadores. Notório é o choque de interesses: de um lado, os direitos de autor; do outro, o direito à informação e à cultura; no meio, a Internet. A este respeito, Cláudia Beatriz Maia Silva (2005, p. 25-26) comenta:

O direito às informações, à cultura deve ser balanceado com os direitos de exploração do autor sobre sua obra. A Internet não pode ser considerada a vilã dos direitos autorais. Muitas vezes ela atua em prol dos mesmos: divulgando, vendendo, revelando novos autores, e também beneficiando a coletividade, que pode ter acesso às informações mais facilmente. O conhecimento deve ser divulgado de maneira mais ampla possível, garantindo acesso ao maior número de pessoas. Afinal é com educação e com acesso às informações que ocorre o desenvolvimento de um país.

Portanto, é indiscutível que a internet é um amplo meio de divulgação de obras culturais, beneficiando assim os seus criadores.

Também é, atualmente, o maior facilitador de acesso à cultura. Ante a este panorama, confrontam-se os interesses econômicos do direito autoral com o direito à informação e ao acesso cultural; e o interesse individual frente ao direito da coletividade.

3.1. O CONFLITO ENTRE O USO DA CÓPIA PRIVADA E O ACESSO LIVRE AOS CONTEÚDOS INTELECTUAIS NA INTERNET

O problema do acesso livre aos bens culturais é geralmente tratado de forma insuficiente. Não há dúvidas de que já existia uma preocupação com a necessidade de se estabelecer limitações ao monopólio do direito autoral, contudo, uma vez que os meios disponíveis para a confecção de uma cópia da obra original eram escassos e de resultados com qualidade inferior, o tema do uso privado permaneceu desprezado até o momento em que o progresso tecnológico passou a incomodar os interesses comerciais de criadores e intermediários.

A obra é fruto do espírito humano, integrando todas as atividades humanas, valorizando o trabalho humano, diferenciando-o, enobrecendo-o e, com certeza, gerando disputas e conflitos (Dias, 2006, p. 53). O problema da cópia para uso privado sempre foi apresentado como um dos maiores desafios a ser elucidado pelo sistema de proteção do direito autoral, nesse entendimento, Larissa da Rocha Barros Lima (2010, p. 95) explica que “isto ocorre porque a determinação de um uso livre importa na colocação de um obstáculo ao autor de explorar economicamente sua obra e receber o direito de remuneração que possui”.

A sensação de liberdade promovida pela navegação na internet ampliou a percepção dos usuários de que os conteúdos disponíveis no mundo virtual poderiam ser acessados e utilizados, independentemente

da existência de regras jurídicas coercitivas sobre determinados tipos de conduta ou uso. A autonomia excessiva conferida aos internautas, com a crença de que toda informação é intrinsecamente livre, fez com que muitos indivíduos que anteriormente desconheciam o assunto passassem a acreditar que o direito autoral não pode ser visto como uma limitação à liberdade de expressão e ao acesso aos bens culturais em certas situações (Lima, 2010, p. 82).

A criação de limitações aos direitos autorais busca equilibrar os interesses sociais e a proteção do autor. Isso evita a necessidade de autorização para cada uso fora da proteção do autor ou de pagamento. Tais limitações destacam a dificuldade em definir até onde o autor pode controlar os usos de sua obra e quais direitos têm aqueles que acessam uma obra intelectual, seja de maneira paga ou gratuita (Trabuco, 2001, p. 33).

Para alguns autores, não é possível falar na existência de um princípio jurídico de liberdade de uso privado. Isso ocorre porque o direito de autor não está fundamentado na autonomia que se pressupõe existir diante de um uso pessoal, mas, ao contrário, ele deve estar em consonância com os limites extrínsecos que lhe são colocados, em função da ponderação a ser executada no interior do sistema jurídico. Dessa forma, não se pode dizer que a proteção autoral está condicionada à ideia de uma liberdade de utilização por um terceiro, mas apenas de que poderá ceder frente a tutela da vida privada, uma vez que o controle de utilizações por parte do autor não deve violar a privacidade do consumidor (Pereira, 2001, p. 343).

A evolução da cópia analógica para a reprodução digitalizada, no entanto, modificou radicalmente a configuração das cópias produzidas e a sua capacidade de disseminação entre seus interessados. Em face de um contexto puramente eletrônico em que a informação se multiplica de modo trivial, e a cópia é elaborada a custos insignificantes,

o valor da proteção autoral cresce, e uma nova conjuntura se apresenta às partes em conflitos em detrimento da prescrição de cláusulas de limitação. Nessa situação, José Cardona (2008, p. 121-130) identifica seis tipos de justificativas que devem ser levadas em consideração pelo legislador:

[...] a) a impossibilidade de controle, especialmente no âmbito doméstico, e o alto custo financeiro para o seu funcionamento; b) o direito de intimidade, que protege o copista no âmbito de sua liberdade na esfera privada; c) a defesa da cultura; d) o progresso tecnológico frente às inovações; e) o reconhecimento de uma propriedade em favor do destinatário da obra; e f) a liberdade de expressão e o direito de informação.

Conclui-se, assim, que a averiguação do uso privado de obra intelectual requer a definição do espaço, forma de utilização e seus participantes, destacando-se a ausência de exploração econômica. Esta característica crucial diferencia a cópia privada da pirataria, que visa lucro e infringe direitos autorais. A cópia para uso pessoal do copista não equivale à pirataria, sendo a contrafação de direito autoral a classificação apropriada quando a ação não é estritamente privada, mas tampouco configura um crime de pirataria.

3.2. A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E O MARCO CIVIL DA INTERNET

Com o propósito de suprimir uma lacuna que antes existia pela falta de regulamentação do uso da rede mundial de computadores (Internet) e as relações que envolvem as Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), o legislativo federal brasileiro promulgou a Lei de Acesso à Informação (LAI) e o Marco Civil da Internet (MCI), que

representam pilares fundamentais para a consolidação dos direitos digitais e da transparência no Brasil.

A LAI – Lei n. 12.527/2011 (Brasil, 2011) garante o direito ao acesso a informações públicas, promovendo a cidadania ativa e a fiscalização governamental, enquanto o MCI – Lei n. 12.965/2014 (Brasil, 2014) estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet, assegurando a privacidade, a proteção de dados pessoais e a neutralidade da rede. Juntas, essas legislações formam a base de um ambiente digital mais seguro, transparente e democrático, essencial para a sociedade contemporânea, vindo regulamentar o disposto no artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal (Brasil, 1988), que estabelece o seguinte:

Art. 5º [...], XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Além disso, o direito de acesso à informação pública está previsto em diversas convenções e tratados internacionais assinados pelo Brasil, tais como, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Declaração Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Carboni, 2021, p. 120).

Ao regulamentar o direito de acesso à informação pública, segundo a Controladoria Geral da União (2011, n.p.), “o Brasil passou a integrar um amplo grupo de nações que reconhece que a informação sob a guarda do Estado é um bem público, fato que, conforme demonstra a experiência internacional, fortalece o sistema democrático, resultando em ganhos para todos”. Deve-se, ainda,

respeitar, no tratamento das informações, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais, nos termos do que estabelece o artigo 31 da Lei de Acesso à Informação (Brasil, 2011).

No que diz respeito ao acesso à informação pública relativa à obra protegida por direitos autorais, pelo fato de os direitos autorais serem garantias individuais – uma vez que estão consagrados nos artigos 5º, incisos XVII e XXVII da Constituição Federal (Brasil, 1988) – o acesso à obra protegida, apesar de não ser impedido pela lei, não torna seu uso permitido, se este estiver em desacordo com a Lei de Direitos Autorais. O descumprimento dessa regra torna o usuário da obra, responsável pelo seu uso indevido, conforme determina o §2º do artigo 31 da Lei de Acesso à Informação (Brasil, 2011): “Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido”.

Como visto até aqui, a internet vinha sendo regulamentada por legislações genéricas, tais como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, porém, no ano de 2014, ganhou uma legislação específica: a Lei 12.965/2014, denominada como o Marco Civil da Internet (Brasil, 2014), novel que pretendeu regulamentar as práticas virtuais, estipulando princípios, direitos e deveres dos servidores e usuários, bem como os da administração pública em face da rede.

A referida lei foi editada com o intuito de dar maior segurança jurídica ao uso da *web* e as relações que a envolvem, evitando-se que o Poder Judiciário profira decisões díspares para casos idênticos devido à falta de regulamentação. Dentre as matérias mais controvertidas, o Marco Civil trata da neutralidade da rede; da obrigatoriedade do armazenamento de informações, da responsabilização sobre a publicação de conteúdo, da obrigatoriedade do cumprimento das

leis nacionais por empresas estrangeiras, da vedação da restrição do acesso à internet e do *notice and takedown* (Lima, 2005, p. 287).

O *notice and takedown* é um mecanismo de proteção de direitos autorais em ambientes virtuais previsto na legislação dos Estados Unidos, pelo qual o provedor passa a não responder pelos atos ilícitos perpetrados por usuários antes de haver uma notificação (*notice*) (pela polícia ou pela vítima), que obriga a retirada (*takedown*), pelo provedor da internet, de conteúdos que violem os direitos autorais. Significa dizer que, uma vez notificado judicialmente ou extrajudicialmente do conteúdo supostamente abusivo, o provedor deve inabilitar prontamente seu acesso ao público (Santos, 2009, n.p.).

Todavia, o Marco Civil da Internet deu ênfase à liberdade de expressão e à prevalência do devido processo legal, na relação entre usuário, provedor e autoridades judiciais e policiais. Não se deve efetuar a retirada “automática” de conteúdo eventualmente protegido, sem antes se ouvir o acusado de infringir as normas, pois isso poderia dar margem a vários tipos de abuso, causando cerceamento do contraditório, ampla defesa, bem como a liberdade de expressão (Viegas, 2016, n.p.).

Nesse espectro, para se conciliar o direito do autor e o direito de acesso à cultura e informação, tem-se a função social do direito do autor, pela qual as obras podem ser utilizadas de maneira legítima e sem abusos, visando o desenvolvimento e enriquecimento da sociedade como um todo. Assim, a teoria busca o equilíbrio entre a proteção autoral e a possibilidade de redução de obstáculos às novas formas de criação e circulação de bens intelectuais, visando o livre acesso às obras protegidas em determinadas circunstâncias. Com efeito, é de interesse público estimular a produção e a difusão de bens culturais, o que deve ser feito por meio da efetiva proteção aos

direitos autorais, respeitando-se sua função social, para incentivar o aproveitamento das obras produzidas.

4 A PONDERAÇÃO DO DIREITO AUTORAL

Objetivando estabelecer critérios para cumprimento da função social da propriedade do autor, ponderando direitos individuais e bens coletivos, necessário se faz a elaboração de uma análise profunda e multidisciplinar, capaz de conciliar os interesses privados com o bem comum. O jusfilósofo alemão, Robert Alexy (2010, p. 176), sustenta que a relação entre bens coletivos e direitos individuais faz parte de um debate filosófico e jurídico que não quer terminar. Basicamente, a função social da propriedade é um conceito complexo e dinâmico, a qual se exige uma análise cuidadosa e a adoção de instrumentos adequados para sua efetivação.

4.1 A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A concepção de propriedade antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 era marcada por uma visão mais individualista e menos social do que a atual. Lot Júnior (2009, p. 59) exemplifica que, na origem, “a propriedade era mais ligada ao seu aspecto agrário. [...] Na Idade Média, a terra, diga-se, a propriedade constituída de uma área de terra foi cedida a quem pudesse dar em troca a proteção contra a invasão dos bárbaros”.

Com a Revolução Francesa, ocorrida entre 1789 e 1799, houve o enfrentamento da monarquia absoluta, do que decorreu a abolição dos privilégios e dos direitos perpétuos. Este momento é um marco para a

história do Direito, a propriedade imobiliária retoma sua importância, sendo evidenciada no Código de Napoleão, também chamado de Código da Propriedade, como observa Aline Vitalis (2006, p. 193):

A propriedade, no seu sentido clássico, correspondia, por excelência, à terra, elemento inafastável para a produção econômica. Ao sujeito de direito, atribuíam-se poderes quase absolutos passíveis de serem exercidos sobre a coisa. A qualificação absoluta, aqui expressa, implica a inexistência de limites ou mesmo sujeição a qualquer restrição emanada do Estado e dos demais integrantes da sociedade.

É neste sentido que, o revogado Código Civil de 1916 (Brasil, 1916), em seu artigo 524, tratava do direito de propriedade: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”. Fica evidente, pelo dispositivo acima, que a proteção legal era aos interesses individuais relacionados ao proprietário.

Já a Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988) trouxe uma nova ótica à propriedade, enfatizando sua função social e estabelecendo limites ao direito individual para garantir a justiça social e o desenvolvimento sustentável. Deste modo, a propriedade deve ser utilizada para beneficiar a sociedade como um todo, e não apenas o proprietário, remetendo ainda ao Estado o dever de garantir o acesso a tais objetos culturais. Justifica-se tal entendimento a partir da constatação de que o próprio Estado existe, enquanto ente dotado de personalidade jurídica, para prover a estruturação da sociedade e o bem comum dos sujeitos nele inseridos, advindo daí a função social a ele inerente (Vitalis, 2006, p. 206).

A função social da propriedade, previsto no inciso XXIII do Art. 5º da Constituição Federal (Brasil, 1988), é um dever imposto ao proprietário de utilizar seu bem de modo a atender aos interesses da

coletividade, conciliando o exercício individual do direito de propriedade com o bem comum. Compreendendo que os valores sociais e existenciais da pessoa humana se tornam um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, materializados na dignidade da pessoa humana.

A aplicação da função social do direito de autor, para Guilherme Carboni (2009, p. 32), “deveria ser entendida como uma contribuição para que o seu uso abusivo seja coibido e para que seja reafirmada a sua função de mecanismo voltado para o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico dos povos e não um fim em si mesmo”. Nesse mesmo norte, Denis Borges Barbosa (2010, p. 128) denota que “o direito autoral também está sujeito às limitações constitucionalmente impostas em favor do bem comum”.

Sobre as questões relacionadas a aplicação dos limites legais, ainda como disse Barbosa (2010, p. 128), seja por intermédio da interpretação da lei autoral, é preciso ficar claro que a propriedade intelectual não pode coibir, sem razão e desproporcionalmente, o acesso à informação por parte de toda a sociedade e o direito de expressão de cada um. Também, não se pode duvidar a necessária implicação, na atualidade, dos avanços eletrônicos e telemáticos na tutela intelectual. Ora, simultaneamente às questões adstritas à facilitação do acesso à informação e à busca da denominada inclusão digital nos países em vias de desenvolvimento, tem-se a plena difusão de obras de conteúdo artístico e literário pela internet, abrangendo com isso, novos desafios para o direito autoral (Vitalis, 2006, p. 208).

Por isso, o direito autoral na sociedade da informação deve ser um instrumento de desenvolvimento que venha ampliar políticas públicas de difusão da cultura, promovendo a educação e o conhecimento, na visão de Marcos Wachowicz (2014, p. 6). Percebe-se que dimensão pública do direito autoral tem papel preponderante quando se aborda a

questão de políticas públicas para a preservação cultural e promoção da diversidade cultural do povo brasileiro.

4.2 ANÁLISE DOS MÉTODOS DE PONDERAÇÃO EXISTENTES

Constata-se que a sociedade atual se tornou cada vez mais complexa, sistêmica e informacional, caracterizada por uma intensa interconexão entre indivíduos e tecnologias. Os desafios contemporâneos exigem novas medidas e adaptações, é nessa seara que Wachowicz (2014, p. 13) propõe uma revisão da lei autoral brasileira com a premissa de que a emancipação humana advinda da liberdade de acesso a bens culturais que a humanidade conquistou nas últimas décadas, por meio da internet, não pode ser restringida ou suprimida em prol da manutenção de modelos de negócios obsoletos diante das novas tecnológicas da informação. Para este fim, elenca tópicos que necessitam serem discutidos, ao se falar em Sociedade da Informação e Diversidade Cultural:

[...] (i) em um primeiro plano, a questão da exclusão cultural, em especial no tocante a disponibilidade e acesso à própria Diversidade Cultural; e, (ii) em um segundo plano, a percepção de que exclusão cultural, com a tutela jurídica desacertada ou inadequada para os bens culturais pode induzir a homogeneização de padrões culturais.

Uma nova tutela jurídica para bens intelectuais representa uma adaptação do arcabouço legal existente para acompanhar as rápidas transformações tecnológicas e as novas formas de criação e utilização de obras intelectuais. A evolução da sociedade digital, caracterizada pela massificação do acesso à informação e pela criação colaborativa

de conteúdo, impõe desafios inéditos à proteção dos direitos autorais e de propriedade industrial. Nesse outro ponto, para instituir uma nova tutela jurídica, Wachowicz (2014, p. 13) afirma que é preciso repensar elementos como:

[...] (i) o direito fundamental à cultura e a importância da proteção da diversidade cultural para o desenvolvimento da sociedade; (ii) os valores éticos inerentes a Diversidade Cultural para o desenvolvimento da sociedade; (iii) a tutela jurídica tradicional aplicada pelo Direito internacional aos bens intelectuais dissociada da percepção de bens culturais; (iv) a urgência de uma nova reflexão sobre a tutela jurídica dada pelo Direito Autoral Brasileiro diante dos bens culturais desta nova Sociedade Informacional.

A construção de um modelo de ponderação de interesses, na visão de José Cristóvam (2017, n.p.), carece de um afirmativo refinamento teórico, explicitando-se os seus limites e procedimentos, como forma assecuratória do alcance das suas finalidades últimas, a supremacia da Constituição e a promoção e defesa dos direitos fundamentais; e o resultado dessa ponderação de interesses deve ser:

[...] a concretização daquele modelo material de justiça constitucional sobre o qual se funda o Estado constitucional de direito. E não o signo da incerteza política, da insegurança jurídica e do primado da autoridade (daquele que legisla, daquele que administra ou daquele que julga). A única autoridade legítima é a vontade soberana do povo normatizada na Constituição. O que parece ser, na atual encruzilhada do discurso jurídico contemporâneo, o bom combate a ser combatido! (Cristóvam, 2017, p. 271).

A metodologia proposta para a equilibrar interesses de Daniel Sarmiento (2000, p. 102) enfatiza a importância da delimitação precisa do conflito entre princípios. Ao identificar os limites intrínsecos de

cada princípio, é possível, em muitos casos, harmonizá-los sem a necessidade de uma complexa operação de ponderação. A primeira necessidade seria a exata identificação do real conflito entre princípios. Logo, se confirmado o conflito, com base nas situações concretas, segundo o autor, caberia ao intérprete: “impor ‘compreensões’ recíprocas sobre os interesses protegidos pelos interesses em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro” (Sarmiento, 2000, p. 102).

Complementarmente à ideia de Sarmiento, visto que no presente caso o conflito representa situações de harmonização entre interesses públicos (função social da propriedade) e privados (propriedade), porque não se excluem e sim se complementam, Paulo Roberto Schier (2005, p. 237) aduz que há uma autêntica síntese dialética, pois “a propriedade nem se presta apenas para satisfazer os interesses exclusivos do proprietário e nem tampouco justifica um sentido de coletivização ou funcionalização absoluta de sua utilização”.

Voltando ao cerne central, quando há um real conflito entre interesses – sejam esses públicos, coletivos, sociais, privados ou individuais – o espaço comum do debate povoa o sistema constitucional e seu vasto conjunto de princípios expressos ou implícitos, a qual se apresenta como um método de resolução de conflitos entre direitos fundamentais. Importa considerar que o espaço comum à ponderação proporcional, não é aquele das normas-regras, mas o das normas-princípios (Cristóvam, 2016, p. 259).

Em convergência ao assunto, há uma distinção qualitativa entre as regras e os princípios, e não uma distinção de grau, o que nos permite compreender a natureza aberta e flexível dos princípios, enquanto as regras são rígidas, precisas e com caráter satisfativo. Este é o ponto decisivo para compreender o método de Robert Alexy (2008, p. 91-

92), pois os princípios jurídicos são mandados de otimização e esses ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas.

No tocante aos direitos fundamentais, tanto o princípio quanto a regra são espécies do gênero norma, proposta que se assemelha a de Dworkin (1978, p. 22 e 71). Mas dela difere em um ponto decisivo de Alexy (2008, p. 59): a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização. Essa análise é fundamental para a teoria que permeará toda a obra de Alexy. Podemos exemplificar sua aplicação, em um plano concreto, imaginado que um princípio jurídico, como o da dignidade da pessoa humana, seja como uma bússola: ele indica uma direção a ser seguida, mas não traça um caminho preciso e rígido. Um mandamento de otimização, portanto, ordena que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Com base na teoria, visando a aplicação de princípios como forma de resolução, os direitos fundamentais são divididos em regras e princípios, conforme Alexy (2008, p. 111), aplicando-se as primeiras por subsunção e os últimos por ponderação, dado que são entendidos como mandados de otimização. Isso posto, tais conflitos constitucionais poderiam ser sopesados em observância a uma regra denominada de Lei da Ponderação, que determina que “quanto maior é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”, e dever-se-á decompor em três passos, segundo o autor:

Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do

princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.

Chamamos essas três etapas de exame trifásico da proporcionalidade, desenvolvido pela doutrina alemã e amplamente adotado em diversos ordenamentos jurídicos, constitui um instrumento fundamental para a análise da compatibilidade de medidas restritivas de direitos fundamentais com o princípio da proporcionalidade. Pode-se dizer ainda que, segundo Alexy (2008. p. 587-610), esse exame compreende três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, detalhados a seguir:

[...] (i) a adequação verifica se a medida adotada é idônea para atingir o fim legítimo perseguido; (ii) a necessidade, por sua vez, exige que a medida seja a menos restritiva dentre todas as alternativas possíveis para alcançar o objetivo desejado; (iii) a proporcionalidade em sentido estrito pondera os bens jurídicos em conflito, buscando um equilíbrio razoável entre o direito fundamental restringido e o interesse público envolvido.

Dessa forma, o exame trifásico da proporcionalidade oferece uma estrutura clara para avaliar a legitimidade de restrições a direitos fundamentais. Ao seguir esses subprincípios, busca-se assegurar que as medidas adotadas sejam justificadas e equilibradas. Esse processo visa minimizar os impactos sobre os direitos individuais, assegurando que qualquer restrição seja justificada por um interesse público relevante e que não haja alternativas menos prejudiciais para atingir o objetivo desejado.

4.3 ELEIÇÃO DE CRITÉRIOS PARA UMA LEI DE PROPORCIONALIDADE ENTRE O DIREITO AUTORAL E O DIREITO AO ACESSO AOS BENS CULTURAIS

As mudanças decorrentes pelo advento da internet, insurgiu diversos debates notórios que versam ao conflito do direito individual *versus* o direito coletivo, como a questão da pirataria digital, o uso indevido de conteúdo e a dificuldade de rastreamento dos responsáveis. Por isso é essencial que, conforme a tecnologia avance, a legislação siga atualizada ou haja meios de aplicação análogos que possam ser aplicados. Também existem algumas alternativas para conciliar os impactos no direito autoral, como estratégias de licenciamento flexíveis (*Creative Commons*), licenciamentos alternativos (*Copyleft*), a doutrina do 'uso justo' (*Fair Use*), a limitação temporal dos direitos autorais (Domínio Público); e formas de monetização alternativas (pelo número de visualizações do conteúdo).

Outro ponto a se considerar, é a afirmação popular de que o direito coletivo deve prevalecer, de forma absoluta, sobre o direito individual. É uma simplificação excessiva da complexa relação entre esses dois tipos de direitos. Não existe uma norma jurídica universal que estabeleça uma hierarquia rígida, determinando que o direito coletivo sempre prevaleça sobre o individual. A prevalência de um sobre o outro dependerá de uma série de fatores, sobretudo, a observância dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana (Alexy, 2008, p. 95).

Quanto a esta prevalência, De Marco e Reckziegel (2014, p. 140-141) em seus estudos analisam a obra de Alexy (2008), concluindo que o autor defende a existência de uma precedência *prima facie* dos direitos individuais em relação aos bens coletivos. A afirmação, entretanto, é tão fraca que não pode significar uma tendência ao individualismo,

permitindo que, em casos excepcionais, os bens coletivos possam justificar a limitação de direitos individuais, desde que seja proporcional e devidamente justificada. Essa postura do autor repercute também nos casos de colisão entre direitos fundamentais subjetivos e direitos objetivos (ordem objetiva de valores constitucionais).

Diante dos métodos apresentados, a eleição de critérios deve se fundamentar em um método que assegure a proporcionalidade, garantindo que a proteção aos criadores não comprometa a democratização do conhecimento e o acesso à cultura pela população. Um bom exemplo disso é a Lei da Ponderação de Alexy, que constitui um instrumento fundamental para a análise da compatibilidade de medidas restritivas de direitos fundamentais com o princípio da proporcionalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os atos da vida cotidiana da população global mergulharam de forma profunda no meio digital, intensificada pelo enorme poder de difusão da rede mundial de computadores. Tal fenômeno trouxe desafios no que diz respeito à proteção dos direitos autorais e à promoção do acesso equitativo à informação, onde a facilidade de compartilhamento de obras contrasta com a necessidade de controle dos direitos autorais. Surge, assim, um paradoxo inerente ao direito autoral, onde ao mesmo tempo que busca difundir o conhecimento e a cultura, também pode ser um limitador do seu acesso.

Este dilema tem provocado tensão entre os usuários e os detentores dos direitos autorais. Os autores buscam formas de proteger e monetizar suas obras no meio digital, dificultando a aplicação efetiva das leis de direitos autorais. Todavia, o uso amplo dos bens culturais na Internet oferece possibilidades de divulgação em massa

e de forma não onerosa, o que pode ser visto como um benefício para os autores. De outro lado, os usuários temem um controle excessivo aliado a um custo de aquisição elevado, o que pode afastar o acesso aos conteúdos por uma parcela da população.

Sob o prisma do direito constitucional e seus princípios, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece como direitos fundamentais tanto o direito à propriedade intelectual, através do direito autoral (Art. 5º, XXVII), quanto o direito de acesso à cultura e à informação (Art. 5º, XIV; Art. 215 e 216-A, II). O direito autoral é essencial para fomentar a criação e a produção cultural, atestando o reconhecimento e a remuneração adequada aos criadores. E, por outro lado, o direito de acesso democrático aos bens culturais é fundamental para o desenvolvimento social, econômico e cultural de uma sociedade.

Esse conflito de ordem constitucional levanta questões sobre o equilíbrio entre interesses individuais e coletivos, ressaltando a importância de políticas que promovam o acesso ao conhecimento sem comprometer os direitos dos criadores. O interesse público é cada vez mais relevante na aplicação do direito de autor, e ainda, a Constituição Federal, promulgada em 1988, inovou trazendo uma nova ótica à propriedade, com ênfase na sua função social e estabelecendo limites ao direito individual em prol da justiça social e o desenvolvimento sustentável.

Para promover a pacificação no meio autoral, é fundamental implementar medidas que considerem a aplicabilidade do princípio constitucional da função social da propriedade (Art. 5º, XXIII), o qual determina que o autor utilize sua obra de modo a atender aos interesses da coletividade, conciliando o exercício individual do direito de propriedade com o bem comum. Ou seja, a propriedade deve ser utilizada de forma a beneficiar a sociedade como um todo, e não apenas

o proprietário, sendo dever do Estado garantir a universalização do acesso aos bens e serviços culturais. Isso porque os valores sociais e existenciais da pessoa humana se tornam um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, materializados na dignidade da pessoa humana.

Cabe ressaltar que a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011) e o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) desempenham um papel importante para equilibrar o direito à informação com a proteção das criações intelectuais, buscando soluções que promovam tanto a inovação quanto o respeito aos direitos dos autores. Juntas, essas legislações formam a base de um ambiente digital mais seguro, transparente e democrático, essencial para a sociedade contemporânea, a qual busca o equilíbrio entre a proteção autoral e a possibilidade de redução de obstáculos às novas formas de criação e circulação de bens intelectuais.

Como visto alhures, existem alguns mecanismos que auxiliam na harmonia do direito autoral, dentre esses, destaca-se o instituto brasileiro do domínio público, que combate a ideia de uma propriedade perpétua com a limitação temporal dos direitos autorais. Ou ainda, os conceitos americanos do licenciamento flexível através do *Creative Commons* que assegura aos criadores o controle e a possibilidade de monetizar suas obras; o licenciamento alternativo pelo *Copyleft*, que promove o uso e compartilhamento livres, preservando as liberdades de criação; e a doutrina do *Fair Use* que permite exceções ao controle estrito, facilitando usos benéficos no campo educacional ou jornalístico. Esses conceitos são centrais e determinam como as criações são protegidas, utilizadas e distribuídas na sociedade digital.

Também se destaca o *notice and takedown*, do direito norte-americano, um mecanismo de proteção de direitos autorais que obriga as plataformas digitais de compartilhamento de conteúdo a retirá-lo

de sua rede, a partir de uma mera notificação do usuário que se sente lesado pelo conteúdo. Essa medida isenta o provedor que passa a não responder pelos atos ilícitos dos usuários. Ainda nessas plataformas, existem formas de monetização alternativas para remunerar o conteúdo autoral, como, por exemplo, o número de visualizações do seu conteúdo, ou mesmo, pela visualização de publicidades durante ou no intervalo da execução do conteúdo multimídia.

Em análise de algumas propostas de pacificação, podemos destacar a de Marcos Wachowicz, que salienta a Sociedade da Informação e a Diversidade Cultural, sugere uma revisão da lei autoral brasileira com a premissa de que o livre acesso aos bens culturais conquistados pelo advento da internet não pode ser restrito em prol da manutenção de modelos de negócios obsoletos. Em outro enfoque, Paulo Roberto Schier propõe a existência de uma autêntica síntese dialética, pois a propriedade não serve apenas aos interesses do proprietário nem justifica uma utilização totalmente coletiva.

Das medidas de ponderação, em suma, José Cristóvam entende que a criação de um modelo de ponderação de interesses requer a definição de limites, assegurando a supremacia da Constituição e a defesa dos direitos fundamentais, evitando a incerteza política e a insegurança jurídica. Já Daniel Sarmento aconselha identificar apenas os limites intrínsecos de cada princípio e harmonizá-los, sem a necessidade de uma complexa operação de ponderação. Adicionalmente a essas ideias, Robert Alexy indica a aplicação de mandamentos de otimização como uma forma de resolução, por uma regra conhecida pela Lei da Ponderação, que determina que se um princípio sofre um grande prejuízo ou limitação, isso só será aceitável se o princípio em favor do qual a restrição é feita for de grande relevância.

Em vista que a eleição de critérios deve se fundamentar em um método que assegure a proporcionalidade, com isso, pode-se dizer que a Lei da Ponderação é um meio eficaz para estabelecer critérios para pacificação entre direitos fundamentais, pois proporciona clareza conceitual e é dinâmico, pois se utiliza da natureza aberta e flexível dos princípios como parâmetro (por não serem absolutos), ao invés da rigidez das regras. Além disso, o exame trifásico dá discricionariedade para definir objetivos, escolher meios e sopesar.

Com base ainda na lei de Alexy, o direito de acesso à cultura e à informação pode prevalecer em maior medida sobre o direito à propriedade do autor. Mesmo assim, isso não significa que o direito do autor seja eliminado. Ele pode ser limitado ou restrito, por exemplo, permitindo o acesso ao livro gratuitamente em plataformas públicas ou para uso educacional, enquanto o autor ainda mantém certos direitos, como o reconhecimento moral pela criação da obra ou a possibilidade de obter remuneração por outros usos comerciais.

Dessarte, o conflito constitucional entre direito autoral e o direito ao acesso à cultura pode conciliado juridicamente por meio de mandamentos de otimização, que determina qual deles deve prevalecer em maior medida no caso concreto, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Esta maior medida, implica que o princípio mais relevante terá prioridade, mas sempre buscando um equilíbrio, de modo que a limitação ao outro direito seja mínima e razoável. O equilíbrio é feito de forma que a restrição ao direito de propriedade do autor seja proporcional, certificando que a obra seja acessível à população, mas sem prejudicar completamente os interesses econômicos e morais do autor.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARGOLLO, Lahiri Lourenço; ROSA, Flávia Goulart Mota Garcia. **Publicações científicas e direito autoral**: a função social da propriedade intelectual. In: Ponto de Acesso, Salvador, v.12, n.3, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/revistaici/article/view/30435/18031>. Acesso em: 18 jun. 2024.

BARBOSA, Denis Borg. **Propriedade intelectual**: direitos autorais, direitos conexos e software. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**: uma obra em domínio público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/01/O-Dominio-Publico-no-Direito-Autoral-Brasileiro.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 mar. 2024.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 71 de 2012. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 nov. 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc71.htm. Acesso em: 16 jun. 2024.

BRASIL. Decreto n. 75.699, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 9 maio 1975. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 16 mar. 2024.

BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Lei de Direitos Autorais. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 20 fev. 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 16 mar. 2024.

BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Lei de Acesso à Informação. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 16 mar. 2024.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 16 mar. 2024.

BRASIL. Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964. Estatuto da Terra. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 30 nov. 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504compilada.htm. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 5 jan. 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 26 ago. 2024.

MINISTÉRIO DA CULTURA. **Plano Nacional de Cultura**. 2 ed. Brasília, 2018. Disponível em: <http://pnc.cultura.gov.br/wp-content/uploads/sites/16/2018/05/Plano-Nacional-de-Cultura-Diretrizes.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2024.

CABRAL, Plínio. **Direito autoral**: dúvidas e controvérsias. São Paulo: Harbra, 2000.

CARBONI, Guilherme. **Direito de autor, acesso ao conhecimento e à informação e Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) no âmbito de bibliotecas e arquivos públicos.** Revista Rede de Direito Digital, Intelectual & Sociedade, Curitiba, v. 1 n. 2, 2021. Disponível em: <https://revista.ioda.org.br/index.php/rrddis/article/view/39/24>. Acesso em: 17 abr. 2024.

CARBONI, Guilherme. Direito Autoral e Direito de acesso: em busca de um melhor balanceamento. **Portal Migalhas**, ISSN 1983-392X, 10 jan. 2008. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/51908/direito-autoral-e-direito-de-acesso-em-busca-de-um-melhor-balanceamento>. Acesso em: 05 mai. 2024.

CARDONA, José Javier González de Alaiza. **La copia privada: sus fundamentos y su tratamiento en entorno digital.** Granada: Editorial Comares, 2008.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO – CGU. **Acesso à informação pública:** uma introdução à Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <https://www.gov.br/acessoainformacao/pt-br>. Acesso em: 2 jun. 2024.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Princípios constitucionais:** razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2016.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **A Teoria da Ponderação de Princípios na Encruzilhada do Decisionismo Judicial:** limita-me ou te devoro! Portal SciELO. Florianópolis: UFSC, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n75p219>. Acesso em: 2 set. 2024.

CUTRIM, Regina França; MARINHO, Raimunda Ramos. **Conflitos de poder na internet:** lei do direito autoral e sociedade da informação. Salvador, 2006. Disponível em: http://repositorio.febab.libertar.org/files/original/47/5134/SNBU2006_131.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024.

DE ANDRADE E SILVA, Danielle Souza. **Interesse público**: necessidade e possibilidade de sua definição no direito administrativo. Caderno Acadêmico. Recife: Faculdade de Direito do Recife, ano 4, n. 6, 2000. Disponível em: https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/DanielleSouzadeAndrade/InteressepubliconecessidadeepossibilidadeEstudantescadernoacademicon62000.pdf. Acesso em: 03 jun. 2024.

DE MARCO, Cristhian Magnus; RECKZIEGEL, Janaina. Direitos individuais e bens coletivos em Robert Alexy. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, [S. l.], v. 8, n. 29, p. 139–157, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v8i29.191>. Acesso em: 8 set. 2024.

DIAS, Maurício Cozer. **A proteção de obras musicais caídas em domínio público**. In: BRASIL. Ministério da Cultura. Direito autoral. Brasília, 2006. – (Coleção de cadernos de políticas culturais, vol. 1). Disponível em: <http://thacker.diraol.eng.br/mirrors/www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2007/10/direitos-autorais.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2024.

DIAS, Maurício Cozer. **Utilização musical e direito autoral**. Campinas: Bookseller, 2000.

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously, 2 ed., London: Duckworth, 1978.

INSTITUTO BRASILEIRO DE MUSEUS – IBRAM. **Acervos digitais nos museus**: manual para realização de projetos. Brasília: Ibram, 2020. Disponível em: <https://www.museus.gov.br/wp-content/uploads/2021/05/Acervos-Digitais-nos-Museus.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2024.

LIGUORI FILHO, Carlos Augusto. **Tente outra vez**: o anteprojeto de reforma da lei de direitos autorais, sua compatibilidade na sociedade da informação e a espera pela reforma que nunca chega. São Paulo: 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/43328014/Tente_Outra_Vez_O_anteprojeto_de_reforma_da_lei_de_direitos_autorais_sua_compatibilidade_na_sociedade_da_informa%C3%A7%C3%A3o_e_a_espera_pela_reforma_que_nunca_chega. Acesso em: 11 jun. 2024.

LIMA, Larissa da Rocha Barros. **A proteção dos direitos autorais e o acesso à informação**: cultura, downloads e cópia privada na internet. Maceió, 2010. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2010. Disponível em: <http://www.repositorio.ufal.br/handle/riufal/3889>. Acesso em: 16 jun. 2024.

LIMA, Marco Aurélio Brasil. **A responsabilidade civil do site que publica conteúdo de terceiros**. In: VALLE, Regina Ribeiro do (Org.). E-dicas: o direito na sociedade da informação. São Paulo: Usina do livro, 2005, p. 287.

LOT JÚNIOR, Rafael Angelo. **Função social da propriedade intelectual**: o patrimonialismo autoralista em contraste com o direito de acesso à cultura. Fortaleza, CE, 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Fortaleza, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Fortaleza, CE, 2009. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp111194.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2024.

MAZZONETTO, Nathalia. **Arbitragem e propriedade intelectual**: aspectos estratégicos, arbitragem e propriedade intelectual, 1 ed. Saraiva Jur, 2017. E-book. ISBN 9788547219437. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219437/>. Acesso em: 04 mai. 2024.

MORAES, Alessandra Silveira. A protetividade do direito de autor em face do acesso da coletividade aos bens culturais no Brasil do século XXI. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2623, 6 set. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17334>. Acesso em: 16 mar. 2024.

NAGAKURA, Marcelle Beatriz Cortiano. **Proteção autoral e acesso à cultura no ambiente digital**: problemáticas jurídicas e socioculturais da digitalização de acervos artísticos no Brasil. Curitiba, 2022. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração sobre o direito ao desenvolvimento**. Resolução n. 41/128 de 1986. Disponível em: <https://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Declara%C3%A7%C3%A3o-sobre-o-Direito-ao-Desenvolvimento.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2024.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Informática, direito de autor, e propriedade tecnodigital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/92620/1/Informati-ca%2C%20Direito%20de%20Autor%20e%20Propriedade%20Tecnodi-gital.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2024.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos; JABUS, Wilson P.; ASCEN-SÃO, José de O. **Direito autoral**. Saraiva Jur, 2020. E-book. ISBN 9786555591521. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591521/>. Acesso em: 14 mai. 2024.

SANTOS, Manuella Silva dos. **Direito autoral na era digital**: Impactos, controvérsias e possíveis soluções. São Paulo: Saraiva, 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063159.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2024.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA, Cláudia Beatriz Maia. **A Internet e os direitos autorais**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 2005. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/27918-27928-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2024.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e as novas leis autorais**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

TRABUCO, Cláudia. **Direito de autor, intimidade privada e ambiente digital**: reflexões sobre a cópia privada de obras intelectuais. In: Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades. vol. 9, n. 18, 2007. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/282/28291803.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2024.

TRIDENTE, Alessandra Rivalalainez. **Direito autoral**: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8075/1/Alessandra%20Rivalalainez%20Tridente.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2024.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. Direitos autorais: um direito pessoalíssimo. **Portal da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC**. Criciúma: 09 set. 2017. Disponível em: <https://www.unesc.net/portal/blog/ver/571/39373#:~:text=Segundo%20o%20Escrit%C3%B3rio%20Central%20de,utiliza%C3%A7%C3%A3o%20econ%C3%B4mica%20da%20obra%20intelectual>. Acesso em: 30 abr. 2024.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Cultura, informação e direitos do autor: um dilema da sociedade cibernética. **Revista de Direito Empresarial – ReDE**. São Paulo, v. 4, n. 21, 2016. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/107015/cultura_informacao_direitos_viegas.pdf. Acesso em: 06 jun. 2024.

VITALIS, Aline. **A função social dos direitos autorais**: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação. In: BRASIL. Ministério da Cultura. Direito autoral. Brasília, 2006. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/52724947/12/a-funcao-social-da-propriedade-intelectual>. Acesso em: 16 jun. 2024.

WACHOWICZ, Marcos. **A revisão da lei autoral brasileira**: instrumentos de acesso ao conhecimento, a cultura e a educação. Curitiba, 2014. Disponível em: https://gedai.ufpr.br/wp-content/uploads/2014/10/artigo_a_revisao_da_lei_autoral_brasileira_wachowicz_portugues-1.pdf. Acesso em: 06 set. 2024.

REGULARIZAÇÃO FUNDIARIA URBANA- REURB: A COMPLEXIDADE DAS OCUPAÇÕES INFORMAIS E A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL A MORADIA

Débora Ventura¹

Cristhian Magnus De Marco²

RESUMO

A presente pesquisa se concentra no direito urbanístico, com ênfase na análise da Regularização Fundiária Urbana (Reurb), instituída pela Lei nº 13.465/2017. A análise da segurança jurídica dos ocupantes de imóveis irregulares no Brasil, dentro do contexto da Constituição Federal de 1988, que assegura a moradia como um direito fundamental, e sua importância. Possui como objetivo analisar a compatibilidade do real cenário brasileiro, sua estrutura organizacional, déficits, carência popular, atrelados ao direito fundamental à moradia, bem como, a legislação REURB atua nestes meios, sua aplicabilidade e desafios. Logo, traz como metodologia a pesquisa explicativa, e o procedimento técnico utilizado vem a ser o bibliográfico. Para tanto foi escolhida ao se tratar de tema de enfrentamento social, no combate a regularização dos complexos habitacionais irregulares no Brasil, seus respaldos legislativos com o avanço da REURB e garantia de segurança nos atos que versam sobre a propriedade e posse, bem como suas dificuldades relacionadas à falta de políticas públicas e sociais, para se tornar efetivamente exequível e também eficaz. Portanto, traz as teorias neoclássicas continuam a dominar as políticas urbanas devido ao triunfo do neoliberalismo, onde os governos legislam favorecendo o que impulsiona o crescimento econômico e empresarial, deixando de lado frações menores da população. Nesse sentido, mais do que nunca o direito à moradia torna-se um direito fortalecido e importante para a sociedade, que necessita do envolvimento de políticas públicas que visem implantar o desenvolvimento básico para uma moradia digna e de segurança. No entanto, a pesquisa relata

¹ Discente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Email: deebboo.ventura@gmail.com

² Docente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Email: cristhian.demarco@unoesc.edu.br/ cristhian.demarco@gmail.com

um viés onde norma jurídica e preceitos sociais e populares acabam muitas vezes destoados do real objetivo, o que afeta um dos direitos fundamentais mais caros da existência humana: a moradia digna.

Palavras-chaves: Lei nº13.465/2017. Imóveis irregulares. Direito fundamental. Moradia, Políticas públicas.

1 INTRODUÇÃO

Os núcleos habitacionais ocupados por brasileiros de baixa renda apresentam uma problemática empírico-social complexa, abrangendo uma série de questões relacionadas à habitação precária, carência de infraestrutura básica, insegurança e marginalização social. Essas comunidades, frequentemente estabelecidas em áreas periféricas e não regularizadas, enfrentam uma série de desafios, incluindo acesso limitado a serviços públicos, precariedade no saneamento básico, transporte insuficiente e alta vulnerabilidade a desastres naturais. As condições de vida nesses locais têm impactos adversos na saúde, na educação e nas oportunidades de emprego dos residentes, perpetuando ciclos de pobreza e exclusão.

Na maioria das cidades brasileiras se observa o cenário urbano irregular como uma realidade, em especial, as pertencentes a regiões metropolitanas, logo, nos últimos anos o combate ao enfrentamento dessas questões estão à tona, haja visto que as novas legislações propõem várias medidas e tentam ao máximo pacificar a situação de precariedade dos ambientes irregulares, mas que ainda há muito o que se avançar em um nível de gestão municipal/estadual/federal que torne efetivo os procedimentos de regularização. Partindo-se do contexto acima descrito, tem-se como problema de pesquisa o seguinte: A Lei n. 13.465/17, que trata da regularização fundiária urbana, proporciona condições jurídicas para a efetivação do direito fundamental à moradia adequada.

Os cenários dos núcleos habitacionais de baixa renda variam em todo o país, refletindo as diferentes realidades regionais e econômicas do Brasil. Em grandes metrópoles como São Paulo e Rio de Janeiro, favelas e comunidades informais são exemplos visíveis dessas condições habitacionais precárias. Apesar da falta de infraestrutura adequada, essas áreas apresentam uma intensa dinâmica social e econômica, com mercados locais, comércios e redes de apoio comunitário.

Ao decorrer da pesquisa encontram-se como objetivos gerais: analisar a compatibilidade do real cenário brasileiro, sua estrutura organizacional e as dificuldades em meio ao direito fundamental à moradia e os aspectos da legislação REURB e sua aplicabilidade; e específicos: Abordar acerca da história brasileira e surgimento dos primeiros núcleos habitacionais; Compreender a problemática empírico- social, contexto e cenários aparentes na visão brasileira, principalmente aos núcleos de baixa renda; Analisar acerca dos preceitos fundamentais que versam sobre o direito social constitucional à moradia, bem como a legitimidade da posse e propriedade dos imóveis; Apresentar a Lei Federal n.º 13.465 (Brasil, 2017) juntamente com o decreto 9.310/2018 suas regras e procedimentos para a desburocratização da Regularização Fundiária Urbana (REURB); Expor a dependência do dispositivo lei REURB, em relação a carência de políticas públicas urbanísticas e habitacionais. Considerando assim a necessidade de abordar acerca da história brasileira e surgimento dos primeiros núcleos habitacionais, compreender a problemática empírico- social, contexto e cenários aparentes na visão brasileira, principalmente aos núcleos de baixa renda, analisar acerca dos preceitos fundamentais que versam sobre o direito social e constitucional à moradia.

Por outro lado, a pesquisa se dá de maneira explicativa, e o procedimento técnico utilizado é o bibliográfico. A metodologia supracitada foi escolhida ao se tratar de tema de enfrentamento social, no combate a regularização dos complexos habitacionais irregulares no Brasil, seus respaldos legislativos com o avanço da REURB e garantia de segurança nos atos registrais de propriedade e posse destes imóveis, bem como suas dificuldades relacionadas à falta de políticas públicas e sociais, para se tornar efetivamente exequível e também eficaz.

Às teorias neoclássicas ainda prevalecem nas políticas urbanas devido ao predomínio do neoliberalismo³, onde os governos criam leis que favorecem o crescimento econômico e empresarial, negligenciando segmentos menores da população, como as periferias e áreas de habitação clandestina. Essa abordagem faz parte do planejamento estratégico neoliberal. Diante disso, o direito à moradia se torna cada vez mais crucial para a sociedade, especialmente para as camadas mais baixas da população, que buscam amparo jurídico com base nos princípios fundamentais da dignidade humana.

Nesse contexto, é essencial que os municípios brasileiros desempenhem um papel ativo na implementação de processos de regularização fundiária, assumindo a responsabilidade por várias etapas das políticas públicas que visam garantir uma moradia digna e segura. Além disso, é necessário o envolvimento de todas as esferas

³ O neoliberalismo surgiu na segunda metade do século XX, em um contexto de crise do modelo de Estado de bem-estar social, que havia sido previsto mundialmente na década de 1930. O Estado de bem-estar social foi fundamentado nas ideias propostas por John Maynard Keynes em 1936, que defendia uma intervenção do governo para garantir condições mínimas de qualidade de vida para a população. Esse sistema emergiu após a crise econômica de 1929, como uma resposta ao liberalismo econômico predominantemente. A redução do papel do Estado na economia de um determinado território compreende a redução dos encargos tributários (impostos) que devem ser pagos pelas empresas e a maior liberdade de atuação no que diz respeito ao seu funcionamento interno e também a sua localização propriamente dita. "RODRIGUES, Carlos Henrique Lopes; JUNGENSELD, Vanessa Follmann Jurgenfeld. O Neoliberalismo no Governo Itamar Franco: uma análise de sua política de privatizações. *Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política*, v. 1, n. 60, p. 145-176, mai. 2021. Disponível em: <https://revistasep.org.br/index.php/SEP/article/view/698>."

federativas, cada uma dentro de suas atribuições e responsabilidades, e o investimento no fortalecimento dos municípios para uma integração eficaz na promoção das ações previstas na REURB, em conformidade com o atual marco regulatório.

Os resultados em suma da referida pesquisa apontam que a participação comunitária desempenha um papel fundamental nesse processo. Envolvendo os moradores na formulação e implementação de políticas habitacionais, é possível garantir que as soluções atendam às suas necessidades reais e promovam um sentimento de pertencimento e responsabilidade coletiva. Por fim, a colaboração entre governos, setor privado e organizações não governamentais pode potencializar recursos e iniciativas para melhorar os núcleos habitacionais de baixa renda.

De modo geral, a pesquisa reflete e conclui a problemática dos núcleos habitacionais de brasileiros de baixa renda é complexa e requer ações coordenadas e contínuas para promover uma urbanização mais justa e inclusiva. Entender o contexto histórico e atual dessas comunidades é essencial para a formulação de políticas públicas eficazes que realmente transformem suas realidades, garantindo a todos o direito a uma moradia digna e segura.

2 PROBLEMÁTICA EMPÍRICO-SOCIAL, CONTEXTO E CENÁRIOS DOS NÚCLEOS HABITACIONAIS DE BRASILEIROS DE BAIXA RENDA

Nesta seção estarão expostos os pressupostos sociais, econômicos e ambientais, nos quais se fundem os núcleos habitacionais irregulares, quem vive neles, como são compostos e que qual segmento de vida é vislumbrado por estas pessoas.

A gravidade da situação enfrentada pelos núcleos habitacionais de baixa renda no Brasil é um reflexo da profunda desigualdade social e das deficiências estruturais enfrentadas por milhões de brasileiros. Essas comunidades, muitas vezes localizadas em áreas periféricas e desprovidas de infraestrutura adequada, enfrentam uma série de desafios que impactam negativamente a qualidade de vida de seus habitantes. Às comunidades de baixa renda muitas vezes vivem em habitações precárias, com poucos recursos e sem acesso adequado a serviços básicos como água, saneamento e eletricidade. Isso contribui para um ciclo de pobreza e dificulta a melhoria das condições de vida (Fernandes, 2006, p. 17-50).

O contexto dos núcleos habitacionais de baixa renda no Brasil é moldado por um histórico de urbanização rápida e planejamento urbano inadequado. Desde o século XX, o crescimento das cidades brasileiras tem sido caracterizado por uma expansão desordenada, com a população de renda inferior sendo deslocada para as periferias devido aos altos custos de moradia nas áreas centrais. A falta de políticas públicas consistentes e investimentos adequados em habitação popular agravou essa situação, resultando em um significativo déficit habitacional. Embora iniciativas como o programa “Minha Casa Minha Vida” tenham sido implementadas para enfrentar esse problema, muitas vezes enfrentam dificuldades na implementação e garantia de qualidade das construções (Pasternark; D’Ottaviano, 2018).

Em primeiro lugar, a habitação precária é uma realidade comum nesses núcleos. Muitas famílias vivem em condições insalubres, em moradias improvisadas e vulneráveis a intempéries climáticas e desastres naturais. A falta de acesso a saneamento básico, água potável e energia elétrica agrava ainda mais essa situação, colocando em risco a saúde e o bem-estar dos moradores. Além disso, a carência de serviços públicos essenciais é uma questão

presente nessas comunidades. Acesso limitado à educação de qualidade, medicina adequada e transporte público eficiente dificulta o acesso a oportunidades de desenvolvimento pessoal e profissional. Isso perpetua um ciclo de pobreza e exclusão, onde as gerações futuras enfrentam as mesmas dificuldades de assistência que seus antecessores. A falta de acesso a serviços públicos essenciais é destacada como um dos principais desafios enfrentados por essas comunidades. Isso inclui todos os serviços de saúde, educação, transporte e segurança, já citados, que carregam em seu próprio nome o sentido de fundamentais na vida dos residentes (Fernandes, 2011, p. 6-7).

A falta de segurança é uma preocupação constante. Núcleos habitacionais de baixa renda muitas vezes são áreas de alta criminalidade e violência, onde os residentes vivem com medo constante de assaltos e outros crimes. Isso cria um ambiente de instabilidade e insegurança, afetando negativamente o bem-estar emocional e psicológico das comunidades. Afastando de certa forma o interesse político, de empreendimentos e inovações, haja visto que não teria um viés de investimento quando se observa o cenário social desses ambientes. (Nascimento, 2013 p.122-150)

Sendo assim, podemos observar que o cenário brasileiro carece de áreas de extrema pobreza, onde as pessoas inseridas enfrentam condições precárias de vida como supracitado. Dentre esses aspectos, fica claro como a dignidade da pessoa humana junto a moradia digna soam longínquos a realidade.

2.1 ORIGEM, HISTÓRICO BRASILEIRO

Na presente seção serão abordados os desafios contextos históricos sociais, sobre quais se fundiram nossa atual perspectiva

habitacional e seus reflexos na imagem brasileira periférica e conjuntos habitacionais irregulares, ao ponto de como foram criadas as raízes que sustentam os centros clandestinos do país.

Os primeiros conjuntos habitacionais no Brasil surgiram como resposta aos desafios enfrentados pelas grandes cidades, especialmente durante o século XX, período onde existia um intenso processo de urbanização. Com o rápido crescimento populacional e a falta de políticas habitacionais adequadas, muitas famílias brasileiras de baixa renda encontravam-se em condições precárias de moradia, muitas vezes em cortiços superlotados ou em áreas insalubres e de risco (Rodrigues, 2019, p. 668).

Desde a abolição da Escravidão, com seu fim em 1888, milhares de ex-escravizados e seus descendentes migraram para as cidades em busca de oportunidades de trabalho e liberdade, em busca de esperança, onde pudessem recomeçarem suas vidas. No entanto, ao chegarem, a recepção de muitos foi controvérsia a sua conquista, em sua grande maioria enfrentaram discriminação e dificuldades para encontrar moradia e emprego, o que os levou a se estabelecer em áreas periféricas e desocupadas das cidades, como refúgio e maneira de se reestabelecer (Costa, 2015 p. 106-110).

Também há de mencionar que durante os séculos de XIX e início do século XX, ocorreu um intenso êxodo rural no Brasil, com milhões de pessoas deixando o campo em busca de melhores condições de vida nas cidades. Esse movimento migratório consequentemente resultou em um rápido crescimento populacional nas áreas urbanas, contribuindo para a formação de assentamentos informais deliberados. A falta de condições financeiras para adquirir moradias adequadas, levava os moradores da época a realocarem-se, tendo assim o surgimento de ocupações informais em terrenos baldios, encostas de morros e margens de rios (Fernandes, 2011, p 88).

A de ressaltar como a falta de planejamento urbano e políticas habitacionais, bem como a falta de políticas habitacionais eficazes e o planejamento urbano deficiente contribuíram para o crescimento desordenado das cidades brasileiras. O Estado muitas vezes falhou em fornecer moradia digna e serviços básicos para a população de baixa renda, deixando essas comunidades à margem do desenvolvimento urbano. Os locais hora escolhidos para moradias irregulares em épocas passada, ainda são hoje exemplos de ocupações informais. Com o Estado não fornecendo o respaldo público necessário, por si sós as pessoas começaram as construções, sem a fiscalização e segurança crucial no levantamento das edificações (Nascimento, 2013, p. 45).

Neste sentido, visualizando o atual cenário, os estes públicos ocasionaram o surgimento as primeiras iniciativas de construção de conjuntos habitacionais, visando fornecer moradias dignas e acessíveis para a população de baixa renda. Um marco importante foi a criação do Banco Nacional de Habitação (BNH) em 1964, durante o regime militar, que promoveu programas de financiamento habitacional e incentivou a construção de conjuntos habitacionais em todo o país. Esses primeiros conjuntos habitacionais, muitas vezes chamados de “cidades-satélites”, foram projetados para oferecer não apenas moradias, mas também infraestrutura básica e serviços públicos, como escolas, creches, postos de saúde, áreas de lazer e transporte público. Eles geralmente eram construídos em áreas periféricas das cidades, onde o custo da terra era mais baixo e havia espaço para expansão urbana. Um dos exemplos mais conhecidos e citados é o Conjunto Habitacional Parque Novo Mundo, em São Paulo, inaugurado em 1966, que foi o primeiro conjunto habitacional construído e serviu de modelo para outros empreendimentos similares em todo o país. Embora esses conjuntos tenham representado um avanço significativo na melhoria das condições de vida para muitas famílias de baixa renda,

ao longo do tempo surgiram também críticas em relação à qualidade das construções, à localização periférica e à falta de integração com o restante da cidade. Muitos desses conjuntos acabaram enfrentando problemas de infraestrutura inadequada, falta de manutenção e isolamento social, destacando a importância de abordagens mais integradas e sustentáveis para o desenvolvimento habitacional (Lago, 2011, p. 195-216).

As condições adversas enfrentadas pelos primeiros núcleos implícitos foram severas. As moradias eram improvisadas, construídas com materiais precários como madeira, lona e papelão. A falta de infraestrutura básica, como água potável, saneamento e eletricidade, era comum, aumentando os riscos de doenças e condições insalubres. Além disso, essas comunidades muitas vezes enfrentavam ações de despejo e remoção forçada por parte das autoridades municipais, que viam as primeiras “favelas” como um problema a ser eliminado, em vez de uma consequência das falhas do Estado em prover habitação adequada para todos os cidadãos (Nascimento, 2013, p. 45).

Em resumo, os núcleos informais surgiram no Brasil em um contexto de exclusão social, pobreza e falta de políticas públicas adequadas. Elas representam um fenômeno complexo, resultado da interação de diversos fatores históricos, econômicos e sociais, e continuam a ser um desafio significativo para as cidades brasileiras até os dias de hoje.

2.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DIREITO À PROPRIEDADE

No sentido de exemplificar como a propriedade se manifesta ou deveria se manifestar nos centros habitados pelo homem segundo

o ordenamento jurídico brasileiro, a presente seção discorre sobre a função adequada que se espera da propriedade em relação ao meio inserido.

A doutrina de César Fiuza (2013, p.935) define propriedade como a:

[...] situação jurídica consistente em uma relação dinâmica entre uma pessoa, o dono, e a coletividade, em virtude da qual são assegurados àquele os direitos exclusivos de usar, fruir, dispor e reivindicar um bem, respeitados os direitos da coletividade.

Neste sentido entende-se como propriedade algo móvel ou imóvel que o homem possa usufruir ao decurso do tempo, atravessando as vertigens da mudança e atravessando os séculos, ao pensarmos que tudo encontra-se em constante mudança e evolução, a propriedade quando adquirida em sentido estrito, garante sua disposição prolongada (Cunha, 2019, p.100).

A Constituição Federal de 1988 classifica o direito de propriedade como sendo um direito fundamental individual nítido em seu artigo 5º, inciso XXII. Logo no inciso seguinte, XXIII do mesmo artigo considera-se expresso que a propriedade observará a função social da propriedade, tendo ela princípios norteadores da economia, bem como atrelados ao direito urbanístico e ambiental (Rodrigues, 2019, p. 145-176).

Por outro lado, trazendo o viés das cidades menores e áreas rurais: os núcleos habitacionais de baixa renda podem se manifestar de maneira diferente, com menor densidade populacional, mas ainda enfrentando desafios significativos de acesso a serviços e oportunidades. Em algumas regiões, iniciativas de urbanização e regularização fundiária têm buscado melhorar as condições de vida, embora sua implementação seja muitas vezes lenta e fragmentada.

Para abordar os desafios nos núcleos habitacionais de baixa renda no Brasil, é crucial adotar uma abordagem integrada e sustentável. Investimentos em infraestrutura básica, como saneamento, transporte e serviços públicos, são essenciais. Além disso, políticas de habitação que incentivem a construção de moradias acessíveis e de qualidade, juntamente com programas de regularização fundiária, podem contribuir para a segurança e a dignidade dos moradores. Antes mesmo de entendermos sua função é necessário compreender sua aparição e garantia no ordenamento jurídico brasileiro. Desta forma manifesta-se que o direito à propriedade está previsto no artigo 5º da Constituição Federal e é alçado a garantia fundamental, sendo essa uma cláusula pétrea do nosso Diploma Constitucional:

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: [...]

Portanto, o direito à propriedade é uma garantia fundamental em todos os Estados democráticos e livres da atualidade. Sem a garantia do direito de propriedade, enfrentamos uma situação em que o fruto do esforço individual poderia ser tomado por outros ou até pelo próprio Estado. Além disso, a inviolabilidade do direito à propriedade permite que as pessoas produzam bens e serviços que beneficiarão a todos quando inseridos no mercado. Tomemos como exemplo a situação de um agricultor. Se ele soubesse que o resultado de seu trabalho árduo em arar a terra, plantar e colher poderia ser tomado por outra pessoa ou pelo Estado sem justa compensação, ele não teria interesse em continuar essa produção (Sundfeld, 2019, p.1-17).

Desta forma pontua, Melhim Namem Chalhub (2022, p. 47):

Qualquer que seja a organização social considerada, a propriedade há de ser, obviamente, elemento sempre presente na estrutura da ordem econômica e social, não havendo dúvida de que o reconhecimento do direito de propriedade é fator de segurança jurídica e, consequentemente, de estabilidade social.

A função social da propriedade refere-se ao exercício do direito de propriedade, concretizando-se na posse. Segundo o Código Civil, art. 1196, o possuidor é aquele que exerce “de fato, os poderes relacionados ao proprietário”. Assim, a função social da propriedade é também a função social da posse exercida pelo proprietário. Os deveres associados a este princípio funcionam como limites impostos pelo Estado ao direito de propriedade privada. A função social da propriedade é manifestada através da posse “real e direta” pelo proprietário. O cumprimento desse princípio depende da maneira como o titular do direito exerce sua posse. Para o proprietário, isso se traduz na forma como ele exerce seu direito de propriedade. Já para o possuidor que não é proprietário, seu exercício é denominado função social da propriedade (Schreiber, 2001, p. 159-182).

A função social insere interesses sociais na proteção da propriedade, transformando-a de um direito quase absoluto em uma situação jurídica complexa, composta por direitos, ônus, deveres e obrigações, nisto inclui-se: o uso racional e adequado dos recursos naturais, a preservação do meio ambiente, a observância das leis trabalhistas e a exploração que beneficia tanto proprietários quanto trabalhadores. Com esses requisitos cumpridos, a situação jurídica do proprietário está em conformidade com a lei, garantindo seus direitos. Servindo como base para legitimar a propriedade privada ao atender interesses sociais. Logo, o proprietário (por assim dizer) que usa sua propriedade em prol do interesse social passa a ter um dever, não apenas um direito. Ele cumpre uma função (é um ‘funcionário’) e

deixa de ser meramente o 'dono'. A propriedade com função social que não cumpre essa função perde sua proteção jurídica. Assim, não há fundamento jurídico para atribuir o direito de propriedade a quem não atende à sua função social. O bem, juridicamente, não pode ser objeto de propriedade se não cumprir sua função social (Sundfeld, 2019, p.1-17).

O presente diálogo transcorreu que a posse nada mais é que um fato real cotidianamente visto, logo, que a propriedade é o direito, de usar, fruir, dispor... Bem como, a segurança ao ato de possuir e garantir a propriedade ao cidadão sem o risco e instabilidade de ser tomada de se, também que quando possuidor, além de proprietário é responsável pela função social exercida, para que vá além do benefício privado e atenda ao interesse coletivo.

2.3 DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À MORADIA

No inteiro teor desta sessão serão apresentados os pressupostos ao qual tornam a moradia como um preceito fundamental vislumbrado pelo ordenamento jurídico brasileiro, como foi considerado um direito social e respaldo no contexto urbano social do país.

No direito constitucional brasileiro, apesar de o direito à moradia ter sido formalmente incorporado à Constituição (art. 6º) como um direito fundamental social com a Emenda Constitucional nº 26, de 2000, já havia referências à moradia em outros dispositivos da Constituição de 1988. A Deputada Federal Almerinda Carvalho, relatora do PEC nº 60/98, apontou que a Constituição já mencionava a moradia em normas como a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para “promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (art. 24, inciso IX). Além disso, o artigo 7º, inciso IV, definia o

salário mínimo como suficiente para cobrir as necessidades básicas, incluindo moradia (Sarlet, 2010).

A função social da propriedade, mencionada no artigo 5º, inciso XXIII, no artigo 170, inciso III, e no artigo 182, §2º, assim como a previsão do usucapião especial urbano (art. 183) e rural (art. 191), reforçam a importância da moradia como parte do direito à propriedade, vinculado à sua utilização para fins de moradia. Isso indica que, mesmo antes da emenda, o direito à moradia estava implicitamente reconhecido como fundamental. Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) também poderia fundamentar o direito à moradia, já que essa dignidade exige a satisfação das necessidades básicas para uma vida digna, podendo servir como base para direitos fundamentais não expressamente previstos, mas relacionados à proteção da dignidade. Além disso, o Brasil, como signatário de tratados internacionais sobre direitos humanos, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, já incorporado ao direito interno, reforça a consagração do direito à moradia como um direito fundamental. Embora haja discussões sobre a hierarquia constitucional desses tratados, a inclusão explícita do direito à moradia no rol dos direitos fundamentais sociais resolve qualquer dúvida quanto à sua posição constitucional. A positivação expressa do direito à moradia dá-lhe uma relevância especial, trazendo novas perspectivas para sua eficácia. A Constituição, ao garantir direitos fundamentais, mesmo com limitações práticas, busca conferir força normativa máxima a esses preceitos (Dornelles; Júnior, 2015, p. 1-12).

Após uma análise cuidadosa do direito à moradia como um direito humano, com base nos tratados internacionais de direitos humanos e no Comentário Geral n.º 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, que se dedica a compreender o direito à moradia adequada prevista no Pacto Internacional de

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11, 1), emergem alguns elementos para sua significação: “o direito de todos de ter acesso a alguma forma de acomodação segura, acessível e habitável para viver em paz, com segurança e dignidade”. O direito à moradia está, portanto, condicionado a um conjunto de qualificações que garantem a sua adequação. Nem todo assentamento humano é adequado; há elementos específicos que devem ser considerados, como a segurança jurídica da posse (sendo os despejos provocados uma grave violação de direitos humanos), os custos, a habitabilidade, a acessibilidade, a localização e a adequação social (Osório, 2014, p. 67).

Nesse contexto, além de sua dimensão subjetiva e individual, o direito à moradia constitui um valor identitário da ordem constitucional brasileira, centrado na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) e direcionado programaticamente para a construção de um estado social ideal (uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais, e promoção do bem de todos, sem discriminações ilegítimas – art. 3.º, incisos I, III e IV). O direito à moradia, na sua perspectiva objetiva, torna-se um parâmetro importante para a interpretação e aplicação do ordenamento infraconstitucional, especialmente no que diz respeito às políticas urbanas, fundiárias, de infraestrutura, de mobilidade urbana e ambientais. Ele serve como classificação para avaliar a constitucionalidade dessas leis, invalidando aquelas que contrariam sua aplicação no cenário social (Mendes, 2013, p. 167).

É possível visualizar como os autores tratam o direito à moradia relacionado a dignidade da pessoa humana, haja visto que não existe justiça sem acesso a moradia digna, onde a pessoa vive a maior parte da vida, cria seus primeiros laços de aprendizagem e evolução. Fica claro que a desigualdade social começa ao pisar dos lares inferiores, onde as frações populacionais sentem-se indesejadas.

Para promover o direito à moradia, a Constituição da República de 1988 atribuiu à União a responsabilidade de estabelecer diretrizes para o desenvolvimento urbano, incluindo habitação, saneamento básico e transportes públicos (art. 21, XX); além disso, atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (competência comum) a promoção de programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX). Estas disposições constitucionais conferem aos entes federativos deveres de proteção, que incluem a promoção da moradia por meio da construção ou qualificação das edificações existentes. Neste âmbito, insira-se o instituto jurídico da regularização fundiária urbana, especialmente a de interesse social (Sarlet, 2013, p. 309).

Identifica-se no capítulo atual que antes de se pensar em direito a moradia, ou mesmo antes que seus pressupostos fossem fixados em lei, já era possível identificar seu viés dentro da Carta Magna, da Declaração dos direitos humanos, entre outras vertigens. Apesar da evolução das normas jurídicas, evidenciou-se a necessidade de dar mais voz a este direito fundamental, ao paço que, as minorias afetadas por tal problemática não obtinham recursos o suficiente para mediante consultoria jurídica privada alcançarem o mínimo existencial, pelo contrário, era e ainda é necessário que políticas públicas abracem tais repartições sociais.

3 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA (REURB)

A indicação envolvida na presente seção, visa explicar e exemplificar uma nova legislação a fim de regularizar núcleos informais, garantindo a titularidade dos imóveis aos seus possuidores, transformando-os em proprietários, regularizando a situação em que vivem no sentido: jurídico, urbano, social e ambiental.

Às políticas públicas rompidas antes da Lei 13.465/17 limitavam e dificultavam o acesso dos ocupantes à propriedade, uma vez que não acompanhavam as disposições da Constituição Federal Brasileira de 1988 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O sistema jurídico brasileiro consolidou o direito de propriedade de forma que contrastava com a realidade do país, onde a posse frequentemente era o meio de aquisição da propriedade. Com base na Medida Provisória nº 759/16, a Lei 13.465/17 propõe-se a prestação de serviços públicos à população de baixa renda para garantir que os ocupantes possam permanecer em locais onde estejam socialmente integrados, sem a realização de realojamentos. A lei promove uma resolução extrajudicial de conflitos, a cooperação entre estado e cidadão, a garantia do direito à moradia digna e à propriedade, e a justiça na ocupação e uso do solo. Ela estabelece princípios que devem ser seguidos, como sustentabilidade econômica, social e ambiental, e a ordenação territorial para uma ocupação eficiente e funcional do solo (art. 9º, § 1º, da Lei 13.465/17 (Varela, 2002, p. 730-763).

A Regularização Fundiária Urbana, promovida através da legitimação fundiária, pode ser aplicada apenas para a identificação e regularização de núcleos urbanos informais existentes até 22 de dezembro de 2016 (art. 9º, § 1º, da Lei 13.465/2017). Assim, a legitimação fundiária não se aplica aos núcleos informais que surgiram após a entrada em vigor da nova legislação. A Lei 13.465/17 núcleos urbanos informais consolidados, independentemente de serem imóveis públicos, privados ou mistos, urbanos ou rurais, desde que se destinem predominantemente à moradia dos seus ocupantes, em loteamentos, condomínios ou conjuntos habitacionais irregulares ou clandestinos. As disposições também se aplicam a imóveis em áreas rurais, desde que a unidade imobiliária tenha área inferior à

fração mínima de parcelamento prevista na Lei no 5.868/72. (Tartuce, 2018, p. 180)

A Regularização Fundiária Urbana (REURB) é uma iniciativa do Estado que simplifica os procedimentos para a aquisição de propriedade, conforme previsto na Constituição em relação ao direito à moradia, direito à propriedade, direitos fundamentais e direitos humanos, conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Os ocupantes podem acompanhar o “andamento do andamento”, participando ativamente e reivindicando seus direitos. A REURB é detalhada como um conjunto de medidas e procedimentos administrativos, jurídicos, ambientais, sociais e urbanísticos que visam à incorporação dos núcleos urbanos informativos ao ordenamento territorial urbano e à titulação aquisitiva de seus ocupantes proprietários (Varela, 2002, p. 730-763).

Uma inovação trazida pela Lei 13.465/17 é a participação dos interessados em todas as etapas do processo de regularização, como já mencionado, democratizando a distribuição da terra urbana e promovendo a eficiência na ocupação e uso do solo. Os ocupantes têm participação e acompanham todo o procedimento para garantir seus direitos, sendo essencial o envolvimento direto dos ocupantes para a validação do processo. Informando e capacitando a sociedade local do âmbito habitacional em que estão inseridas, bem como os meios aos quais os levaram a garantia do bem real a moradia digna e registrada (posse e propriedade). Ademais, os meios aos quais envolvem os membros supracitados, torna-se essencial para o acesso à justiça e informações básicas, mas que beira ao distante em muitos cenários brasileiros.

De maneira gratuita a legislação trouxe junto a modalidade REURB, que o sujeito responsável pela infraestrutura básica, procedimentos administrativos, comprimento de documento ao

Registro de imóveis local é o Poder Público. Logo desde o requerimento, classificação (S ou EI), pesquisas de dominialidade, levantamento topográfico e planimétrico, estudos técnicos, projetos urbanísticos, cadastros de beneficiários, entre outras medidas procedimentais é garantida pelo órgão Municipal na maioria das vezes em que se aplica. Este projeto envolve ações de conscientização, engajamento, informação, capacitação e participação dos moradores no processo de regularização fundiária. A condução de reuniões e plantões de atendimento no contribui para acelerar os resultados desejados, assim como dispõe a Cartilha da Regularização Fundiária Urbana e a Lei nº 13.565, de 2017.

O artigo 10 da Lei estabelece que os objetivos da REURB incluem identificar os núcleos urbanos informais que precisam ser regularizados, organizá-los e garantir a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes. Além disso, visa criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e estabelecer direitos sobre essas propriedades em favor dos moradores, ampliar o acesso à terra urbanizada para a população de baixa renda, incentivar a resolução extrajudicial de conflitos, assegurar o direito social à moradia digna e a condições de vida adequadas, garantir a função social da propriedade, e prevenir a formação de novos núcleos urbanos informais, entre outros aspectos (Tartuce, 2018, p. 1-23).

As medidas jurídicas do REURB têm como objetivo resolver situações em que os ocupantes de uma área não possuem um título que lhes ofereça segurança jurídica sobre sua ocupação. Entre essas medidas, as urbanísticas tratam de adequar os parcelamentos ao planejamento urbano formal, incluindo a implantação de loteamentos que atendam às normas legais e a realocação de moradias situadas em áreas de risco, como zonas sujeitas a desmoronamentos e enchentes. As medidas ambientais visam corrigir a implantação de

assentamentos em desacordo com a legislação urbana e ambiental. Já as medidas sociais focam em oferecer soluções à população de baixa renda, promovendo o direito à moradia e à cidadania.

O artigo 11 da Lei 13.465/2017 estabelece os conceitos essenciais para a implementação da REURB, destacando-se o conceito de núcleo urbano, que é definido como um assentamento humano com características urbanas, composto por unidades imobiliárias menores que um módulo urbano, independente da propriedade do solo, mesmo que localizada em áreas rurais. A determinação do tamanho do módulo urbano é de responsabilidade do Município, em consonância com o plano diretor, que visa atender à função social da cidade, nos termos do artigo 182 da Constituição Federal. Além disso, o artigo aborda o núcleo urbano informal, considerado irregular ou clandestino, sem possibilidade de titulação de seus ocupantes, ainda que tenha cumprida a legislação vigente à época. A lei prioriza a regularização dessas áreas por meio de instrumentos específicos. Também é mencionado o núcleo urbano informal consolidado, de difícil reversão devido à sua ocupação prolongada, às características das edificações e à infraestrutura existente, como é o caso das áreas favelizadas. Por fim, a lei prevê a possibilidade de demarcação urbanística para imóveis irregulares, identificação de bens públicos e privados e obtenção da anuência dos titulares para regularização, sob a responsabilidade do Município, que assume papel central no processo (Tartuce, 2018, p. 1-23).

Nesse contexto, é fundamental descrever o processo de Regularização Fundiária para garantir a função social da propriedade e o direito à moradia, abordando as dificuldades legais existentes. Dessa forma, busca-se harmonizar os direitos, assegurando que um direito não seja exercido em detrimento de outro. O que se propõe é a desburocratização da regularização fundiária, sempre respeitando

a Constituição Federal de 1988, especialmente no que se refere aos direitos relacionados à dignidade da pessoa humana, promovendo uma melhor compreensão do direito à propriedade conforme disposto na Lei 13.465/2017.

A exemplificação apresentada mostra a Reurb, como legislação a fim de regularizar situações informalidade habitacional, bem como suas atuações, o ente Municipal e o Poder público como órgãos fundamentais e norteadores, mas também o desenvolver do envolvimento com a comunidade, entregando não só a propriedade como fim jurídico de segurança e proteção, mas o acesso à justiça e cidadania envolvida em todo o trajeto. Trajeto este que envolve um determinado período de tempo entre análise jurídica, estudos geográficos e topográficos, diretrizes ambientais e habitacionais, procedimento registral e notarial, bem como o protocolo a ser respeitado entre outros vieses apontados na legislação.

3.1 A COMPLEXIDADE DAS OCUPAÇÕES INFORMAIS

A explanação a seguir trata das dificuldades encontradas dentro dos complexos habitacionais atuais, onde esperasse que o poder público haja para a melhoria e regularização, e onde os limites da legislação encontram-se.

Nas últimas três décadas, a evolução da forma urbana demonstrou mecanismos significativos de retroalimentação de natureza econômica e social, que impulsionaram a expansão das cidades em ciclos alternados de compactação e dispersão, mesmo em regiões com estabilidade demográfica. Esses movimentos complementares se alternam: por um lado, o crescimento interno, caracterizado pelo aumento da densidade populacional, ocupação de áreas vazias e processos de compactação, acompanhados ou

não de verticalização; por outro lado, o crescimento externo, que ocorreu pela expansão sobre áreas não urbanizadas, invadindo terras agrícolas e naturais, criando novas polaridades, eixos de crescimento e promovendo a dispersão fragmentada das cidades sem fronteiras definidas (Chin, 2002, p. 1-25).

Pode-se afirmar que as transformações destrutivas e reorganizações do espaço, são características da produção espacial no capitalismo, são também elementos essenciais para seu funcionamento. Sem elas, não seria possível enfrentar, ainda que parcialmente, as crises que limitam o processo de acumulação. A contínua tentativa de reduzir as crises através da ampliação da base de investimentos se manifesta no ambiente construído como “um impulso insaciável de resolver suas tendências de crise internas pela expansão e reorganização geográfica” (Harvey, 2001, p. 24).

A chamada cidade ilegal abrange áreas como favelas, loteamentos irregulares e clandestinos, ocupações de áreas ambientalmente protegidas, ocupações coletivas de áreas urbanas e conjuntos habitacionais sem infraestrutura adequada. Esse universo de ilegalidades é diverso, podendo ser encontrado tanto em cortiços antigos quanto em conjuntos habitacionais propostos pelo Estado para enfrentar o déficit habitacional, além de lotes adquiridos sem registro ou parcelados sem licença. A heterogeneidade não se reflete apenas nas tipologias e estruturas, mas também nas formas de ocupação, uso do solo e modos de vida. Maricato (2001) observa que o processo de urbanização brasileiro resultou em diversos territórios caracterizados pela ilegalidade e exclusão social, evidentes nas condições de moradia da população que, sem acesso ao mercado imobiliário formal, passou a ocupar áreas públicas ou privadas, originando a cidade ilegal, informal ou irregular, constituída por favelas e outras formas informais no espaço urbano. A autora também ressalta que

isso gera uma contradição entre a cidade legal (formal ou regular), destinada às classes sociais com acesso ao mercado imobiliário, e a cidade ilegal (informal ou irregular), que se apresenta como uma alternativa popular frente à problemática habitacional. Essas formas de ocupação são principalmente decorrentes da falta de planejamento urbano e da má gestão governamental, que não consegue atender de maneira eficaz às demandas habitacionais e culturais das cidades. O crescimento urbano, de fato, não acompanha de forma equilibrada as necessidades populacionais, especialmente em relação à moradia, o que faz com que a produção de habitações nem sempre seja priorizada na produção das cidades. (Nepomuceno e Miyazaki, 2020 p. 1-13)

Segundo Fernandes (2011), os assentamentos informais são resultado de uma série de fatores, como a baixa renda; questões socioespaciais ligadas à incapacidade das administrações públicas e à falta de investimentos em infraestrutura; ausência de habitação de interesse social; o desinteresse dos incorporadores imobiliários em produzir moradias para a população de baixa renda; o clientelismo político, que incentiva ocupações com promessas de regularização; a falta de planejamento viável, que aumenta a informalidade quando as áreas urbanizadas se tornam caras e inacessíveis; problemas de gestão urbana, que deixam os assentamentos fora das normas de uso do solo; e um sistema jurídico ineficaz, que dificulta o acesso da população de baixa renda a informações e resoluções de conflitos.

A ocupação irregular e clandestina, resultante da exclusão histórica de pessoas economicamente vulneráveis e das falhas das políticas habitacionais em atender à procura populacional, tornou-se uma única alternativa de moradia para muitas famílias, normalmente em áreas sem infraestrutura e afastadas dos centros de emprego. Esse crescimento urbano desordenado, intensificado nas últimas décadas, gerou duas consequências principais: o aumento da poluição e da

degradação ambiental, além da ocupação de áreas ocupadas para habitação, refletindo o caráter excludente e segregador do modelo de habitação. Este crescimento habitacional desordenado, bem como busca por moradia ao longo dos anos levaram à transformação de áreas das cidades em locais de moradia para populações socialmente restauradas, que encontraram nessas áreas uma oportunidade para ocupação irregular, possibilitando a regularização fundiária até mesmo em áreas de preservação permanente. Isso ocorre porque o ordenamento jurídico brasileiro prevê um equilíbrio entre o direito à moradia e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, permitindo, assim, a regularização de parcelamentos irregulares (Duzsinski; Carmona, 2024, p. 8-21).

As zonas de pobreza operam como mecanismos de compensação no processo de expansão urbana, aliviando tensões e absorvendo tanto os impactos ambientais quanto os custos de infraestrutura. Simultaneamente, essas áreas mantêm abertas as possibilidades de expropriação da configuração urbana. O papel das periferias e da pobreza nesses processos de estabilização das crises de acumulação também permite sugerir que ocupações precárias e instáveis. Desse modo, as áreas de pobreza contribuem para a manutenção de um equilíbrio socioespacial frágil e instável nas cidades, permanecendo integradas ao mercado, embora com distintos graus de formalidade (Barros; Sobreira, 2002, p. 9).

Neste bloco o que paira é o profundo problema e dificuldade de organizar o confuso emaranhado dos locais impróprios, locais esta realidade de muitos brasileiros, distribuídos em todo território nacional, tanto urbano como rural e em centros de metrópoles e capitais como dos pequenos municípios.

3.2 SEGURANÇA JURÍDICA: ATOS DE TRANSFERÊNCIA DE POSSE E PROPRIEDADE

No presente seguimento, a análise se dá ao ensejo de segurança, que atravessasse os séculos e garanta a propriedade, resguardando o direito fundamental da moradia, sem que haja a instabilidade e periculosidade nos imóveis, que antes de meros imóveis, são locais essenciais para a sobrevivência e desenvolvimento dos sujeitos humanos.

A legitimação de posse, ao ser convertida em propriedade, constitui uma forma originária de aquisição, livre de ônus, direitos reais ou gravames que constem na matrícula de origem, exceto quando relacionados ao beneficiário. Esse mecanismo é uma ferramenta importante para garantir moradia digna, assegurando o acesso da população à propriedade regularizada. No entanto, o título de legitimação de posse pode ser cancelado pelo poder público caso as condições estabelecidas na legislação não sejam cumpridas, sem direito a indenização (Tartuce, 2018, p. 3-17).

A titulação dos ocupantes possibilita transferir aos titulares direitos reais que podem ser registrados no Registro de Imóveis, com o objetivo principal de torná-los proprietários. Na legislação anterior, o processo de regularização fundiária ocorria em duas etapas: primeiro, regularizou-se o parcelamento do solo ou constituía-se um condomínio edilício; em seguida, procedia-se à titulação dos ocupantes. A Lei 13.465/17, no entanto, unifica essas duas fases em um único documento, a Certidão de Regularização Fundiária, que não apenas aprova a regularização, mas também confere direitos reais aos beneficiários da REURB.

Na validação da regularização fundiária, além de simplesmente titular os ocupantes, embora isso seja uma preocupação constante na

evolução legislativa sobre o tema. A titulação deve ser a consequência de um processo em que o Poder Público avalia aspectos ambientais e oferece infraestrutura urbanística adequada aos núcleos habitacionais, realizando estudos de viabilidade e as obras necessárias para elevar essas áreas aos padrões urbanos, incluindo esgotamento, iluminação pública, drenagem, fornecimento de energia, e outros serviços.

O registro de imóveis junto a regularização fundiária muito embora não seja novo, requerem aprimoramentos, dado o histórico de irregularidades sobre os quais foram edificados. Desde a independência do Brasil em 1822 até 1850, a ocupação do solo ocorria apenas por meio da posse. Em 1850, o registro imobiliário foi formalmente estabelecido, surgindo de demandas sociais por um sistema que garantisse segurança jurídica nos direitos sobre propriedades em geral. O Código Civil de 1916 tornou o registro de imóveis um requisito para a aquisição de propriedade, exigência mantida no artigo 1.245 do Código Civil de 2002 (Versalles, Viana e Zanardo, p.76. 2019).

Código Civil, que em seu artigo 1.228, regula as diversas maneiras de utilização da propriedade, assim sendo:

§ 1o O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. § 2o São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. § 3o O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. § 4o O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela

houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. § 5o No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Assim para facilitar o acesso à propriedade e proteger possuidores em situação econômica desfavorável, alguns atos relativos à REURB-S são isentos de custas e emolumentos. Esses atos incluem o primeiro registro da REURB-S, o registro da legitimação fundiária e da posse convertida em propriedade, além do registro da Certidão de Regularização Fundiária e projetos relacionados, entre outros. Caso os cartórios descumpram essa norma, estarão sujeitos às penalidades legais. Além disso, nas REURB-S e REURB-E, não é exigido o pagamento de tributos para a continuidade do processo de regularização, e o oficial de registro de imóveis não pode exigir essa comprovação.

O registro de imóveis é essencial para validar a propriedade. Sem o registro, o indivíduo não é reconhecido como dono do imóvel. A transmissão da propriedade só se concretiza quando a escritura pública de compra e venda é devidamente registrada. Esse procedimento garante segurança jurídica em transações imobiliárias e facilita a verificação de possíveis ônus sobre o imóvel. Além disso, o registro confere eficácia legal aos atos jurídicos, proporcionando publicidade e segurança aos direitos sobre os bens imóveis, sendo um mecanismo fundamental para a manutenção do sistema capitalista no Brasil. Assim, por exemplo no campo do Direito das Sucessões, a formalização de ônus reais e alterações na natureza jurídica das relações entre as partes são essenciais para a correta partilha de herança, permitindo que os herdeiros recebam suas devidas partes e que as obrigações sejam igualmente divididas. A certidão negativa

de ônus, emitida pelo Registro de Imóveis, é um documento crucial para comprovar a idoneidade de pessoas e empresas com as quais se pretende realizar negócios (Tartuce, 2018, p. 3-17).

É nos registros de imóveis que a transferência de propriedade ocorre, onde o título para registro necessita estar de acordo com o ordenamento vigente, nestes casos é realizado a qualificação registral para que os atos sigam uma ordem cronológica, e também ordem de protocolo, garantindo assim serviço igual para todos e posteriormente ao registro as propriedades ficam livre para cumprir com sua função social junto de seus solicitantes, e os mesmos puderem dispor conforme mencionado acima.

A Constituição de 1988 abordou a função social da propriedade como a posse “real e direta” exercida pelo proprietário. Este consolida sua condição por meio da posse, que, por sua vez, deve atender às exigências constitucionais para cumprir sua função social. Embora a propriedade seja um direito, ela precisa servir a uma função social. O respeito a essa função e o exercício da propriedade estarão garantidos constitucionalmente, desde que em harmonia com os demais princípios e objetivos do Estado. Essa conexão inclui a relação entre a função social da propriedade, o exercício da cidadania, a promoção da justiça social e a construção de uma sociedade justa e solidária. Dito isto, o Estado deve/deveria promover políticas públicas eficazes, investindo recursos orçamentários e implementando ações que visem à reintegração de moradores de rua, à erradicação de favelas e à proteção de moradores em áreas de risco. Nesse contexto, o registro de imóveis pode ser um importante aliado no processo de regularização fundiária urbana (Dantas, 2015).

Posse e propriedade como garantias atemporais do decurso de uso e fruto de sua terra/imóvel, quando legitimada podendo exercer garantia de todos os atos envolvendo o imóvel em questão, sendo eles

jurídicos do bem tutelado, ou mesmo da função social. Somente a partir deste registro que perante a legislação brasileira se é realmente “dono” do imóvel e possuindo assim a garantia de que o mesmo é seu e dele pode desfrutar como melhor entender.

3.3 TEORIAS NEOCLÁSSICAS: DIREITO REAL E DIREITO DE HABITAÇÃO

Nesta seção, os indicares estão ligados a posse e propriedade devida, bem como o direito real envolvido e o bem tutelado, no que tange ao Estado e o implemento de políticas públicas ao decorrer dos anos, que visem assessorar o fomento à habitação humana igual e digna.

Dada a diversidade e complexidade que envolvem os diferentes casos de ocupação informal, que resultam na formação da “cidade ilegal”, somadas à necessidade de compreender, interpretar e aplicar a legislação vigente, torna-se essencial a realização de estudos e análises. Essas pesquisas são importantes para fomentar a proposta de soluções adequadas a tais situações. Nesse cenário, o instituto da regularização fundiária assume um papel crucial, pois está diretamente relacionado à proteção do direito fundamental à moradia, sendo uma das diretrizes centrais para a execução da política urbana no Brasil. A regularização fundiária busca oferecer moradia digna e segura à população que vive nas chamadas “cidades ilegais”, indo além da simples regularização jurídica dos lotes. Visa também promover melhorias nos aspectos urbanísticos, ambientais e sociais das áreas ocupadas. No entanto, é imprescindível que cada caso seja analisado cuidadosamente e individualizado os pontos de carência e necessidade, por meio de pesquisas, para avaliar o grau de viabilidade

da aplicação de tal regularização. (Nepomuceno e Miyazaki, 2020 p. 1-13)

As políticas habitacionais frequentemente não são guiadas pelos estudos da ciência política, mas sim por interesses privados. Existe um distanciamento entre essas duas áreas, e é provável que essa situação persista até que a ciência política encontre formas de integrar seus estudos com as questões habitacionais. Tanto os formuladores de políticas quanto os investidores podem evitar explorar as questões políticas subjacentes às decisões de investimento público e à concessão de autorizações para a construção de imóveis, para preservar a ordem de remuneração do capital. A análise do fenômeno da gentrificação revela que a dinâmica dos investimentos no território urbano segue as diretrizes dos desenvolvedores de habitação. Estes agentes têm interesse na volatilidade dos preços dos imóveis, que varia conforme as áreas enfrentam escassez de investimentos ou atraem novos investimentos. Portanto, os agentes que dirigem esses investimentos determinam quais áreas prosperarão e quais sofrerão declínio. Essa diferença na valorização contribui para o surgimento do *rent gap*, criando oportunidades de lucro para incorporadores e construtores nas cidades. Muitas vezes, os governos colaboram com essas empresas, ajustando a política urbana para alinhar-se com os interesses do capital (Volfzon, 2013, p. 13-35).

Marcos Costa Salomão analisa a distinção entre o direito real e o direito de habitação. Ele ressalta que o direito real confere ao seu titular uma série de poderes diretos e imediatos sobre a coisa, como o direito de reivindicar o bem de quem quer que o possua indevidamente. Isso difere dos direitos obrigacionais, onde a relação jurídica se dá entre assuntos específicos (como de credor e devedor) e tem um caráter relativo. Dessa forma, Salomão entende que, enquanto o direito real é um direito pleno, abrangendo diversas modalidades de domínio sobre

a coisa, o direito de habitação é mais restrito, com um foco especial na proteção social e familiar. Ele destaca que ambos os direitos exercem funções importantes e complementares dentro do sistema jurídico, refletindo o equilíbrio entre a proteção patrimonial e a necessidade de garantir um mínimo existencial, como uma moradia digna, para pessoas em situações de desigualdade. Também discute como o direito de habitação é uma forma de garantir moradia para indivíduos em situação vulnerável, como viúvas ou viúvos, evitando que possam ser desamparados após a morte de um parceiro (Salomão 2022, p. 285-311).

Este entendimento do autor supracitado mostra que o modelo de reprodução social vivido nos dias atuais infere quanto a justiça social, visto que a mesma começa quando o acesso a moradia digna é um bem tutelado, mas alcançado por fragmentos da população, deixando as cidades à mercê de conflitos fundiários, competindo pelo espaço urbano, e assim deixando de existir uma cidadania plana e efetiva.

Nesse sentido, o direito de habitação reflete uma função social importante, pois vai além da mera posse material de um imóvel, oferecendo proteção jurídica e social para pessoas em situações delicadas. Ao comparar os dois institutos, Salomão conclui que, embora o direito real abrange uma gama mais ampla de situações patrimoniais, o direito de habitação tem um papel essencial na proteção dos indivíduos, especialmente os mais desfavorecidos neste sistema de classes e interesse. Assim, Salomão analisa o equilíbrio entre a proteção de interesses patrimoniais e pessoais que ambos os direitos oferecem, destacando a importância de se interpretar esses direitos à luz das necessidades sociais e familiares contemporâneas (Salomão 2022, p. 285-311).

A realidade fática sobre a ótica de acesso, mobilidade, estrutura habitacional, nada mais é que um reflexo das desigualdades

estruturais profundamente enraizadas na sociedade. Logo, a superação desses desafios requer uma abordagem abrangente e coordenada, que envolva investimentos em infraestrutura, políticas públicas inclusivas e participação ativa nesses centros informais. Tal análise e aplicabilidade deve ser amparada pelos anseios públicos, haja visto que a problemática interfere uma gama ao bem comum e não a relação entre a esfera particular (Cunha, 2019, p.19-130).

Assim, nota-se que na seção apresentada o fluxo de desigualdade é um reflexo nos núcleos habitacionais irregulares e que as questões para os solucionar são esperadas pelos órgãos públicos. No mais o interesse social também versa ao direito real de propriedade e o essencial a habitação e proteção dos envolvidos, devendo esta análise conter elementos de ordem comum aplicadas junto as perspectivas únicas que cada ambiente apresenta.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta é uma pesquisa realizada sobre a Regularização Fundiária Urbana (Reurb) e seu impacto no direito à moradia digna revela a complexidade do cenário habitacional brasileiro. A análise da Lei nº 13.465/2017 destaca a importância de se garantir a segurança jurídica aos ocupantes de imóveis irregulares, em um contexto onde a Constituição Federal de 1988 assegura a moradia como um direito fundamental. Os desafios enfrentados pelos núcleos habitacionais de baixa renda, exacerbados pela falta de políticas públicas eficazes e pela predominância de teorias neoclássicas nas políticas urbanas, demonstram a necessidade de uma abordagem mais integrada e inclusiva. A efetivação do direito à moradia adequada está intrinsecamente ligada à implementação de políticas públicas que atendem às reais necessidades das comunidades. Uma análise dos

assentamentos informais e das políticas de regularização fundiária revela a complexidade dos fatores sociais, econômicos e jurídicos que permeiam as características da “cidade ilegal” no Brasil. Os assentamentos informais, como destacado por Fernandes (2011), são o resultado de uma série de condições interligadas, incluindo a baixa renda, a falta de investimentos em infraestrutura e a ineficácia das administrações públicas. Essas áreas não apenas desempenham um papel na absorção dos impactos sociais e da urbanização, mas também mantêm uma estrutura de instabilidade socioespacial, o que exige a implementação de políticas públicas efetivas para a promoção ambiental de uma moradia digna.

Entretanto, a efetividade das políticas de regularização fundiária depende de uma análise criteriosa das condições ambientais e urbanísticas, conforme preconizado por Dantas (2015). É fundamental que a titulação ocorra em conjunto com a oferta de infraestrutura e serviços adequados, garantindo assim que os núcleos habitacionais sejam integrados ao tecido urbano formal. O reconhecimento da função social da propriedade, conforme estipulado na Constituição de 1988, também deve ser um ponto focal nas políticas habitacionais, garantindo que a propriedade seja reflexo ativo para melhoria das cidades. Além disso, as teorias neoclássicas ressaltam a necessidade de estudos contínuos que conectem a ciência política às questões habitacionais. A análise das opiniões da gentrificação, conforme discutida por Volfzon (2013), evidencia como os interesses do capital podem moldar as políticas urbanas, muitas vezes em detrimento das populações vulneráveis. Portanto, é vital que os formuladores de políticas considerem a dinâmica de poder.

Para enfrentar os desafios nos núcleos habitacionais de baixa renda no Brasil, é crucial adotar uma abordagem integrada e sustentável. Investimentos em infraestrutura básica, como saneamento, transporte

e serviços públicos, são essenciais. Além disso, políticas de habitação que incentivam a construção de moradias acessíveis e de qualidade, juntamente com programas de regularização fundiária, podem contribuir para a segurança e a dignidade dos moradores.

Bem como a legislação Reurb atua em diversos casos, também deixa de atuar em outras situações, logo apesar de uma lei ter sido criada para facilitar a regularização de assentamentos urbanos informais e promover a segurança jurídica aos ocupantes, muitos municípios enfrentam dificuldades técnicas, financeiras e burocráticas para aplicá-la de maneira eficaz. Assim, ela dá um papel central aos municípios no processo de regularização, mas muitos deles não têm uma estrutura, os recursos financeiros ou a expertise técnica necessária para conduzir os procedimentos de forma eficiente. Também o trâmite legal ainda pode ser complexo e demorado, o que desestimula os beneficiários e atrasa a efetivação dos direitos fundiários. A regularização em áreas ambientalmente sensíveis pode enfrentar obstáculos, já que a lei precisa ser aplicada de forma a equilibrar a regularização fundiária e a preservação do meio ambiente, o que nem sempre é simples ou consensual. Estes fatores dificultam o acesso da lei em avançar em todas as regiões irregulares.

Diante das conclusões, é evidente que a promoção de uma urbanização justa e inclusiva requer ações coordenadas e contínuas. Fica evidente que a luta pelo direito à moradia digna não se limita à criação de legislações, mas se estende à necessidade de um compromisso efetivo por parte de todos os setores da sociedade. Só assim será possível transformar as realidades das comunidades de baixa renda, garantindo a todos o direito à moradia digna e segura.

REFERÊNCIAS

ALFOSIN, B. de M. **Direito à moradia**: instrumentos e experiência de regularização fundiária nas cidades brasileiras. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas, 1997.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Artigo 6º**. Dos direitos e garantias fundamentais. Dos direitos sociais.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana (...), e dá outras providências.

BRASIL. Presidência da República. **Medida provisória nº 759/2016**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=2517719&disposition=inlin>>. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, Distrito Federal, 5 de outubro de 1988.

CHIN, N. **Unearthing the roots of urban sprawl**: a critical analysis of form, function and methodology. CASA Working Papers, 2002.

CILENTO, Bruna Pimentel. **REURB-S e o Direito à Insurgência**. III Simpósio Nacional de Gestão e Engenharia Urbana, v.3, 2021.

CORTIANO JÚNIOR, E. A propriedade privada na Constituição Federal. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**. v. 2, n. 02, 2017.

CUNHA, M. F. F. **Manual de Regularização Fundiária Urbana - REURB**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

DANTAS, M. **Da função social da propriedade à função social da posse exercida pelo proprietário**: uma proposta de releitura do princípio constitucional. id/507401. 2015.

DE MARCO, Cristhian Magnus; MOLLER, Gabriela Samrsla; SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. Gentrificação no Brasil e no contexto latino como expressão do colonialismo urbano: o direito à cidade como proposta descolonizadora. *Urbe. Revista Brasileira De Gestão Urbana*. 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2175-3369.012.e20190253>>. Acesso em: 27 mai. 2024

FERNANDES, Edésio. Regularização de assentamentos informais: o grande desafio dos municípios, da sociedade e dos juristas brasileiros. In: ROLNIK, Raquel et. Curso à distância em regularização fundiária de assentamentos informais urbanos. Belo Horizonte: Puc Minas Virtual, 2006.

FERNANDES, Edésio. Regularização de Assentamentos Informais na América Latina. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy, 2011.

FERREIRA, Antônio Ricardo Paste Ferreira. Regularização fundiária de interesse social – Reurb-S: uma solução para problemas habitacionais que leva ao aumento da circulação de renda e capital. 2022. Disponível em: <<https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/43757>>. Acesso em: 27 de mai. 2024.

GUIMARÃES, J.; STARLING, H. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Record, 2012.

HABERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HARVEY, D. **The urban process under capitalism**: a framework for analysis. *International Journal of Urban and Regional Research*, 2(1-4), p. 101-131, 1978.

HARVEY, David. **A Justiça Social e a Cidade**. São Paulo: Hucitec, 1980.

IANNI, Octavio. Globalização e neoliberalismo. **Revista São Paulo em Perspectiva**, 12(2), abr.-jun. 1998. **Acesso em:** <<http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/index.php>> Acesso em: 27 mai. 2024.

LAGO, L. C. (2011). **Trabalho e moradia na periferia de uma grande metrópole: para uma política urbana economicamente orientada**. In J. L. A. Natal (Ed.), Território e planejamento. Rio de Janeiro: Letra Capital; IPPUR.

LIMA, F. D. S. Judicializando o direito à cidade no Brasil: estratégia para a mobilização jurídica e para participação cidadã? **Revista de Direito da Cidade**, 10(4), 2369-2391, 2018.

LUCCI, Elian Alabi. **Território e sociedade no mundo globalizado**. 2: ensino médio. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

MINISTÉRIO DAS CIDADES. REURB. Cartilha da Regularização Fundiária Urbana e a Lei nº 13.565, de 2017.

NASCIMENTO, Mariana Chiesa Gouveia de. **Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social do Direito Brasileiro**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito como exigência para a obtenção do título de Mestre em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

NEPOMUCENO, Airton Batista Costa Neto; MIYAZAKI, Vitor Koiti. **Produção do espaço urbano e regularização fundiária: Considerações a partir do estudo de Ituiutaba-MG**. Revista caminhos de geografia, 2020,

OLIVEIRA, Luiz Fernando de. **Sociologia para jovens do século XXI: manual do professor**. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OSÓRIO, Letícia Marques. O direito à moradia como direito humano. In: FERNANDES, Edérsio. ALFONSIN, Betânia. **Direito à moradia adequada. O que é, para quem serve, como defender e efetivar**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

RODRIGUES, Carlos Alexandre. **Regularização Fundiária Rural, Urbana e Direito de Laje**. Leme: Imperium Editora, 2019.

RODRIGUES, Carlos Henrique Lopes; JUNGENSELD, Vanessa Follmann Jurgenfeld. O Neoliberalismo no Governo Itamar Franco: uma análise de sua política de privatizações. **Revista Da Sociedade Brasileira de Economia Política**, v. 1, n. 60, p. 145-176, mai. 2021. Disponível em: <<https://revistasep.org.br/index.php/SEP/article/view/698>>. Acesso em: 27 mai. 2024.

RODRIGUES, Marcelo. **Tratado de Registros Públicos e Direito Notarial**. 3.ed.rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos direitos fundamentais. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAULE JUNIOR, Nelson. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

SCHREIBER, A. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, v. 6, 2001.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. As alterações da lei nº. 13.465/2017 na usucapião especial urbana coletiva: questões materiais e processuais. v. 11 n. 2, 2019: **Revista de Direito da Cidade**, v. 11, nº2, 2020. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/36751>>. Acesso em: 27 mai. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari. Função Social da Propriedade: The Social Role of Property. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | RDAI**, São Paulo: Thomson Reuters | Livraria RT, v. 3, n. 10, p. 403–423, 2019. Disponível em: <<https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/249>>. Acesso em: 20 out. 2024.

TARTUCE, F. A Lei da Regularização Fundiária (Lei 13.465/2017): análise inicial de suas principais repercussões para o direito de propriedade. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 23, n. 3, 2018.

TOMAZI, Nelson; ROSSI, Marco Antônio. **Sociologia para o ensino médio**: volume único. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016

Acesso em: 27 mai. 2024

VARELA, L. B. **Das propriedades à propriedade:** construção de um direito. A reconstrução do direito privado. São Paulo: RT, p. 730-763, 2002.

VERSALLES, L.; VIANA, G.; ZANARDO, L. C. **Nas grades do Estado.** Clube de Autores, p.76, 2019.

EUTANÁSIA: UMA ANÁLISE ACERCA DA SITUAÇÃO JURÍDICA DE BRASILEIROS QUE BUSCAM PELO PROCEDIMENTO DA EUTANÁSIA EM OUTROS PAÍSES

Gisele da Rosa Zucchi¹
Cristian Magnus de Marco²

RESUMO

Atualmente a eutanásia é praticada legalmente obedecendo legislação rígida em países como Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Espanha, Portugal, Canadá, Colômbia, Cuba, Nova Zelândia, Austrália e alguns estados dos Estados Unidos. A Constituição Federal Brasileira protege o direito à vida como direito inviolável, assim, a eutanásia vai contra o direito mais valioso assegurado pela Constituição Brasileira. O Decreto Lei nº 2.848/1940 impõe crime de homicídio aquele que tirar a vida de outrem, no entanto, a legislação brasileira não menciona penalização ao cidadão que busca pelo procedimento da eutanásia em países onde a prática é legalizada. Diante da proibição da eutanásia no Brasil, brasileiros acometidos por doenças incuráveis buscam pelo procedimento em países com legislação específica para realização do procedimento. Isto posto, essa pesquisa se concentra em analisar implicações jurídicas para brasileiros que buscam pelo procedimento da eutanásia legal, embora a prática nos países mencionados não seja punível pelas leis brasileiras, familiares ou terceiros que auxiliam na logística (financiamento ou acompanhamento), podem enfrentar complicações legais no Brasil. Para realização da presente pesquisa foram utilizadas, pesquisas bibliográficas em doutrinas, artigos científicos e legislações vigentes para que o tema pudesse ser visto dentro do ordenamento jurídico no contexto atual. A discussão sobre eutanásia no Brasil continua sendo um tema sensível e altamente controverso, trazendo debates éticos e culturais, com opiniões divergentes entre profissionais da saúde, juristas, religiosos e a sociedade em geral, visto que a percepção e

¹ Discente do curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC giselezucchi@gmail.com.

² Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Docente do curso de Direito e pesquisador na Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Cristhian.demarco@gmail.com.

aceitação da eutanásia variam culturalmente, influenciando o debate sobre sua legalização e a busca de procedimentos no exterior.

Palavras-chave: Eutanásia; Constituição Federal; Direito a vida; Lei nº 2.848/1940.

1 INTRODUÇÃO

A eutanásia, é a prática de provocar a morte de um indivíduo em estado terminal ou acometido por sofrimento insolucionável, é um tema que provoca intensos debates éticos, morais e jurídicos pelo mundo todo. No Brasil, a discussão em torno da legalização da eutanásia é complexa e permeada por uma série de nuances que envolvem a legislação vigente, a cultura e as implicações da sociedade. Apesar da violação expressa em nosso ordenamento jurídico, muitos brasileiros buscam alternativas fora do país, onde a prática é legalizada e regulamentada. Essa busca não apenas revela um anseio por dignidade e autonomia na tomada de decisões sobre o fim da vida, mas também levanta questões sobre a situação jurídica desses indivíduos que optam por se submeter a tais procedimentos em jurisdições estrangeiras (Carvalho, 2020; Ferreira, 2020).

No Brasil, a questão é altamente debatida, com opiniões divididas entre profissionais da saúde, juristas, religiosos e a sociedade civil. Os debates sobre o tema vão além de questões éticas e sociais, pois a prática da eutanásia viola o direito à vida, que representa um direito fundamental assegurado na Constituição Federal, desta forma o direito à vida ocupa uma posição superior no sistema jurídico e serve de fundamento para os demais direitos, pois abrange não apenas a existência física, mas também a garantia de uma vida digna, incluindo a proteção à saúde, ao meio ambiente equilibrado, ao trabalho, à educação, entre outros (Brasil, 1988).

A Constituição Federal Brasileira de 1988, estabelece que o direito à vida é inviolável, o que implica a proteção contra qualquer ameaça ou violação por parte do Estado, ou de terceiros. O direito à vida está intimamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, isto posto, a proteção à vida deve ser sempre vista sob a ótica de assegurar uma existência digna (Macêdo, 2019).

Tratando-se de um direito fundamental, a legislação busca proteger esse direito contra retrocessos e sua inviolabilidade, também resguardado por tratados e convenções internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais. Sendo o principal objetivo dos tratados internacionais dos Direitos Humanos, fazer com que toda nação tenha a obrigação de respeitar os Direitos Humanos de seus cidadãos e que todas as nações possuam o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações (Silva *et al.*, 2021).

Nesse contexto, a vida é essencial para que o se possa gozar de outros direitos, no entanto, há um impasse quando o paciente acometido por uma enfermidade grave e incurável, se vê impossibilitado de usufruir de outros direitos fundamentais, tais como a dignidade humana. Assim, a partir do conflito entre o direito à vida e sua indisponibilidade de institutos como a eutanásia e a ortotanásia surge o confronto entre a proteção do direito à vida e o direito à liberdade e autonomia da vontade (Koury, 2014).

Embora exista toda a questão jurídica, ética, cultural e religiosa sobre o tema, a legislação sobre eutanásia varia significativamente entre países do mundo todo e até mesmo dentro de regiões de um país. Isso cria inconsistências na aplicação e proteção dos direitos fundamentais, conseqüentemente a criação de políticas que equilibrem

os direitos individuais com a proteção da sociedade é desafiadora. Assim, regulamentar práticas para a terminalidade da vida de maneira justa e compassiva requer considerações detalhadas e cuidadosas.

A morte é uma ocasião certa da vida, porém existe uma grande dificuldade em discutir racionalmente o enfrentamento da terminalidade da vida assegurando os direitos fundamentais, mormente o direito à vida, a liberdade a autonomia e o direito a não se submeter à tortura. A discussão sobre a finalidade da vida requer uma abordagem interdisciplinar, envolve debate ético, filosófico, jurídico, médico e ainda questões sociais e culturais (Sobreiro, 2021).

A pesquisa pretende analisar diferentes legislações sobre eutanásia, que podem variar significativamente ao redor do mundo, refletindo diferentes valores culturais, religiosos e éticos. As legislações sobre eutanásia são diversas e complexas, refletindo as diferenças culturais e éticas em relação ao direito de morrer e à autonomia do paciente. A discussão continua a evoluir à medida que mais países consideram a legalização e regulamentação da prática (Simonelli, 2022).

Portanto, a presente pesquisa visa analisar o contexto jurídico em que se encontram os brasileiros que buscam a eutanásia no exterior, investigando os aspectos legais, os direitos envolvidos e as implicações dessa escolha. A partir de uma revisão da literatura existente e do estudo de casos específicos, pretende-se fornecer uma compreensão mais profunda sobre os desafios enfrentados, bem como as possíveis repercussões legais que esses indivíduos (tanto o paciente quanto o acompanhante) podem enfrentar ao retornar ao Brasil. Ao abordar a eutanásia sob essa perspectiva, buscamos contribuir para o debate sobre a necessidade de uma revisão das normas que regem o final da vida no Brasil, considerando o movimento crescente em prol da autonomia e dos direitos dos pacientes.

2. DO DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O direito à vida é um direito fundamental inviolável, encontra-se assegurado e protegido pela Constituição Federal de 1988. Além de normas constitucionais e penais, outras legislações e princípios também foram criadas para proteger o direito à vida, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que prevê uma proteção integral à vida e à saúde das crianças e adolescentes, e também a Lei de Execução Penal, que assegura o direito à vida e à integridade física dos detentos (Brasil, 1988).

O Brasil é signatário de tratados internacionais que asseguram o direito à vida, como a Declaração Universal Direitos Humanos que estabelece os direitos básicos de todos os seres humanos, sem nenhuma distinção, que serve como parâmetro para que todos os países trabalhem em conjunto na busca de um mundo justo e equalitário (Guitararra, 2024), e o Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos que visa proteger os direitos individuais e as liberdades fundamentais de cada indivíduo (Novo, 2024).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, coloca o direito à vida como um direito fundamental e inviolável, protegendo-o contra quaisquer situações que possam ameaçá-lo. Desta forma o direito à vida é um pilar fundamental do ordenamento jurídico, protegido por um conjunto de normas e princípios que buscam garantir a sua inviolabilidade (Brasil, 1998).

Outrossim, o direito à vida é incorporado ao ser humano desde seu surgimento, ainda feto, até sua morte, dá ao indivíduo o direito de existir acompanhado genericamente de sua dignidade, sem discriminação aos seus titulares. Ninguém pode ser privado da vida, ademais o direito à vida não pode resumir-se à mera existência,

compreende o direito de ter uma vida digna com condições básicas (Koury, 2014, p.1).

Embora o direito à vida seja um direito universal, é também um direito individual, pois se aplica a cada indivíduo. Cada pessoa tem o direito inerente à vida, e esse direito deve ser protegido contra violações de qualquer fonte, seja do Estado, de outros indivíduos ou de entidades privadas. Esse aspecto individualizado significa que cada pessoa pode reivindicar proteção para sua própria vida e buscar justiça em caso de ameaças ou violações desse direito (Dallari, 2004, p.8).

A relação entre o direito à vida e a dignidade humana é imprescindível, ambos são pilares dos direitos humanos e estão profundamente interligados, sendo base da existência humana, pois o direito à vida é o direito mais básico e essencial dentre todos os direitos fundamentais, visto que sem ele, não há como gozar de todos os outros direitos. No entanto, a dignidade humana refere-se ao valor inerente de cada indivíduo reconhecendo que todos os seres humanos merecem respeito e tratamento digno simplesmente por serem humanos. Desta forma, a proteção do direito à vida e da dignidade humana são complementares e mutuamente reforçadoras. A partir disso, respeitar e garantir a vida é essencial para a dignidade humana, e tratar cada pessoa com dignidade é indispensável para proteger e valorizar a vida (Sarlet, 2001, p.50).

Priorizar o direito à vida vai muito além de assegurar a dignidade e qualidade de vida dos cidadãos, o principal meio para garantir esse direito é requerer do Estado de maneira abrangente, a garantia de sobrevivência de cada indivíduo. O dever de resguardar o direito à vida impõe inúmeras obrigações ao Estado que deve proteger de maneira inviolável a vida, a integridade física e todos os demais fatores que dão a dignidade humana ao cidadão (Canotilho, 2007, p. 447).

A proteção contra atos de terceiros, é obrigação do Estado, que deve adotar medidas protetivas à vida dos cidadãos contra atos de violência, como assassinatos, crimes violentos e quaisquer atos que possam ameaçar a vida. Para isso, o ordenamento jurídico brasileiro criou medidas protetivas para proteger o indivíduo que esteja com a sua vida ou integridade em risco (Pereira, 2023).

As medidas protetivas de urgência buscam evitar o agressor a praticar qualquer ato de violência contra a vítima e os seus, tem o objetivo de protegê-los, sendo mais conhecida a Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, cujo objetivo é interromper e prevenir a violência doméstica (BRASIL, 2006). Já as medidas protetivas aplicáveis na Lei 8069/1990, conhecida como ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) se aplicam sempre que os direitos do menor estiverem sendo ameaçados ou violados (Brasil, 1990).

Desta forma a prevenção e punição, quando violado o direito à vida, são de total responsabilidade do Estado, prevenir violações, investigar casos de homicídios e outras formas de violência letal, e punir os autores de forma justa em concordância com a lei. Ainda, é dever do Estado assegurar condições mínimas de vida digna, como acesso à saúde, alimentação, água potável, saneamento básico e abrigo. Isso inclui políticas públicas voltadas para a redução da mortalidade infantil e melhoria da qualidade de vida. Não deve realizar ou tolerar execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados, torturas, ou qualquer forma de tratamento desumano, ou degradante que possa resultar na perda de vidas. A implementação de políticas e programas de segurança pública, são medidas obrigatórias do Estado para a redução da criminalidade e a violência, incluindo a formação adequada das forças de segurança e o controle do uso da força (Brasil, 1988).

A legislação brasileira também trata do direito à vida no contexto de cuidados médicos, reconhecendo o direito de o paciente recusar tratamentos, desde que isso seja feito de forma consciente e informada. O Testamento Vital (ou Diretiva Antecipada de Vontade) é um exemplo, pois trata-se de um documento legal no qual a pessoa expressa suas preferências sobre tratamentos médicos em caso de doença terminal ou incapacidade. Contudo, diferentemente da eutanásia, essa medida visa preservar a dignidade da pessoa ao permitir que ela recuse intervenções que prolonguem artificialmente a vida sem perspectiva de cura, não tendo o objetivo de pôr fim à vida (Oliveira, 2023).

Apesar de ser um direito reconhecido, o direito à vida enfrenta diversos desafios, como guerras, conflitos armados, violência sistêmica, pobreza extrema, falta de acesso a cuidados de saúde e questões ambientais que ameaçam a vida. Em muitos países, a aplicação desse direito é inconsistente e varia de acordo com contextos políticos, sociais e econômicos.

Deve-se observar o respeito ao devido processo legal, pois em casos de pena de morte, onde esta prática ainda é legal, entende-se que todas as formas de execução são desumanas, por mais bárbaro que seja o crime cometido pelo condenado o Estado deve garantir um julgamento justo e todos os direitos de defesa ao acusado, seguindo normas rigorosas de devido processo (Internacional, 2014).

Durante guerras, os direitos humanos como o direito à vida, à liberdade, à segurança e à integridade física, são frequentemente violados. Isso pode incluir massacres, tortura, desaparecimentos forçados e ataques a civis. Para mitigar os abusos durante os conflitos, existem tratados internacionais, como as Convenções de Genebra, que estabelecem normas para proteger civis e prisioneiros de guerra. Essas normas visam limitar os efeitos da guerra e garantir a dignidade humana mesmo em tempos de conflito. É durante as guerras que geram crises

de refugiados, forçando milhões de pessoas a deixar suas casas em busca de segurança, esses indivíduos enfrentam riscos significativos e têm direitos que devem ser protegidos sob o direito internacional. As violações dos direitos humanos podem levar a traumas duradouros em populações, dificultando a reconciliação e a paz, as guerras, além de ceifar milhares de vidas, têm um impacto devastador sobre os direitos humanos, levantando questões éticas, legais e sociais que exigem atenção e ação da comunidade internacional para proteger a dignidade e os direitos das pessoas afetadas (Nardo, 2017).

No que tange a eutanásia, o ordenamento jurídico brasileiro incluiu como crime de homicídio previsto no Código Penal Brasileiro (Brasil, 1940). O direito à vida tem sido amplamente defendido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em decisões que buscam equilibrar a proteção da vida com outros direitos fundamentais, como a dignidade humana e a liberdade pessoal. Em temas como o aborto de fetos anencefálicos ou o tratamento médico de pacientes terminais, o STF tem mostrado uma interpretação que valoriza tanto a vida quanto a autonomia individual. A interpretação ética do direito à vida pode variar, algumas pessoas defendem que a proteção a vida inclui a proibição de qualquer forma de eutanásia, por outro lado, algumas pessoas veem a possibilidade de morrer com dignidade como parte do direito à vida. Existe um equilíbrio delicado entre respeitar a autonomia individual e proteger aqueles que podem estar vulneráveis à coerção ou pressão (Zadra, 2020).

O Estado é quem deve garantir a proteção em situações de risco, em situações de emergência, desastres naturais ou conflitos, adotando medidas de proteção para salvar vidas e prestar assistência humanitária. Essas obrigações visam assegurar que o direito à vida seja respeitado e protegido de maneira abrangente, garantindo não

apenas a sobrevivência, mas também a dignidade e a qualidade de vida dos cidadãos.

3 O QUE É A EUTANÁSIA?

A eutanásia é a prática de causar intencionalmente a morte de uma pessoa acometida de doença grave ou incurável, ou ainda em sofrimento insolucionável, com a intenção de aliviar o sofrimento do paciente de forma rápida e indolor. Diferentes países possuem abordagens variadas em relação à eutanásia, com divergências sobre sua legalidade, tipos e condições para sua realização, são poucos os países no mundo que têm a prática legalizada. Conforme delineado, no Brasil a eutanásia é ilegal ainda que requerida pelo indivíduo que a queira cometer, é considerada crime contra a vida com penas de 6 a 20 anos, conforme Lei nº 7.209/84 (Brasil, 1840).

O objetivo do procedimento da eutanásia é garantir ao paciente uma morte humanizada, sem dor e sofrimento. A eutanásia é definida como o ato de provocar a morte de um paciente de forma intencional, com o objetivo de aliviar o sofrimento causado por doenças incuráveis ou condições de dor insuportáveis. Existem duas categorias principais sendo; eutanásia ativa que envolve a administração de substância letal para causar a morte do paciente, isso requer uma ação direta por parte de um médico com o consentimento do paciente. Diferente da eutanásia passiva que é uma prática qual permite que um paciente morra naturalmente, interrompendo ou não iniciando o tratamento, pode ser através da suspensão de suporte vital, interrupção de tratamento médico ou cuidados paliativos (Milanezi, 2024).

Diferente, porém semelhante à eutanásia, existe o suicídio assistido que consiste no processo em que o indivíduo que deseja encerrar sua própria vida recebe ajuda de outro, normalmente de um

profissional da saúde, para realizar a ação. Essa prática é diferenciada da eutanásia, pois, no suicídio assistido, o ato final de tirar a própria vida é realizado pelo próprio paciente, deve ser observada a vontade do paciente, sendo uma morte voluntária, de qualquer forma, para o direito, fere o direito à vida, e ainda que de forma tentada é considerado ilícito e passível de pena (Ribeiro, 1999, P. 17).

Para realizar o suicídio assistido é necessário que haja o pedido explícito do paciente acometido de doença grave ou dores insuportáveis, que sua faculdade mental esteja intacta e que sua vontade perdure ao longo do tempo, respeitada a legislação local, receberá a dose necessária que o próprio paciente administrará para acabar com sua vida. O suicídio assistido atualmente é legalizado na Holanda, Suíça, Bélgica, nos Estados Unidos em apenas cinco estados (Washington, Oregon, Vermont, New Mexico e Montana), Luxemburgo, Bélgica, Colômbia, Alemanha e Canadá (Perasso, 2015).

A ortotanásia, é um conceito relacionado aos cuidados no final da vida que se refere ao processo de permitir que uma pessoa morra de maneira natural, sem intervenções que prolonguem artificialmente a vida, enfatiza a flexibilidade do curso natural da morte, evitando intervenções que possam prolongar o sofrimento. Permitida no Brasil através de aprovação pelo Conselho Federal de Medicina, Resolução nº 1.805/2006, que enfrentou uma ação pública pela suspensão da resolução com entendimento de que a prática violava o direito a dignidade da pessoa humana, sendo julgada improcedente e ao final julgado em prol da posição do órgão que regulamenta a conduta profissional médica (Scielo, 2013).

A distanásia é um ato médico que tem como intenção estender a vida do paciente terminal, é o termo usado para descrever o prolongamento artificial da vida de um paciente em estado terminal ou com condições irreversíveis, pode resultar em sofrimento

doloroso para o paciente, que pode estar em dor ou desconforto sem perspectivas de melhora. Criticada por alguns, porém muito defendida pela religiosidade, no conceito jurídico brasileiro entende-se que não se pode abreviar a morte praticando eutanásia, tampouco prolongar inutilmente o sofrimento praticando distanásia (Hoje, 2013).

Todas as práticas de interromper a vida trazem debates e discussões complexas para a medicina, para o ordenamento jurídico e para a sociedade. Por conta da diversidade do nosso planeta, as atitudes culturais em relação à morte e ao sofrimento variam muito. Em algumas culturas, o prolongamento da vida a todo custo é valorizado, enquanto em outras, a qualidade de vida é priorizada. A falta de informação adequada pode levar a decisões mal informadas sobre cuidados de fim de vida, o conhecimento sobre direitos, opções e cuidados paliativos é crucial nessa situação (Aguena, 2020).

A interpretação ética do direito à vida pode variar, algumas pessoas defendem que a proteção a vida inclui a proibição de qualquer forma de eutanásia, por outro lado, algumas pessoas veem a possibilidade de morrer com dignidade como parte do direito à vida. Existe um equilíbrio delicado entre respeitar a autonomia individual e proteger aqueles que podem estar vulneráveis à coerção ou pressão.

Determinar a viabilidade de um tratamento para um paciente que enfrenta sofrimento intolerável é um desafio médico complexo, que requer avaliações clínicas rigorosas e considerações subjetivas. Infelizmente, em muitas regiões, a limitação dos recursos de saúde pode impactar essas decisões, resultando em desigualdades no acesso a cuidados adequados no final da vida. Essa situação destaca a necessidade de uma abordagem ética e equitativa na assistência aos pacientes em suas últimas fases (Azevedo, 2021).

4 ASPECTOS HISTÓRICOS E PERSPECTIVAS RELIGIOSAS SOBRE EUTANÁSIA

Embora não seja um tema novo, a eutanásia ainda é um assunto complexo que envolve aspectos éticos, legais, religiosos e médicos. Esse assunto teve alguns marcos na história, em algumas culturas antigas, como a grega e a romana, tinham atitudes relativamente permissivas em relação ao suicídio assistido e à eutanásia. Filósofos como Sócrates, Platão e Sêneca discutiram o suicídio em certos contextos como uma escolha racional em face do sofrimento insuportável. Já na idade média, o com a disseminação do Cristianismo, a visão dominante tornou-se contrária à eutanásia e ao suicídio. A vida era considerada sagrada, um dom de Deus, e a tomada intencional da vida, mesmo para aliviar o sofrimento, era vista moralmente como algo errado, popularmente dito, pecado (Aguena, 2020).

O termo eutanásia foi usado pela primeira vez no século XVIII pelo filósofo grego Frank Bacon, em sua obra denominada “*Historia vitae et mortis*”, onde Bacon coloca que a eutanásia poderia ser uma prática utilizada pelos médicos em casos de pacientes com doenças incuráveis, onde já haviam se esgotado todas as alternativas de tratamento (Magalhães, 2014).

No final do século XIX e início do século XX, houve o ressurgimento do debate sobre a eutanásia, particularmente na Europa e nos Estados Unidos. Um comitê criado na Inglaterra por três médicos, um advogado e três pastores, chamado “*The Voluntary Euthanasia Legalization Society*”, foi formado defendendo a legalização da eutanásia voluntária. O movimento expandiu-se chegando aos Estados Unidos onde foi acolhida a ideia e chamada de “*Euthanasia Society of America*” (Rodrigues, 2013).

Entre os anos de 1399 e 1945, o termo “eutanásia” ganhou acepções negativas durante e após a Segunda Guerra Mundial, devido ao programa de eutanásia nazista, que envolveu a execução sistemática de pessoas consideradas “vidas indignas de viver” (incluindo pessoas com deficiências e doenças mentais). Este programa não envolveu o consentimento das vítimas e foi amplamente condenado como genocídio (Agamben, 2007, p.145).

A partir da segunda metade do século XX, alguns países começaram a legalizar formas de eutanásia e suicídio assistido, sob regulamentações estritas. O debate atual sobre a eutanásia envolve questões complexas de direitos humanos, ética médica e autonomia pessoal. Defensores da eutanásia argumentam que ela pode ser um ato de compaixão e respeito pela autonomia individual, enquanto os oponentes destacam o valor intrínseco da vida e os riscos de abusos e pressões sociais (Moraes, 2021).

Atualmente a eutanásia é popularmente conhecida como morte piedosa, já legalizada em muitos países, é procurada por pacientes acometidos por doenças incuráveis. Classificada pela medicina entre eutanásia ativa e passiva ou ortotanásia, a depender da morte ser causada por ação ou omissão do médico (Aubert, 2021, p.36).

A história da prática da eutanásia é marcada por mudanças significativas nas percepções culturais e legais. Desde as permissões na Antiguidade até as proibições rigorosas durante a Idade Média e os desenvolvimentos legais modernos, a eutanásia continua sendo um tema de intenso debate ético e jurídico em todo o mundo, sendo criticada e não aceita pela maioria das religiões, essa crítica geralmente se baseia em vários fundamentos teológicos, éticos e morais (Magalhães, 2014).

No conceito filosófico existem distintas concepções sobre a finalidade da vida, perspectivas humanistas podem focar na

autonomia e no bem-estar individual, enquanto filosofias religiosas podem enfatizar a santidade da vida e o propósito como algo divino. As tradições religiosas oferecem visões variadas sobre o valor da vida e o sofrimento. Religiões como o cristianismo, islamismo e judaísmo consideram a vida como sagrada, o que pode entrar em conflito com práticas de eutanásia ou suicídio assistido.

Para o cristianismo a vida é vista como um dom de Deus, e apenas Deus tem o direito de dar e tirar a vida. A eutanásia é considerada uma violação do mandamento “Não matarás” (Êxodo 20:13). Muitos cristãos acreditam que o sofrimento tem um propósito divino e pode ser uma oportunidade para crescimento espiritual, solidariedade com o sofrimento de Cristo, e para a prática da compaixão e cuidados. Em vez de terminar a vida, a ênfase está em proporcionar cuidados paliativos e suporte espiritual e emocional. A tradição católica, por exemplo, enfatiza o cuidado compassivo em vez da eutanásia (Lomonaco, 2022).

No Islamismo, a vida é considerada sagrada e um presente de Allah (Deus para os muçulmanos), dessa forma terminar a vida de maneira intencional é vista como uma interferência no plano divino. Para o islamismo todos os direitos humanos provêm de Deus, e a vida humana é considerada sagrada e inviolável e nenhuma pessoa deve ser exposta à tortura ou a morte a não ser sob a pena da lei. Tanto o Corão quanto a Suna são livros sagrados dos muçulmanos, que apresentam todos os direitos que Deus deixou para a sociedade. Assim quando alguém tira a vida de uma pessoa é como se tivesse tirado a vida de todas as pessoas, da mesma forma é proibido o suicídio, pois é visto como uma desonra ao corpo humano (Pessini, 2009).

Para o judaísmo a vida é vista como um presente de Deus, e a preservação da vida é uma prioridade central, sendo totalmente proibida a prática da eutanásia ou suicídio assistido. Para os judeus a

vida é um fenômeno absoluto, assim como o doente em estado grave pode se curar, e mesmo que não se cure, cada momento vivido é válido (Weitman, 2000).

A vida e a morte são vistas dentro do ciclo de reencarnação (samsara) no hinduísmo, e o sofrimento pode ser considerado uma consequência de karma, assim a interrupção da vida pode interferir nesse processo. Apesar das escrituras hindus não mencionarem na eutanásia, o hinduísmo defende que o corpo deve sustentar tanto as dores quanto os prazeres em que reside (Daissen, 2011).

No budismo a morte não é considerada o fim da vida e sim uma passagem de plano, tanto é que o suicídio assistido é legal no Japão. Os budistas veem o fim da vida como ato de compaixão ao indivíduo que está enfermo sofrendo dores insuportáveis, porém, o budismo ainda não cedeu ao transplante de órgãos, pois no budismo acredita que não é porque houve a morte da mente (encefálica) que o indivíduo está morto, como também não se deve aceitar órgãos de outros humanos, pois cada indivíduo deve seguir seu curso de vida sem intervenções (Daissen, 2011).

A vida individual é vista no contexto de uma rede de relações familiares e comunitárias. A escolha da eutanásia pode ser percebida como uma ruptura dessas relações e responsabilidades mútuas. Isto posto, a rejeição das religiões à eutanásia é fundamentada em uma profunda valorização da vida humana como sagrada, a crença em um propósito divino para o sofrimento, a ética do cuidado compassivo, preocupações com potenciais abusos e a importância das relações comunitárias. Estas crenças refletem a visão de que a eutanásia, ao tirar a vida intencionalmente, viola princípios éticos e espirituais fundamentais compartilhados por muitas tradições religiosas (Menezes, 2012; Gomes, 2012).

5 CASOS DE EUTANÁSIA DE REPERCUSSÃO MUNDIAL

A visão da eutanásia pela medicina é complexa e envolve várias considerações éticas, legais, profissionais e de cuidado ao paciente. Os profissionais de saúde, organizações médicas e bioeticistas abordam o tema de maneiras diversas, refletindo as nuances e desafios inerentes à prática. Os médicos têm o dever de agir no melhor interesse dos pacientes (beneficência) e evitar causar danos (não maleficência). A eutanásia é controversa porque envolve diretamente a morte do paciente, levantando questões sobre se isso pode ser considerado um ato de beneficência ou uma violação do princípio de não causar danos e principalmente inviolar o direito à vida (Bedrikow, 2020).

Nos países onde a eutanásia é legal, existem protocolos rigorosos para garantir que a decisão seja bem informada, voluntária e tomada por um paciente mentalmente competente. Os protocolos incluem avaliações médicas e psiquiátricas, períodos de espera obrigatórios, revisões por comitês de ética, documentação extensiva e supervisão para evitar abusos (Buzaglo, 2006, p. 219).

A autonomia do paciente é um princípio central na ética médica moderna. As considerações sobre justiça envolvem garantir que todos os pacientes tenham acesso equitativo aos cuidados necessários e que nenhuma pessoa seja pressionada a escolher a eutanásia por falta de alternativas, como cuidados paliativos adequados. Muitos médicos e organizações de saúde defendem o fortalecimento dos cuidados paliativos como alternativa à eutanásia. Cuidados paliativos focam no alívio do sofrimento e na melhoria da qualidade de vida para pacientes com doenças graves ou terminais, sem recorrer à eutanásia.

A Associação Médica Mundial (WMA) se opõe à eutanásia e ao suicídio assistido, afirmando que são incompatíveis com a ética médica tradicional e recomendando que médicos se abstenham de

participar dessas práticas. A American Medical Association (AMA) também tem se oposto à eutanásia e ao suicídio assistido, destacando a importância de proporcionar cuidados paliativos e apoio psicológico aos pacientes terminais, reafirmando um firme compromisso a favor da vida humana (D'Avillez, 2019).

Embora seja uma prática ilegal na maioria dos países, quando a dor e o sofrimento se tornam incontroláveis a “morte piedosa” popularmente conhecida, é procurada nos países acima mencionados com legislação específica para realização da prática. Alguns casos polêmicos alcançaram repercussão mundialmente e alguns até fizeram história na evolução da legislação para permissão do procedimento.

O caso de Ramon Sampedro é triste e comovente por se tratar de um jovem de vinte e cinco anos, marinheiro, escritor, espanhol, que se tornou tetraplégico após sofrer um acidente no mar. Foram anos de batalha na justiça para conseguir morrer de forma digna, sua condição era irreversível, ele recuperou a consciência, mas jamais recuperaria os movimentos de qualquer membro do corpo. Com amparo da espanhola Aurora Bau, diretora da Associação Direito de Morrer Dignamente, foi o primeiro cidadão espanhol a requerer a eutanásia, alegando que queria ter uma morte digna e legalizada. Mesmo após anos de luta na justiça, teve seu pedido negado, com isso, lamentavelmente Ramon tirou sua própria vida em 1998 por envenenamento com cianeto de potássio (Gearini, 2020).

Marieke Vervoort foi uma atleta paralímpica belga, conhecida por suas conquistas no atletismo e por sua luta com uma doença degenerativa grave. Ela competiu em provas de atletismo, incluindo corridas de 100m, 200m e maratonas, e ganhou várias medalhas em competições internacionais, como os Jogos Paralímpicos. Infelizmente Vervoort era portadora de uma condição rara chamada esclerose lateral amiotrófica (ELA), uma doença neuromuscular

progressiva e terminal que afeta as células nervosas e leva à perda de habilidades motoras e a paralisia. A condição de saúde da atleta era bastante debilitante e progressiva, resultando em dor intensa e perda de mobilidade. Em 2016, Marieke Vervoort tomou a decisão de buscar a eutanásia na Bélgica, onde a prática é legal sob um processo rigoroso entre avaliações médicas e psicológicas. Ela optou por esse caminho devido ao sofrimento extremo causado por sua doença e pela perda significativa de qualidade de vida. O caso de Vervoort chamou a atenção internacional e gerou discussões sobre o direito ao fim de vida digno, a eutanásia e as políticas relacionadas à assistência médica em casos de doenças terminais. O caso de Marieke Vervoort é um exemplo significativo de como a eutanásia é abordada em diferentes países e como questões de dignidade e autonomia são discutidas no contexto de doenças terminais (Sánchez, 2019).

Terri Schiavo foi uma mulher americana cujo caso se tornou um notório exemplo de disputa legal sobre o direito de encerrar a vida por meio de suspensão de alimentação e hidratação em situações de estado vegetativo persistente. Terri Schiavo sofreu um colapso cardiovascular em 1990, o que levou a um severo dano cerebral. Ela foi diagnosticada com um estado vegetativo persistente, com funções cerebrais básicas preservadas, mas sem sinais de consciência ou interação com o ambiente. A disputa começou quando o marido de Terri, Michael Schiavo, solicitou a remoção de seu tubo de alimentação, argumentando que Terri não teria desejado viver em tais condições e que ela teria expressado anteriormente seu desejo de não ser mantida em estado vegetativo. A família de Terri, no entanto, discordou e queria manter a alimentação e hidratação. O caso gerou uma prolongada batalha legal que envolveu tribunais estaduais e federais. O processo foi altamente publicizado e politizado, com debates intensos sobre questões de ética médica, direitos de pacientes e decisões de fim de

vida. Vários governantes e figuras políticas também se envolveram, tentando intervir no caso. Em março de 2005, após várias decisões judiciais e apelações, o tubo de alimentação de Terri Schiavo foi removido, e ela morreu aproximadamente 13 dias depois, em 31 de março de 2005. O caso gerou uma reflexão profunda sobre a legislação e as práticas relacionadas ao fim da vida, cuidados paliativos e a autonomia do paciente. O caso de Terri Schiavo permanece um ponto de referência importante no debate sobre os direitos dos pacientes e as decisões de fim de vida, refletindo as complexidades emocionais e legais envolvidas nessas situações (Haidar, 2005).

Em 2016 na Holanda, um caso envolvendo uma jovem que recebeu permissão para se submeter à eutanásia, tornou-se um exemplo raro e complexo de eutanásia em um contexto de saúde mental e trauma grave. A jovem, cujos detalhes pessoais não foram revelados, tinha vinte anos e havia sido vítima de abuso sexual dos cinco até os quinze anos de idade. As consequências desse abuso levaram ao desenvolvimento de transtorno de estresse pós-traumático (TEPT), anorexia grave, depressão crônica e alucinações. Apesar de ter passado por terapias intensivas e tentativas de tratamento, os médicos concluíram que suas múltiplas condições eram incuráveis. A condição da jovem foi considerada irreversível e extremamente debilitante. Após uma análise cuidadosa e prolongada de sua situação médica e psicológica, e considerando que seus pedidos para a eutanásia foram feitos com pleno entendimento e vontade, a justiça holandesa autorizou o procedimento. Em 2016, a jovem foi submetida à eutanásia por meio de injeção letal. O caso levantou debates éticos sobre o limite da eutanásia em casos de transtornos mentais e trauma psicológico. A decisão judicial e médica de permitir a eutanásia em tais circunstâncias foi baseada na avaliação de que o sofrimento da paciente era intolerável e que não havia perspectivas de

melhoria significativa, também sublinha a importância do respeito pela autonomia do paciente e o direito de escolher o fim de vida quando se enfrenta um sofrimento extremo. Esse caso reflete as dificuldades e considerações éticas envolvidas na tomada de decisões sobre a eutanásia, especialmente em contextos de saúde mental severa (Terra, 2016).

Além da vida real, o cinema também abriu espaço para mostrar como a eutanásia pode interferir, positivamente para quem a deseja e de maneira melancólica para a família do paciente. No filme “Como Eu Era Antes de Você” (2016), dirigido por Thea Sharrock, é um drama romântico baseado no best-seller de Jojo Moyes. A trama gira em torno de Louisa Clark (Emilia Clarke), uma jovem alegre e excêntrica que, após perder seu emprego, começa a trabalhar como cuidadora de Will Traynor (Sam Claflin), um jovem rico e bem-sucedido que ficou tetraplégico após um acidente de moto. Will, antes independente e aventureiro, tornou-se cínico e deprimido, sentindo que sua vida perdeu o sentido. No início, ele é distante e frio com Louisa, mas aos poucos, ela começa a romper suas barreiras emocionais com seu jeito espontâneo e otimista, conforme a amizade entre os dois cresce, Louisa descobre que Will planeja tirar a própria vida através da eutanásia por não aceitar viver nas condições que vive. Louisa se empenha em mostrar a Will que viver pode ser gratificante independente da situação em que se encontra. O filme aborda o confronto entre o desejo de Will de ter controle sobre sua própria vida e morte, e os sentimentos de Louisa, que se apaixona por ele e quer que ele viva a qualquer custo. O desfecho é emocionalmente intenso, com Will mantendo sua decisão, o que deixa Louisa devastada, mas ao mesmo tempo, ele a incentiva a buscar uma vida mais plena e realizar seus próprios sonhos. O filme explora temas como amor, perda, eutanásia e o valor da autonomia

pessoal, dividindo opiniões devido à maneira como a condição de Will e suas escolhas são retratadas (Lincolins, 2024).

Casos como esses acontecem diariamente e não são noticiados, muitos para preservar a identidade do paciente, outros para não influenciar pessoas de localidades onde a prática não é permitida e não se tem a intenção de legalizar visando preservar o direito à vida como direito fundamental. O direito à vida é considerado o bem fundamental de todo ser humano e a dignidade da pessoa humana constitui um dos pilares da República Federativa do Brasil. A dignidade da pessoa é indissociável da vida, ou seja, não há dignidade sem a existência da vida (Russo, 2009, p 91).

6 A EUTANÁSIA NO EXTERIOR

Como mencionando anteriormente a prática da eutanásia é considerada crime contra a vida de acordo com artigo 121 do Código Penal Brasileiro, mesmo a pedido do paciente pode incorrer a penas de 6 a 20 anos ao profissional da saúde ou indivíduo que a fizer (Brasil, 1940). Isto porque a Constituição Federal Brasileira consagra o direito à vida como direito fundamental e inviolável.

Em razão do direito à vida ser considerado o mais essencial de todos os direitos, o mínimo que deve ser proporcionado a todas as pessoas para assegurar esse direito fundamental, é proporcionar a dignidade humana, como pressuposto vital para utilização de seus direitos fundamentais (Tavares, 2003, p.399).

Para promover a dignidade humana o ponto básico é a saúde, que segundo a Constituição Federal Brasileira, é direito de todos e dever do estado, previsto ainda em ordem internacional, sendo um direito social fundamental. Conforme o artigo 196, a saúde é um direito de todos é dever do estado, que deve ser assegurando através

de políticas sociais e econômicas, promovendo redução de doenças, prevenção de agravos garantindo o acesso igualitário e universal de ações e serviços à população com o intuito de promover a proteção e recuperação. Sendo, o direito à saúde ligado ao direito à vida, devendo ser proporcionado por todos os entes para que haja o mínimo existencial e a dignidade humana (Brasil, 1988).

Embora no Brasil esteja estabelecido o Sistema único de Saúde (SUS), este é ineficiente e incapaz de atender com qualidade todas as demandas, devido a problemas estruturais, como dificuldades na gestão e recursos. A população brasileira sofre com o modelo descentralizado do SUS, em virtude da gestão ineficiente, verba escassa, longas filas de espera, superlotação de hospitais, falta de leitos, desigualdade na distribuição de médicos e despreparo dos profissionais da saúde (Morsch, 2024).

Diante da precária situação da saúde pública, surgem muitas doenças que não possuem o tratamento adequado ou até mesmo que ainda não existe o tratamento adequado para tal doença, fazendo com que o paciente passe por um processo doloroso aguardando infelizmente, a morte. Ocorre, que a falta de tratamento ou alternativas de curar-se não afetam somente pacientes que necessitam da assistência da saúde pública, na rede privada e convênios também chega ao ponto de não ter mais o que fazer em relação à saúde de um paciente, senão aguardar o doloroso processo até a morte.

A prática da eutanásia não é recente, foi criada e aperfeiçoada ao longo do tempo justamente com o intuito de encurtar o caminho da dor. Em seu livro “*História vitae et mortis*” o filósofo inglês Francis Bacon, descreve a eutanásia como “morte piedosa”, para Francis a eutanásia seria o tratamento adequado para as doenças incuráveis (Goldim, 2018).

O debate sobre a possibilidade da eutanásia iniciou-se em 1991 no Parlamento Europeu, embora essa prática já havia sido usada desde as passagens bíblicas até nazismo na segunda guerra mundial. A eutanásia é praticada de forma legal na Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Espanha e Portugal na Europa. Nas Américas é permitida no Canadá, Colômbia e alguns estados dos EUA (Oregon, Vermont, Washington, Califórnia e Montana), Cuba aprovou a prática recentemente. Na Oceania, Austrália e Nova Zelândia a eutanásia também é permitida. Na Alemanha e na Suíça é permitido apenas o suicídio assistido diferente da eutanásia, na Itália o suicídio assistido é permitido sob condições restritas (G1, 2024).

A prática da eutanásia é um tema controverso e na maioria dos países é ilegal. No Brasil, por ser proibida, a discussão sobre eutanásia é complexa tanto do ponto de vista jurídico quanto ético. No entanto, alguns brasileiros buscam realizar o procedimento da eutanásia no exterior, onde as leis podem ser mais permissivas.

Recentemente a brasileira Carolina Arruda, de 27 anos, viralizou nas redes sociais após compartilhar sua rotina de sofrimento causado por uma doença chamada neuralgia do trigêmeo, uma doença pouco conhecida que afeta uma pequena parcela da população. Carolina Arruda está em tratamento a mais de 10 anos, o sofrimento agudo e a complexidade do caso da paciente fizeram com que ela buscasse ajuda na internet para arrecadar o valor necessário para ir em busca do procedimento de eutanásia, que além de burocrático possui um custo elevado, e muitos seguidores brasileiros a ajudaram financeiramente por compaixão e solidariedade. O Médico, Dr. Carlos Marcelo de Barros, diretor da clínica de Alfenas onde Carolina está em tratamento, está tentando um novo tratamento à base de rizotomia por compressão com balão na esperança de que alcance efeitos positivos na melhora da paciente, e que ela desista da eutanásia, Carolina está fazendo o

tratamento proposto pelo Dr. Carlos, e relatou aos seus seguidores que se obtiver 60% (sessenta por cento) de melhora, irá desistir do procedimento da eutanásia (Yoneshigue, 2024).

Antônio Cicero, poeta, filósofo e escritor brasileiro, faleceu dia 23 de outubro de 2024, aos 79 anos, em Zurique na Suíça, por meio do procedimento de suicídio assistido, o autor sofria de Alzheimer, mas estava ciente ao optar pelo procedimento da “boa morte”. O companheiro do autor, Marcelo Pies, relatou que a um bom tempo o autor expressou seu desejo de morrer de forma digna, e vinha se preparando com o apoio da Associação Dignitas, que é uma entidade da Suíça que oferece apoio a pacientes com doenças graves e terminais, que desejam passar pelo procedimento do suicídio assistido. O autor deixou uma carta se despedindo dos amigos e familiares, na carta ele deixa explícito seu desejo de morrer de forma digna através da eutanásia, afirmando que por conta do Alzheimer não conseguia mais fazer o que mais gostava, que era ler e escrever bons poemas (Pinto, 2024).

No Brasil não é comum noticiar casos de pacientes que buscam pelo procedimento de eutanásia no exterior, os interessados fazem os trâmites obrigatórios em sigilo, dependendo o país onde o procedimento será feito, é necessário o acompanhamento de familiares e por mais doloroso que seja acompanhar um familiar para tirar sua vida, ainda se deve observar a questão jurídica, a legislação brasileira prevê no artigo 122 do Código Penal, que auxiliar alguém a suicidar-se é considerado instigação ao suicídio, crime contra a vida, com penas de 6 meses a 2 anos de reclusão (Brasil, 1940).

No Brasil, a eutanásia é ilegal, considerada crime contra a vida de acordo com o Código Penal Brasileiro e violação do direito à vida conforme a Constituição Federal. No entanto, não impede que alguns brasileiros busquem o procedimento da eutanásia em países onde a

prática é legalizada, aliás, é comum, porém pouco discutido. A busca dos brasileiros pelo procedimento da eutanásia no exterior é um reflexo das restrições legais no Brasil e do desejo de alguns pacientes possuem de evitar o sofrimento terminal de forma digna e autônoma. Isso levanta questões importantes sobre a necessidade de melhorar os cuidados paliativos e reconsiderar as abordagens legais e éticas ao fim de vida no Brasil (Brasil, 1940. Brasil, 1988).

Na ausência do procedimento legal no Brasil, brasileiros portadores de doenças graves, dores crônicas e até mesmo por questões pessoais procuram realizar o procedimento nos países em que é permitido, estima-se que somente pessoas com boa capacidade financeira conseguem, pois é um procedimento de alto custo, incluindo gastos com hospital, consultas, medicação e viagem.

A Holanda foi o primeiro país a legalizar a prática, em 2002, está regulamentada pela Lei de Encerramento da Vida a Pedido e Suicídio Assistido (Termination of Life on Request and Assisted Suicide Act) com legislação rigorosa e protocolos irredutíveis, os profissionais da saúde recebem treinamento diferenciado para realização segura do procedimento (Santos, 2011, p. 29).

Por ter profissionais melhor capacitados, a Holanda é o país mais procurado por pessoas do mundo inteiro para realização da eutanásia e suicídio assistido. A legislação exige uma série de requisitos onde o próprio paciente deve fazer um pedido de eutanásia de forma voluntária, consciente e repetida. O paciente deve estar sofrendo de maneira insuportável e sem perspectiva de melhora, esse sofrimento pode ser tanto físico quanto psicológico, desde que seja considerado intolerável. A condição de saúde do paciente deve ser irreversível, e não deve haver uma alternativa razoável que possa aliviar o sofrimento. A lei inclui doenças incuráveis e crônicas que causem dores insuportáveis ou transtornos psiquiátricos. O paciente deve ter capacidade mental

de entender plenamente as implicações de seu pedido. Isso significa que ele deve ser capaz de tomar decisões racionais e informadas. Pacientes com demência, por exemplo, só podem ser considerados se deixaram uma diretiva antecipada (testamento vital) quando ainda estavam mentalmente capazes de tomar a decisão. Ao passar por avaliação médica, ter esgotado todas as alternativas de tratamento e se preencher a idade mínima o médico pode proceder com a eutanásia, administrando um medicamento letal ao paciente. Alternativamente, no caso do suicídio assistido, o médico fornece os meios para que o paciente administre a substância por conta própria (Scandroglio, 2024).

No entanto, existe uma preocupação com os familiares dos pacientes brasileiros que vão até o exterior para realizar o procedimento da eutanásia, visto que o Código penal dispõe que auxiliar ou instigar alguém a cometer suicídio é crime doloso contra a vida, porém nada dispõe a legislação sobre acompanhar e auxiliar a pessoa que comete suicídio no exterior (Brasil, 1940).

O suicídio assistido e a eutanásia são práticas que contrariam os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal Brasileira. Embora a possibilidade de sua legalização já tenha sido discutida no Congresso Nacional, atualmente, o tema está fora de pauta.

O Brasil é um país que visa a valoração da vida, que no conceito jurídico refere-se ao reconhecimento e à proteção da vida humana como um bem jurídico de suprema importância. Esse princípio orienta a criação e a interpretação das normas jurídicas, garantindo que a vida seja tratada como um valor fundamental e inalienável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão acerca do tema eutanásia, vem desde a Grécia antiga, Filósofos como Sócrates, Platão e os estóicos discutiam a possibilidade de uma morte voluntária em situações de dor ou doença incurável. Embora a eutanásia não fosse amplamente praticada ou defendida, o suicídio era visto por parte da sociedade como uma escolha racional em certas circunstâncias.

Historicamente, a eutanásia vem sendo amplamente praticada ao longo dos tempos, porém nunca foi um assunto pacificado. Na Grécia antiga o que regia a sociedade eram suas crenças e seus costumes e não um código ou uma legislação. Em Atenas, o senado tinha o poder de eliminar pessoas idosas ou doentes com a justificativa de que essas pessoas não contribuíam para a economia, apenas davam mais despesas ao governo. Durante a idade média os guerreiros feridos tinham liberdade para tirar a própria vida e aliviar a dor, na Índia, os doentes incuráveis eram jogados no rio Ganges com a boca e narinas obstruídos com barro, chamado de lama sagrada. Em Roma os próprios doentes, procuravam um médico, quando cansados da dor para aliviar-se através da morte. Na América do Sul, inclusive no Brasil, a população era rural e obrigatoriamente nômade, devido a esse fato, os anciões e enfermos eram sacrificados para não os abandonar aos ataques de animais selvagens. Em toda a antiguidade recém-nascidos aleijados e deficientes mentais eram sacrificados, pois o objetivo era a criação de homens robustos e aptos para a guerra.

Após um longo período de evolução da sociedade, a eutanásia começou a ser debatida em termos legais e médicos. No ano de 1930, houve tentativas de legalização da eutanásia, especialmente em países como a Grã-Bretanha e os Estados Unidos. Porém, após o abuso do conceito pelo regime nazista, que justificava o extermínio de pessoas

com deficiências e doenças terminais sob o pretexto de “eutanásia”, o termo ficou fortemente associado a práticas desumanas.

No século XXI, a eutanásia se tornou legal em apenas alguns países como Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Espanha, Portugal, Canadá, Colômbia, Cuba, Nova Zelândia, Austrália e alguns estados dos Estados Unidos. A prática continua sendo debatida mundialmente, com países e estados adotando diferentes legislações sobre o tema. Observa-se que são muitos anos e diferentes eras da evolução humana, assim como a medicina e a ciência evoluíram, novas doenças também surgiram para castigar a humanidade. Independente de crença cada pessoa conhece o seu limite e sabe o quanto de dor pode suportar.

A visão da religiosidade sobre a eutanásia varia amplamente entre diferentes tradições e denominações religiosas. Em geral, a eutanásia é um tema polêmico que provoca debates éticos e morais nas comunidades religiosas, essas perspectivas ilustram a complexidade do tema e a necessidade de um diálogo respeitoso entre diferentes crenças e valores.

Ademais, a eutanásia fere um dos principais direitos da humanidade, percebe-se que a maior parte do mundo consoante com a sua legislação procura resguardar o direito à vida, tratando como um princípio fundamental reconhecido em diversas declarações e tratados internacionais, sendo considerado um dos direitos humanos mais básicos. Quando se trata de direito à vida, implica em obrigações dos Estados em proteger seus cidadãos contra ameaças à vida, como violência, genocídio, tortura, e condições de vida que possam levar à morte. Isso inclui a responsabilidade de investigar e punir violações a esse direito.

Quando se trata de eutanásia, logo se é debatido a autonomia da vontade de cada indivíduo, pois refere-se à capacidade e ao direito de cada indivíduo tomar decisões de forma livre e consciente sobre sua

própria vida, sem coerção ou interferência externa. A autonomia é vista como um pilar central, especialmente na bioética, onde os pacientes têm o direito de tomar decisões informadas sobre seus tratamentos médicos. O princípio do consentimento informado é um exemplo claro da aplicação da autonomia. Embora a autonomia seja um direito fundamental, existem limites. Em situações onde a pessoa não pode tomar decisões racionais (como em casos de incapacidade mental), e ainda a autonomia pode ser restringida para proteger o indivíduo.

Através da pesquisa bibliográfica, analisando diferentes legislação que regem sobre a eutanásia, nota-se que independente da legislação vigente no país, quando um indivíduo compreende sua autonomia da vontade, até na morte este indivíduo vai lutar por esse direito. Portanto, a ausência de uma lei que a regule não o impedirá de realizar o procedimento.

Isto posto, compete ao Estado promover políticas públicas que garantam qualidade de vida aos cidadãos, refletindo a responsabilidade do governo em assegurar o bem-estar de sua população. Essas políticas abrangem diversas áreas, como saúde, educação, segurança, habitação, transporte e meio ambiente.

Ao implementar políticas públicas eficazes, o Estado deve buscar atender às necessidades básicas dos cidadãos, promovendo acesso a serviços essenciais e criando condições para que todos possam viver com dignidade. Isso inclui garantir a saúde pública e proteger os direitos humanos. O compromisso do Estado com a qualidade de vida deve ser traduzido em ações concretas e monitoradas regularmente, garantindo que os direitos dos cidadãos sejam respeitados e promovendo um ambiente propício ao desenvolvimento humano integral.

REFERÊNCIAS

AGUENA, Anita Sayuri. **Eutanásia: entenda o que é e como funciona (argumentos prós e contras)**. Toda Matéria. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/eutanasia/> Acesso em: 24 set. 2024.

AUBERT, Anna Caranuru Pessoa. **Morrer Dignamente. Aspectos filosóficos, jurídicos e morais da autonomia para morrer**. São Paulo, p 34-40, 2021.

AZEVEDO, Beatriz. **Falta de critério para manejo de recursos escassos pode ter contribuído para o número de mortos por covid-19**. Jornal da USP. 19 de fev. 2021. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/falta-de-criterio-para-manejo-de-recursos-escassos-pode-ter-contribuido-para-o-numero-de-mortos-por-covid-19/> Acesso em: 24 de set. 2024.

BEDRIKOW, Rubens. **Eutanásia sob a perspectiva da bioética e clínica ampliada**. Scielo Brasil. set.2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/YGfxFFyZ4Jgjz5jWKPZBqfJ/#> Acesso em: 24 de set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...] Brasília; DF: Presidência da República, 7 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm Acesso em: 20 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Brasília: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 20 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília; DF, Presidência da República 13 de julho de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 20 out. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro; RJ: Presidência da República. 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso em: 20 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília; DF: Presidência da República. 11 de julho de 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm Acesso em: 20 out. 2024.

BUZAGLO, Samuel. **Considerações sobre a eutanásia**. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 24, p. 217-235, jul./dez. 2006.

CARVALHO, Alex Suzart, FERREIRA, Francisco Rafael. **A Complexidade da Eutanásia Assistida no Direito Internacional e a Comparação Normativa no Direito Comparado à Luz das Relações Humanistas com Regulação e Argumentos Éticos em vários Estados Americanos e Europeus**. 01 jun. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/a-complexidade-da-eutanasia-assistida-no-direito-internacional-e-a-comparacao-normativa-no-direito-comparado-a-luz-das-relacoes-humanistas-com-regulacao-e-argumentos-eticos-em-varios-estados-americo-americanos/> Acesso em 20 out. 2024.

DAISSEN, Comunidade Zen Budista. **A Eutanásia**. 16 de nov. 2011. Disponível em: <https://www.daissen.org.br/eutanasia-2/> Acesso em: 24 de set. 2024.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2ª ed. São Paulo. Moderna, 2004.

D'AVILLEZ, Filipe. **Associação Médica Mundial rejeita eutanásia e suicídio assistido**. Renascença. 27 de out. 2019. Disponível em: <https://rr.sapo.pt/noticia/pais/2019/10/27/associacao-medica-mundial-rejeita-eutanasia-e-suicidio-assistido/169588/> Acesso em: 24 de set. 2024.

DOS SANTOS, Sandra Cristina Patrício. **Eutanásia e Suicídio Assistido O direito e liberdade de escolha**. Faculdade de Letras de Coimbra, p. 27-29. 2011.

G1, **Eutanásia: veja quais países permitem a prática, realizada pela primeira vez no Peru.** O portal de notícias da Globo. 23 abri. 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2024/04/23/eutanasia-veja-quais-paises-permitem-a-pratica-realizada-pela-primeira-vez-no-peru.ghml> Acesso em 09 set. 2024.

GEARINI, Victória. Ramón Sampedro: **O homem que lutou na justiça pela própria morte. Aventuras na História.** 26 abri. 2020, Disponível em: <https://aventurasnahistoria.com.br/noticias/vitrine/ramon-sampedro-o-homem-que-lutou-na-justica-pela-propria-morte.phtml> Acesso em 09 set.2024.

GOLDIN. José Roberto. **Eutanásia – Colômbia.** UFRGS. Rio Grande do Sul. 25 mar. 2018. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/euta-col.htm> Acesso em 09 set.2024.

GUIARRARA, Paloma. **“Declaração Universal dos Direitos Humanos”; Brasil Escola.** Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.htm> Acesso em: 30 set. 2024.

HAIDAR, Rodrigo. **Entre vida e morte Suprema Corte rejeita pedido para religar sonda de Terri Schiavo.** 24 mar. 2005. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2005-mar-24/suprema_corte_mantem_decisao_terri_schiavo/ Acesso em 09 set. 2024.

HOJE, Ciência. **Distanásia: por que prolongar o sofrimento?** Mar. 2013. Disponível em: <https://cienciahoje.org.br/artigo/distanasia-por-que-prolongar-o-sofrimento/> Acesso em 30 set 2024.

KOURY, Adilson Passinho. **Constitucionalismo e direitos fundamentais.** 1 recurso online ISBN 9788530957544. Rio de Janeiro, p.1-2, 2014.

LINCOLINS, Thiago. **Como Eu Era Antes De Você: Filme é baseado em história real?** AH Aventuras na História. 25 de mar. 2024. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.com.br/noticias/almanaque/como-eu-era-antes-de-voce-filme-e-baseado-em-historia-real.phtml> Acesso em 24 de set. 2024.

LOMONACO, Amedeo. **O magistério da Igreja Católica sobre a eutanásia**. Vatican News. 09 de fev. 2022. Disponível em: <https://www.vaticannews.va/pt/igreja/news/2022-02/magisterio-eutanasia-papas-igreja-catolica.html> Acesso em: 24 de set. 2024.

MACÊDO, Welton Charles Brito Macêdo. **O direito à vida deve ser entendido à luz da dignidade da pessoa humana**. 25 set. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/290092/o-direito-a-vida-deve-ser-entendido-a-luz-da-dignidade-da-pessoa-humana> Acesso em: 20 de out.2024.

MAGALHÃES, Brenna Maria Carneiro Costa. **Eutanásia: origem, ramificações e outras peculiaridades**. Âmbito Jurídico. 01 de fev. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/eutanasia-origem-ramificacoes-e-outras-peculiaridades/> Acesso em: 24 de set. 2024.

MENEZES, Rachel Aisengart, GOMES, Edlaine de Campos. **Uma “morte suave”: valores religiosos e laicos nos discursos sobre ortotanásia**. Scielo Brasil. nov. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rs/a/xnxNkFQjNT98YcSjgfBvyrD/#> Acesso em 24 de set. 2024.

MILANEZI, Larissa. **Eutanásia: o que é?** Politize. Ago. 2024. Disponível em: <https://www.politize.com.br/eutanasia-o-que-e/> Acesso em 30 set. 2024.

MORAES, Ana Luísa. **O que é a eutanásia?** Folha de São Paulo. Jan. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/webstories/equilibrioesaude/2022/01/o-que-e-a-eutanasia/> Acesso em: 24 de set. 2024.

MORSCH, José Aldair. Saúde Pública: **Como funciona, qual a importância e como melhorar no Brasil**. Morsch Telemedicina. 05 jun. 2024. Disponível em: <https://telemedicinamorsch.com.br/blog/saude-publica-no-brasil> Acesso em 09 set.2024.

NARDO, Giovanna Catelan. **O direito humanitário e os limites da guerra**. Politize! 01 de jun. 2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/direito-humanitario-limites-da-guerra/> Acesso em: 24 de set. 2024.

NOVO, Benigno Núñez. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e políticos**. Jusbrasil. Mar. 2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/pacto-internacional-dos-direitos-civis-e-politicos-1966/2179320313> Acesso em: 30 set. 2024.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias. **Diretiva Antecipada De Vontade Lato Sensu: o que deve acontecer com a vida, o corpo e o patrimônio no caso de perda de lucidez ou de morte?** Revista Senado Federal. Brasília; ago. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td320#:~:text=A%20DAV%20stricto%20sensu%20abrange,que%20tenham%20subtra%C3%ADdo%20a%20lucidez>. Acesso em: 24 de set. 2024.

PERASSO, Valéria. **Suicídio assistido: que países permitem ajuda para morrer?** BBC News Brasil. 12 de set de 2015. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150911_suicidio_assistido_rb Acesso em: 24 set. 2024.

PEREIRA, Aline Ribeiro. **As Medidas protetivas no ordenamento jurídico brasileiro – Lei Maria da Penha e ECA**. Aurum. Ago. 2023. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/medidas-protetivas/> Acesso em 30 set. 2024.

PESSINI, Leo. **A Eutanásia na Visão das Grandes Religiões**. Rev. Bio-ética. Brasília, v.7, n.1, 03 de nov. 2024. Disponível em: https://revista-bioetica.cfm.org.br/revista_bioetica/article/view/296 Acesso em: 24 de set. 2024.

PINTO, Flávio. **Antônio Cicero deixou carta e mencionou ida à Suíça para “morrer com dignidade”**. CNN Brasil. 23 de out. 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/entretenimento/antonio-cicero-deixou-carta-e-mencionou-ida-a-suica-para-morrer-com-dignidade/> Acesso em: 24 de out. 2024.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Viver bem não é viver muito**. Revista Jurídica Conulex n. 29, ano III, v. I, mai. 1999, p. 17.

RODRIGUES, Carlos Frederico Almeida. **Paciente Terminal**. Slideshare Scrib Company. 12 de abri. 2013. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/Rodriguescfa/paciente-terminal-18675539#6> Acesso em: 24 de set. 2024.

RODRIGUES, Lucas de Oliveira. **"Eutanásia"** Brasil Escola. 10 de jun. 2022. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/eutanasia.htm> Acesso em 20 de out. 2024.

SÁNCHEZ, Álvaro. **Morre a campeã paralímpica Marieke Vervoort após passar por eutanásia**. 23 out.2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/10/22/deportes/1571777795_278951.html Acesso em 09 set.2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2001, p. 50.

SCANDROGLIO, Tommaso. **Na Holanda a tristeza é suficiente para escolher a eutanásia**. Gazeta do Povo. 17 abri. 2024. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/holanda-tristeza-suficiente-eutanasia/> Acesso em 24 de set. 2024.

SCIELO, Brasil. **Ortotanásia, sofrimento e dignidade: entre valores morais, medicina e direito**. Fev. 2013 Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/KthhpN5JyP943XF7jQ8bMhc/#:~:text=O%20Conselho%20Federal%20de%20Medicina,paciente%20ou%20seu%20representante%20legal>. Acesso em 30 set. 2024.

SILVA, Bárbara Correia Florêncio. *Et al.* **O Sistema Internacional de Proteção e os tratados internacionais de Direitos Humanos**. 08 fev. 2021. Disponível em: https://www.politize.com.br/equidade/tratados-internacionais-de-direitos-humanos/?https://www.politize.com.br/&gad_source=1&gclid=Cj0KCQjwsc24BhDPArlsAFXqAB3VdDVBV-CjoCiwCNxdFbBCUmgbPL8QA9YD9v6KAtp98aRoQph8gZMaAnAeE-ALw_wcB Acesso em: 20 de out. 2024.

SIMONELLI, Osvaldo. **Análise da legislação internacional sobre eutanásia e suicídio assistido**. Migalhas. 20 de jun. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/368187/legislacao-internacional-eutanasia-e-suicidio-assistido> Acesso em: 24 de set. 2024.

SOBREIRO, Izaura Mariana. **Terminalidade da vida: reflexão bioética sobre a formação médica.** Revista Bioética. Brasília. v. 29. n. 2, 3-5, 21 de jun. 2021. https://revistabioetica.cfm.org.br/revista_bioetica/article/view/2112 Acesso em: 20 de out. 2024.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

TERRA. **Holanda autoriza eutanásia para jovem vítima de abuso sexual.** 11 mai.2016. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/europa/holanda-autoriza-eutanasia-para-jovem-vitima-de-abuso-sexual,81d85a796766cd10148a4806508f8398ii56t7gz.html> Acesso em 09 set. 2024.

YONESHIGUE, Bernardo. **‘O caso dela raríssimo e muito sofrido’, conta médico que cuida de jovem com ‘a pior dor do mundo’; entenda o tratamento.** O Globo. 12 jul.2024. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/saude/noticia/2024/07/12/o-caso-dela-rarissimo-e-muito-sofrido-conta-medico-que-cuida-de-jovem-com-a-pior-dor-do-mundo-entenda-o-tratamento.ghhtml> Acesso em 09 set. 2024.

WEITMAN, Rabino Y. David. **Pode-se abreviar a vida de quem está sofrendo?** Ética e Comportamento. Abri. 2000. Disponível em: <https://legalsaber.com.br/a-eutanasia-no-judaismo/> Acesso em: 24 de set. 2024.

ZADRA, Gabrielle. **O Direito à Vida no ordenamento jurídico brasileiro.** Jusbrasil. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-direito-a-vida-no-ordenamento-juridico-brasileiro/920725343> Acesso em: 24 de set. 2024.

USO DE AGROTÓXICOS NO BRASIL: A PROTEÇÃO DA SAÚDE HUMANA E DO MEIO AMBIENTE EM UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Iná Pereira da Luz¹
Cristhian Magnus De Marco²

RESUMO

O presente artigo teve como objetivo pesquisar o uso de agrotóxicos no Brasil, com enfoque em sua origem, evolução legislativa e os impactos na saúde e meio ambiente, sob a ótica da Lei nº 14.785/2023 e dos princípios constitucionais. A pesquisa buscou compreender o papel do Estado na formulação de políticas públicas voltadas à promoção de um equilíbrio entre o aumento da produtividade agrícola e a proteção dos direitos à saúde e ao meio ambiente garantidos pela Constituição Federal de 1988. A pesquisa adotou uma análise legislativa e documental, além de uma revisão bibliográfica sobre o histórico de uso de agrotóxicos no país e as mudanças introduzidas pela nova legislação. O estudo se baseou em dados de saúde pública, impactos ambientais e comparações entre as normativas brasileiras e internacionais. Os resultados revelaram que, embora a Lei nº 14.785/2023 tenha promovido avanços importantes ao agilizar o processo de registro e introduzir maior segurança jurídica para o agronegócio, ela gerou preocupações devido à flexibilização de controles sobre substâncias potencialmente perigosas. A introdução do conceito de “risco aceitável” e a discrepância entre os padrões de segurança no Brasil e em outros países evidenciaram lacunas na regulamentação, além da falta de transparência no processo de aprovação e reavaliação toxicológica de agrotóxicos. Constatou-se que políticas de incentivo fiscal têm impulsionado o uso intensivo de agrotóxicos, sem a necessária promoção de práticas mais sustentáveis, como a agricultura orgânica. Concluiu-se que a modernização trazida pela

¹ Discente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Email: inaluz01@outlook.com

² Docente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Email: cristhian.demarco@gmail.com

Lei nº 14.785/2023, embora significativa, precisa ser acompanhada de maior investimento em pesquisa e inovação tecnológica, além de incentivos para práticas agrícolas alternativas, visando à construção de um futuro equilibrado entre produtividade e sustentabilidade no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Agrotóxicos. Legislação. Saúde Pública. Meio Ambiente. Agricultura Sustentável.

1 INTRODUÇÃO

A crescente utilização de agrotóxicos na agricultura moderna emerge como um tema de grande relevância global, especialmente no Brasil, que se destaca como um dos maiores consumidores dessas substâncias. O avanço da tecnologia agrícola, aliado à necessidade de aumento da produtividade, tem promovido o uso acentuado de agrotóxicos para o controle de pragas e doenças nas plantações. Todavia, essa prática suscita preocupações significativas quanto aos impactos à saúde pública e ao meio ambiente. Diante deste cenário, o debate sobre o uso sustentável de agrotóxicos ganha cada vez mais espaço nas esferas científica, política e social, tornando essencial a análise das regulamentações e das práticas associadas a esses produtos.

Historicamente, os agrotóxicos tiveram origem em substâncias químicas utilizadas durante as guerras, posteriormente adaptadas para a agricultura. Esse processo trouxe avanços para a produção de alimentos, mas também expôs a sociedade aos riscos decorrentes do uso inadequado dessas substâncias. No Brasil, o debate sobre agrotóxicos ganhou relevância com a promulgação da Lei nº 14.785/2023, que atualizou a regulamentação de defensivos agrícolas no país. A nova legislação trouxe mudanças significativas nos critérios de avaliação, registro e fiscalização desses produtos, refletindo uma

tentativa de balancear a eficiência produtiva com a preservação da saúde pública e do meio ambiente.

Esta pesquisa é quantitativa, com método de abordagem dedutivo e o procedimento técnico de pesquisa é documental e bibliográfica. Esta escolha metodológica é motivada pela necessidade de analisar o levantamento de dados nas monografias de agrotóxicos no painel da ANVISA, juntamente com a legislação vigente, incluindo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Nova Lei de Agrotóxicos (Lei n. 14.785/2023). O objetivo da pesquisa é classificar como exploratório e descritivo, visando à compreensão inicial e à análise das características e implicações legais dos agrotóxicos. Esse enfoque foi escolhido para permitir uma compreensão aprofundada dos impactos legais e ambientais dos agrotóxicos no Brasil, com base em fontes confiáveis e atualizadas.

A estrutura da pesquisa está organizada em três capítulos, cada um concentrando-se em aspectos distintos relacionados à legislação de agrotóxicos no Brasil. O primeiro capítulo trata do uso de agrotóxicos, explorando suas origens, classificações e os impactos associados a essas substâncias. O segundo capítulo aborda as relações entre os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado, com base nos fundamentos de direitos humanos e constitucionais, além de discutir os desafios e perspectivas na regulamentação dos agrotóxicos. Por fim, o terceiro capítulo é dedicado à nova Lei de Agrotóxicos nº 14.785/2023, com uma análise detalhada de sua evolução, comparações analíticas com a legislação anterior e uma avaliação sobre o controle e fiscalização desses produtos pelo Estado.

O problema que este artigo pretende abordar reside na análise da evolução do uso de agrotóxicos no Brasil, suas regulamentações, os impactos decorrentes dessas práticas, bem como da nova legislação de agrotóxicos no Brasil e seus possíveis impactos.

A flexibilização de normas e a introdução do conceito de “risco aceitável” levantam questionamentos sobre a proteção ambiental e a saúde das populações, em especial os trabalhadores rurais e as comunidades que vivem próximas a áreas de cultivo intensivo. Nesse contexto, é fundamental estudar em que medida as novas diretrizes regulamentares oferecem segurança suficiente ou se podem agravar os problemas já enfrentados pela sociedade brasileira em relação ao uso de agrotóxicos.

Além disso, busca-se identificar possíveis lacunas na legislação atual e sugerir alternativas para o desenvolvimento de uma agricultura mais sustentável e segura. O estudo contribui para o aprofundamento do conhecimento sobre a relação entre políticas públicas e práticas agrícolas, propondo um olhar crítico sobre os incentivos fiscais concedidos a esse setor e as consequências socioambientais do uso intensivo de substâncias químicas nas lavouras.

Com base em uma análise histórica e legislativa, esta pesquisa se justifica pela necessidade de compreender o equilíbrio entre a produtividade agrícola e a preservação dos recursos naturais e da saúde pública. Ao propor um exame detalhado da nova lei de agrotóxicos, espera-se contribuir para o desenvolvimento de soluções mais eficazes que alinhem a produção agrícola com práticas sustentáveis, beneficiando o setor produtivo e a sociedade como um todo.

2 O USO DE AGROTÓXICOS

Nesta seção, será abordado o uso de agrotóxicos, desde suas origens históricas até sua regulamentação e impactos no Brasil, com ênfase na relevância desse tema para a segurança alimentar e os desafios enfrentados pelo setor agrícola. A análise começará com um contexto histórico sobre a introdução e evolução dos agrotóxicos

na agricultura, seguida pela classificação desses produtos no Brasil. Além disso, serão discutidos os impactos do uso de agrotóxicos na saúde pública e no meio ambiente, destacando a necessidade de regulamentações eficazes e práticas agrícolas mais sustentáveis.

Ainda, a seção examinará como os agrotóxicos, inicialmente desenvolvidos para fins bélicos, foram adaptados para a agricultura, revolucionando a produtividade agrícola, mas também causando preocupações significativas sobre saúde e meio ambiente. A evolução legislativa, desde a terminologia até as políticas de incentivo e regulamentação, será abordada, evidenciando como o Brasil tem tratado a questão ao longo das décadas, considerando o contexto político e econômico de cada período. Finalmente, será feita uma análise crítica das políticas atuais e das possíveis alternativas para mitigar os efeitos negativos dos agrotóxicos, promovendo uma abordagem mais equilibrada e consciente para a agricultura no país.

2.1 AS ORIGENS DOS AGROTÓXICOS EM UM CONTEXTO HISTÓRICO

Os agrotóxicos, também conhecidos como defensivos agrícolas, pesticidas, praguicidas ou remédios de planta, são um grupo de substâncias químicas utilizadas para controlar pragas e doenças em plantas. Eles são amplamente utilizados na agricultura, pastagens e até em campanhas sanitárias para combater vetores de doenças.

A discussão sobre a nomenclatura desses produtos é extensa, refletindo os interesses dos grupos envolvidos. Até a promulgação da Constituição de 1988, a legislação brasileira os chamava de defensivos agrícolas, excluindo agentes usados em campanhas urbanas de saúde. No entanto, após a alteração da Norma Regulamentadora

Rural no 5 (NRR 5), durante o processo Constituinte, passaram a ser denominados agrotóxicos (Peres et al., 2003, p. 21).

A história dos agrotóxicos na agricultura começou há pouco mais de meio século, quando muitos desses produtos, anteriormente utilizados como armas químicas durante as grandes guerras mundiais, foram redirecionados para o uso agrícola. Um exemplo notório é o “agente laranja”, utilizado na Guerra do Vietnã (1959 a 1975), cujos impactos devastadores se estendem até os dias de hoje, resultando no nascimento de crianças com defeitos genéticos, além dos danos ambientais, problemas de saúde humana e desafios sociais nas regiões afetadas (Giroto, 2009, p. 16 e 17).

Diante desses cenários, é imperativo considerar alternativas e regulamentações que promovam uma agricultura sustentável e segura, reduzindo a dependência desses produtos químicos e protegendo tanto o meio ambiente quanto as comunidades agrícolas.

A busca por soluções para a fome global resultou na implementação de políticas visando expandir e fortalecer o mercado agrícola mundial. Isso levou à ênfase da pesquisa agropecuária no desenvolvimento de sementes geneticamente modificadas, adaptadas ao uso intensivo de fertilizantes químicos e pesticidas em monoculturas altamente mecanizadas, conhecida como “Revolução Verde”. Internacionalmente, a FAO (Food and Agriculture Organization-órgão das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura) e o Banco Mundial desempenharam papéis fundamentais na promoção desse modelo agrícola. No Brasil, diferentes governos adotaram políticas para impulsionar a “modernização da agricultura”, resultando em consequências sociais, ambientais e de saúde pública negativas (Londres, 2011, p. 17).

Nesse contexto, surgem os agrotóxicos, também conhecidos como agroquímicos ou defensivos, como uma resposta para garantir

a continuidade da produção agrícola. Um marco inicial nessa história é o dicloro-difenil-tricloroetano (DDT), descoberto em 1939 por Paul Müller, o qual revolucionou o combate à malária, garantindo a Müller o Prêmio Nobel de Medicina. Utilizado na Segunda Guerra Mundial para prevenir tifo em soldados, logo foi adotado na agricultura devido ao seu baixo custo e alta eficiência. Seu uso em larga escala durou cerca de 25 a 30 anos, com os americanos ingerindo uma média de 0,28 mg por dia em 1950. Foi crucial nos programas de controle de doenças tropicais, como malária e leishmaniose (D'Amato et al., 2002, p. 13).

Em 1962, a bióloga Rachel Carson alertou sobre seus impactos ambientais em seu livro *Primavera Silenciosa* (1969), levando à proibição em diversos países, começando pela Suécia em 1970. O Brasil também adotou medidas restritivas, proibindo-o em 1971 para combater ectoparasitos (são artrópodes que entram em contato com a pele dos hospedeiros, e podem ser insetos, como pulgas, piolhos, mosquitos e moscas ou ácaros, como os carrapatos e outros tipos de ácaros que causam as famosas sarnas) em animais e, em 1979, em pastagens. Em 1985, sua comercialização na agropecuária foi banida, mas seu uso continuou em saúde pública até 1991, quando a FUNASA (Fundação Nacional de Saúde), fez sua última compra. Em 1995, a OMS (Organização Mundial de Saúde) permitiu seu uso apenas em interiores, sob condições específicas (D'Amato et al., 2002, p. 15).

Assim, o uso de agrotóxicos é uma prática comum entre os produtores rurais para compensar a perda de produtividade causada pela degradação do solo e controlar doenças nas plantações. No entanto, muitas vezes essa utilização é feita de forma inadequada, sem considerar as reais necessidades do solo e das plantas. A dificuldade em diagnosticar doenças nas plantas leva a erros na aplicação de agrotóxicos, o que pode resultar em efeitos duvidosos e aumentar os riscos à saúde humana e ao meio ambiente. Os agrotóxicos,

desenvolvidos para combater pragas agrícolas, representam um risco potencial para todos os seres vivos, podendo ser absorvidos pela pele, inalados ou ingeridos. Seus efeitos negativos, tanto agudos quanto crônicos, têm um impacto significativo na saúde humana, especialmente entre os trabalhadores rurais (Veiga, 2007, p. 146 e 147).

Nesse panorama, desde o final da década de 1960, o Brasil adota incentivos para esses insumos agrícolas, alinhando-se a uma tendência mundial de subsidiar agrotóxicos e fertilizantes como parte de uma política de incentivo à revolução verde em países em desenvolvimento. Contudo, a concessão desses benefícios não é acompanhada de uma avaliação periódica de seus retornos sociais, o que levanta questões sobre a eficácia e a legitimidade dessas políticas fiscais (Cunha, 2020, p. 32).

A promulgação da Lei nº4.829/1965, a qual vinculava o crédito rural à aquisição do pacote tecnológico, incluindo os agrotóxicos, teve um papel importante na disseminação desses produtos, mas também contribuiu para o enfraquecimento da agricultura familiar. O artigo 3º dessa legislação estabelece as diretrizes e critérios para concessão de crédito rural, destacando a necessidade de fortalecimento econômico dos produtores rurais, especialmente os pequenos e médios, o que acabou impulsionando o uso extensivo de agrotóxicos e marginalizando ainda mais esses agricultores familiares, diante das exigências tecnológicas e financeiras impostas para acesso ao crédito (Almeida et al, 2019, p. 20-25).

À vista disso, um estudo realizado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) revelou que muitos incentivos fiscais concedidos no país carecem de fiscalização adequada e podem exceder os prazos inicialmente estipulados. No caso específico dos agrotóxicos, os benefícios fiscais concedidos pelo Convênio ICMS nº 100/1997 do

CONFAZ reduzem a base de cálculo do ICMS em 60% e têm sido renovados repetidamente ao longo dos anos. Em 2017, a renúncia fiscal dos tributos federais relativos aos agrotóxicos totalizou 8,9 bilhões de reais, destacando-se a alíquota zero das Contribuições Sociais e do PIS/PASEP (Cunha, 2020, p. 5).

Por conseguinte, apesar dos potenciais benefícios sociais atribuídos à desoneração dos agrotóxicos, é necessário considerar os custos sociais associados a eles, como os impactos na saúde pública e no meio ambiente. O atual cenário de revisão de incentivos fiscais pelo Ministério da Economia reforça a importância de uma análise crítica sobre a política de subsídios aos agrotóxicos, visando ao restabelecimento da função extrafiscal dos tributos como forma de desestimular o uso dessas substâncias nocivas e mitigar suas externalidades negativas (Cunha, 2020, p. 35).

Dessarte, o uso de agrotóxicos no Brasil, iniciado há mais de meio século e impulsionado pela Revolução Verde, trouxe avanços significativos na produtividade agrícola, mas também acarretou sérios impactos negativos na saúde pública e no meio ambiente. A política de incentivos fiscais sem a devida fiscalização tem perpetuado até os dias de hoje a utilização desses insumos, agravando os riscos associados. Diante desse cenário, torna-se essencial explorar a classificação dos agrotóxicos no Brasil, a fim de entender melhor a regulamentação vigente, buscando soluções para uma agricultura mais sustentável e segura.

2.2 CLASSIFICAÇÃO DOS AGROTÓXICOS NO BRASIL

A nova Lei de agrotóxicos nº 14.785/2023, traz uma abordagem abrangente e detalhada sobre todas as etapas que envolvem esses produtos, desde sua pesquisa e produção até sua utilização e destino

final dos resíduos. Define com precisão uma série de termos-chave e estabelece diretrizes claras para registro, controle e fiscalização desses produtos.

A criação do Registro Especial Temporário (RET) para produtos destinados à pesquisa e experimentação, assim como a previsão de prazos para conclusão dos processos de registro e suas alterações. Além disso, ressalta a importância da análise de riscos e da comunicação transparente sobre os perigos associados ao uso desses produtos, garantindo a proteção da saúde humana e do meio ambiente. A legislação busca também simplificar e desburocratizar procedimentos, buscando reduzir custos e tempo para a conclusão dos processos de registro. O Art. 3º da referida Lei estabelece que:

Os agrotóxicos, os produtos de controle ambiental, os produtos técnicos e afins, de acordo com as definições constantes do art. 2º desta Lei, somente poderão ser pesquisados, produzidos, exportados, importados, comercializados e utilizados se previamente autorizados ou registrados em órgão federal, nos termos desta Lei. (Brasil, 2023).

Dentro deste contexto de atribuições, a Anvisa anunciou, no Diário Oficial da União em 1º de agosto de 2019, a reclassificação toxicológica dos agrotóxicos registrados no Brasil, seguindo novo marco regulatório que atualizou os critérios de avaliação e classificação. Dos 1.942 produtos analisados, 1.924 foram reclassificados, sendo que 43 extremamente tóxicos, 79 altamente tóxicos, 136 moderadamente tóxicos, 599 pouco tóxicos, 899 improváveis de causar dano agudo e 168 não classificados. Essa reclassificação adotou os padrões do Sistema Globalmente Harmonizado de Classificação e Rotulagem de Produtos Químicos (GHS), alinhando o Brasil a normas internacionais

e favorecendo a exportação de produtos nacionais (Anvisa, 2019, p. 01).

Isto posto, entende-se que a reclassificação toxicológica dos agrotóxicos realizada pela Anvisa é um passo importante que demonstra a abrangência e rigidez do processo de avaliação. Contudo, é essencial examinar mais criticamente as implicações práticas dessa reclassificação para agricultores, consumidores e o meio ambiente. A adoção dos padrões do Sistema Globalmente Harmonizado (GHS) representa um avanço significativo ao alinhar o Brasil com normas internacionais, facilitando a exportação de produtos nacionais.

Assim, percebe-se que a quantidade considerável de agrotóxicos reclassificados como extremamente ou altamente tóxicos levanta preocupações sobre a segurança e o uso desses produtos no país. Além disso, desafios como a adaptação de produtores e empresas às novas normas, a eficácia do monitoramento contínuo, a fiscalização rigorosa e a capacidade das empresas de fornecer dados precisos e completos sobre a toxicidade de seus produtos merecem uma análise mais aprofundada, pois a discussão a respeito da implementação dessas normas são essenciais para mitigar os riscos associados ao uso de agrotóxicos, promovendo uma agricultura mais segura e sustentável e consequentemente garantindo a proteção da saúde humana e do meio ambiente.

2.3 IMPACTOS DO USO DE AGROTÓXICOS

Para obter o registro no Brasil, o produto agrotóxico é submetido à avaliação de três órgãos do governo federal, conforme suas competências de atuação: Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA); Ministério do Meio Ambiente, representado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais

Renováveis (Ibama); e Ministério da Saúde, representado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Nesse serviço, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) concede o registro para produtos com finalidade de uso agrícola, florestas plantadas e pastagens. Já para produtos agrotóxicos destinados ao uso em ambientes hídricos, na proteção de florestas nativas e de outros ecossistemas, conhecidos como “não agrícolas”, a concessão de registro é realizada pelo Ibama. A análise do risco para a saúde humana decorrente da exposição à substância em análise é realizada pela Anvisa (Anvisa, 2023).

De acordo com o Instituto Heinrich Böll Brasil (2024), o Atlas do Agrotóxico oferece uma visão crítica sobre a questão do uso de agrotóxicos no contexto brasileiro. Aponta que o Projeto de Lei (PL) 1459/2022, popularmente conhecido como “Pacote do Veneno”, está intrinsecamente ligado às pressões exercidas pelo agronegócio sobre os três poderes do Estado. Após duas décadas de tramitação no Congresso Nacional, o PL foi aprovado em novembro de 2023 como a Lei 14.785/2023, embora com uma série de vetos presidenciais que ainda aguardam análise parlamentar. Esses vetos incluem a oficialização da prioridade do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) no registro de novos agrotóxicos, relegando Ibama e Anvisa a um papel subordinado na avaliação desses produtos. Outras alterações não vetadas pela presidência incluem a introdução do conceito de “risco aceitável”, a aprovação rápida de agrotóxicos com prazos reduzidos para avaliação de riscos toxicológicos e a criação de registros temporários para produtos com análises prolongadas.

Os ingredientes ativos de agrotóxicos estudados e autorizados no Brasil, apenas 3,5% (14 substâncias) possuem aprovação em todos os países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico). Quando incluídos os países do BRICS, esse número

diminui para 12, pois cletodim e dicamba não têm autorização de uso na Índia. Além disso, 17 ingredientes ativos não são permitidos em todos os países da OCDE, e 16 não têm aprovação na China e na Índia. No total, 81% dos agrotóxicos autorizados no Brasil não têm permissão de uso em pelo menos três países da OCDE, e 31% não são aprovados na China e na Índia (Friedrich, 2021, p. 06 e 07).

A utilização de agrotóxicos na agricultura gera impactos socioeconômicos significativos, afetando de forma variada diferentes grupos, como a indústria química, trabalhadores, produtores rurais e consumidores. Eles são considerados essenciais para manter a produtividade de muitos sistemas agrícolas, sendo, em alguns casos, uma questão de sobrevivência para produtores e trabalhadores. O principal benefício é o aumento da produtividade agrícola, o que reduz a demanda por recursos naturais e tecnológicos, permitindo preços mais baixos e maior acessibilidade, especialmente para a população de baixa renda, o que pode melhorar suas condições de saúde. (Veiga, 2007, p. 148).

Em contrapartida, o dano ambiental se destaca por afetar uma ampla gama de vítimas, sem distinção. Por exemplo, a contaminação de um lago com mercúrio compromete não apenas a água, mas também a fauna, a flora e a população que depende desse recurso. Esse impacto pode se espalhar, atingindo comunidades locais e até futuras gerações. Além disso, os danos ambientais ultrapassam fronteiras geográficas e políticas, como observado no caso de aves migratórias e sistemas hídricos compartilhados. A área afetada por um desastre ambiental pode ser muito maior do que inicialmente previsto, e os efeitos do dano, em alguns casos, são irreversíveis, resultando na aniquilação de espécies e exaustão de recursos naturais (Tozzi, 2014, p. 120 e 121).

Além dos problemas ambientais já comprovados, há numerosos casos de intoxicações e outros problemas de saúde humana evidenciados em estudos científicos. Conforme cita Teixeira et al, revelou que, entre 1999 e 2009, foram registrados quase 10 mil casos de intoxicação por agrotóxicos no Nordeste do Brasil, com Pernambuco sendo o estado mais afetado. Nesse estado, entre 2007 e 2010, foram identificados 549 casos de intoxicações. Entre 2000 e 2009, ocorreram 2.052 óbitos por intoxicação por agrotóxicos, sendo que, em 2005, mais de 1.200 casos foram registrados no Nordeste brasileiro (Lopes, 2018, p.522).

A reparação ambiental se torna um desafio, pois muitas vezes não é possível retornar ao estado anterior. Indenizações financeiras não conseguem restaurar os ecossistemas danificados, e alguns danos não são visíveis de imediato, como a contaminação do lençol freático ou a poluição cujos efeitos se manifestam com o tempo. Um exemplo é o impacto prolongado do acidente de Chernobyl, cujos vestígios de cézio-137 ainda eram encontrados na Europa em 2005, além do DDT, proibido há décadas, que foi detectado recentemente em pinguins. Sabemos que existem danos que são completamente irreparáveis, como a poluição dos mares e da atmosfera, que são impossíveis de limpar completamente (Tozzi, 2014, p. 121 e 122).

Sendo assim, é imprescindível reconhecer que todos os agrotóxicos apresentam potenciais danosos à saúde humana e ao meio ambiente. Mesmo os produtos classificados como de faixa verde, que são considerados menos tóxicos, podem representar grandes riscos quando há exposição prolongada ou em altas doses. Portanto, é altamente recomendável optar por defensivos agrícolas que contenham ingredientes ativos menos nocivos, seguir rigorosamente as concentrações e dosagens recomendadas, e evitar ao máximo exposições prolongadas durante a aplicação. Além disso,

é crucial estar ciente de que certos agrotóxicos têm a capacidade de persistir no ambiente por longos períodos, podendo contaminar não apenas o solo, mas também as águas subterrâneas, o que representa uma preocupação adicional tanto para a saúde pública quanto para a preservação ambiental.

3 RELAÇÕES ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

A seguir, será analisada a interconexão entre os direitos fundamentais, o direito à saúde e o direito a um meio ambiente equilibrado, destacando a importância de cada um desses direitos na promoção de uma vida digna. Através de estudos detalhados dos fundamentos dos direitos humanos, será possível compreender a evolução histórica e a consagração desses direitos na Constituição Brasileira de 1988, contextualizando-os no cenário atual e discutindo as responsabilidades do Estado em garantir sua efetivação.

Além disso, será abordada a perspectiva jurídica que fundamenta esses direitos, examinando como a Constituição Federal de 1988 não apenas reconhece, mas também detalha os mecanismos de proteção e promoção do direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Esta análise incluirá a responsabilidade do Estado em regulamentar e controlar atividades que possam ameaçar esses direitos, como a produção e uso de agrotóxicos, bem como, evidenciará como a proteção à saúde e ao meio ambiente se entrelaçam, refletindo os princípios de dignidade humana e manutenção da ordem social.

3.1 FUNDAMENTOS DE DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são fundamentais para assegurar a dignidade e a liberdade de todos os indivíduos, tendo suas raízes em um desenvolvimento histórico e filosófico abrangente. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Constituição Brasileira de 1988 são marcos importantes que consolidam esses princípios, refletindo um compromisso global e nacional com a justiça social. A discussão sobre esses direitos é crucial para entender garantias essenciais como o direito à saúde e ao meio ambiente.

A definição e origem dos direitos humanos remontam a séculos de desenvolvimento filosófico, político e social. Os direitos humanos são concebidos como direitos universais e inalienáveis, inerentes a todos os indivíduos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, língua, religião ou qualquer outra condição. Esses direitos incluem, entre outros, o direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado (Unric, 2019).

Dessarte, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é um marco significativo na universalização e codificação dos direitos humanos. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em resposta às atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. A Declaração estabeleceu uma base comum de direitos que todos os países se comprometeram a respeitar e promover, refletindo uma visão compartilhada da humanidade sobre o que é necessário para garantir uma vida digna para todos os seres humanos (Brasil, 2018).

O autor Norberto Bobbio aponta que a busca por um fundamento absoluto para os direitos humanos é infundada. Ele sustenta sua posição com três argumentos principais: primeiro, a expressão “direitos humanos” é muito vaga e, em última análise, indefinível. Segundo a categoria de direitos humanos é variável e muda conforme as épocas históricas; por fim, além de ser indefinível e variável, os

direitos humanos constituem uma categoria heterogênea (Bobbio, 2004, p. 13-14).

Inspirada nesses princípios, a Constituição Brasileira de 1988 incorporou esses valores em seu texto, destacando seu compromisso com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, onde a dignidade da pessoa humana é um valor central, refletindo a influência e a importância dos princípios estabelecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Sarlet diferencia os Direitos Fundamentais dos direitos humanos ao explicar que os primeiros são aqueles reconhecidos e codificados dentro da esfera jurídica constitucional de um Estado específico. Esses direitos são fundamentais no contexto nacional, refletindo as particularidades e as aspirações daquela sociedade em relação aos direitos individuais e coletivos dos cidadãos. Por outro lado, a expressão “direitos humanos” transcende as fronteiras nacionais e está ligada aos documentos de direito internacional (Sarlet, 2008, p. 35-36).

Assim, enquanto os Direitos Fundamentais são essencialmente moldados pela constituição de cada nação, os direitos humanos possuem um caráter global e normativo, derivado de consensos internacionais sobre os princípios essenciais que garantem a dignidade e os direitos inalienáveis de todas as pessoas.

Para Bobbio: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (Bobbio, 2004, p. 16).

Essa ideia é frequentemente utilizada para restringir os debates sobre direitos humanos às questões políticas, negligenciando os aspectos que sustentam a fundamentação e a justificação desses direitos. Todavia, é necessário destacar que a Declaração Universal

dos Direitos Humanos oferece parâmetros para garantir os direitos fundamentais das pessoas (Bobbio, 1992, p. 45).

Com base nesta contextualização sobre direitos humanos, o próximo tópico irá explorar os direitos fundamentais, em particular os direitos à saúde e ao meio ambiente, conforme estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

3.2 DIREITO À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE

Na Constituição Federal, dentro dos direitos fundamentais, a proteção à saúde é consagrada como um direito fundamental de segunda dimensão, e o direito ao meio ambiente é de terceira dimensão, os quais estão relacionados com o princípio da dignidade humana. Direitos estes moldados pelo contexto histórico-cultural, os quais refletem as demandas da sociedade que vivem em busca de uma vida digna e saudável. Para isso, o papel do Estado é de garantir a proteção e a efetivação desses direitos. Isso inclui, o controle estatal sobre a produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que possam colocar em risco a qualidade de vida da população e o meio ambiente, conforme estabelecido na Constituição. O Estado é visto como responsável por assegurar a integridade física e psíquica dos cidadãos, demonstrando uma preocupação com a preservação da dignidade humana e com a promoção de condições que propiciem uma vida digna e saudável para todos (Sarlet, 2023, p. 360).

Dessa maneira, conforme estabelecido pelo artigo 225, § 1º, V, da Constituição Federal, (Brasil, 1998), é fundamental o controle estatal sobre a produção, comercialização e utilização de substâncias que representem riscos para a qualidade de vida e ao meio ambiente. Essa disposição constitucional reflete a preocupação com a preservação

da saúde física e mental das pessoas, o que inclui a regulamentação das substâncias agrotóxicas, evidenciando sua inclusão no âmbito constitucional (Fiorillo, 2023, p. 162).

O direito à vida, vai além da mera subsistência física e abrange a busca por uma existência digna. Essa visão ampliada da vida está intrinsecamente ligada à dignidade da pessoa humana, um dos pilares da República Federativa do Brasil, art. 1º, III, CF/88. Garantir uma vida com dignidade é uma responsabilidade complexa que requer ações abrangentes por parte do Estado (Masson, 2023, p. 172).

Assim, o direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal, (Brasil, 1998), vai além de sua conexão com o direito à vida, encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física e psíquica do ser humano. Esses aspectos são posicionamentos jurídicos de fundamental importância e indiscutível relevância. A abordagem ampla do direito à saúde reconhece a necessidade de garantir não apenas a sobrevivência, mas também o bem-estar físico e mental das pessoas, refletindo a essência da dignidade da pessoa humana na esfera jurídica (Sarlet, 2023, p. 182).

Ainda, sobre a dignidade, Bonavides (2018, p. 574), traz que, de acordo com Hesse, um renomado jurista do direito público alemão contemporâneo, os direitos fundamentais têm como objetivo estabelecer e preservar as condições básicas para uma vida digna e livre. Além dessa interpretação ampla, que é a mais relevante para o contexto atual, existe uma definição mais específica e normativa: direitos fundamentais são aqueles que são reconhecidos como tais pela legislação vigente.

No mesmo contexto, conforme ensina a doutrina Curso de Direito Ambiental de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2023, p. 349), a nova configuração ecológica do Estado de Direito, sob a perspectiva de uma Constituição Ecológica, impõe um dever

jurídico vinculante a todos os poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário). A não observância de seus deveres, seja por ação ou omissão, pode resultar em práticas inconstitucionais ou ilícitas que autorizam a responsabilização do Estado por danos causados a terceiros, além dos danos ao meio ambiente em si.

Por fim, em consonância com a Constituição Federal, os direitos fundamentais englobam tanto a proteção à saúde, um direito de segunda dimensão, quanto o direito ao meio ambiente, um direito de terceira dimensão, ambos interligados ao princípio da dignidade humana. Esses direitos refletem as necessidades da sociedade moderna em busca de uma vida digna e saudável. Consequentemente, o Estado tem a responsabilidade de garantir a efetivação desses direitos, o que inclui o controle sobre a produção, comercialização e uso de substâncias que possam comprometer a qualidade de vida e o meio ambiente.

3.3 DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA REGULAMENTAÇÃO DOS AGROTÓXICOS.

Antes de tudo, é pertinente enfatizar que a regulamentação dos agrotóxicos figura como um dos temas mais complexos da contemporaneidade, pois envolve desafios cruciais e perspectivas multifacetadas. A necessidade de balancear a eficiência na produção agrícola com a proteção ambiental e a saúde pública tem gerado intensos debates e pressões regulatórias em níveis global, nacional e local. No contexto brasileiro, país líder mundial no consumo de agrotóxicos, a discussão se intensifica pela variedade de interesses envolvidos: da indústria agroquímica à comunidade científica, passando por agricultores, ambientalistas e consumidores.

Em 2019, o IBGE e o Ministério da Saúde realizaram a PNS, abordando 94.111 domicílios com 93,6% de taxa de resposta, usando um questionário tripartido para coletar dados detalhados. O estudo analisou a exposição a agrotóxicos e metais pesados no trabalho, considerando variáveis como sexo, idade, raça, educação, renda, setor de trabalho, região e local de residência. A prevalência de exposição foi calculada com intervalos de confiança de 95% e a associação entre variáveis foi testada com Qui-quadrado de Pearson. A análise abrangeu o Brasil e suas regiões usando o Software Stata 16.0 (Silva, 2023, p. 28-29).

No estudo com 52.832 participantes, 55,6% eram homens e a maioria vivia em áreas urbanas (87,5%). A faixa etária predominante foi de 40 a 59 anos (40,5%). A exposição a substâncias químicas foi de 13,8%, mais alta no Sul (16,8%) e Centro-Oeste (15,1%) do Brasil. Homens tiveram uma exposição 2,3 vezes maior que as mulheres. Jovens de 15 a 17 anos e idosos de 70 a 79 anos na região Sudeste apresentaram menor exposição. A exposição variou por raça/cor e escolaridade, sendo menor entre aqueles com ensino superior completo. Moradores de áreas rurais e de baixa renda mostraram maiores taxas de exposição, especialmente na agricultura, seguida pela indústria (Silva, 2023, p. 30-31).

As disparidades observadas, como a maior exposição entre homens, residentes em áreas rurais e de menor renda, destacam a necessidade urgente de políticas públicas voltadas para a proteção e segurança ocupacional. A análise por variáveis sociodemográficas como idade, raça e educação sublinha a importância de estratégias direcionadas que possam reduzir esses impactos desproporcionais, promovendo ambientes de trabalho mais seguros e saudáveis para todos os trabalhadores rurais.

Efetivamente, a partir da década de 1970, o Brasil começou a utilizar agrotóxicos em larga escala, e até o final dos anos 1980, não havia uma preocupação significativa com a presença e contaminação do solo e das águas, tanto superficiais quanto subterrâneas. A regulamentação inicial sobre agrotóxicos no país remonta ao Decreto-Lei 24.114, de 12 de abril de 1934, que estabeleceu o Regulamento da Defesa Sanitária Vegetal com força de lei. Desde então até a promulgação da Lei nº 7.802, de 1989, a matéria era principalmente regulada por portarias ministeriais dos Ministérios da Agricultura e da Saúde (Gomes e Barizon, 2014, p. 7).

Dessa forma, com a evolução das discussões sobre o uso de organoclorados destacaram-se como um exemplo significativo, com evidências apontando para seu potencial carcinogênico. Entre os pesquisadores da área médica, a epidemiologista Devra Lee Davis foi uma das figuras que estabeleceu a conexão entre o câncer e o uso desses compostos, o que a tornou alvo de diversas iniciativas por parte da indústria e seus representantes. Associações empresariais financiaram estudos científicos conduzidos por especialistas favoráveis à indústria, com o objetivo de contradizer evidências científicas que sugerem os danos significativos da dioxina, por exemplo (Rampton e Stauber, 2002, p. 14).

Considerando a importância da segurança alimentar como um direito fundamental garantido pela Constituição Federal, é crucial ampliar o diálogo com a sociedade e aumentar a transparência das informações relacionadas aos agrotóxicos. Isso inclui divulgar os estudos toxicológicos realizados e os critérios utilizados na autorização de novos agrotóxicos no país (Lopes, 2021, p. 10).

Para isso, os desafios da regulamentação dos agrotóxicos no Brasil também envolvem reconciliar a necessidade de aumentar a produção agrícola com a proteção da saúde humana e ambiental, pois

além das questões de segurança alimentar, há preocupações crescentes sobre a eficácia dos mecanismos de controle e monitoramento dos agrotóxicos, especialmente diante da complexidade dos efeitos a longo prazo dessas substâncias.

A sociedade e organizações ambientais têm pressionado por uma regulamentação mais rigorosa e por políticas que promovam práticas agrícolas sustentáveis, visando mitigar os impactos negativos dos agrotóxicos na saúde e no ecossistema.

Ademais, Costa observa que, a legislação brasileira em relação aos agrotóxicos é consideravelmente mais permissiva. No Brasil, o limite de concentração desses produtos na água potável é permitido em níveis até 5 mil vezes superiores aos estabelecidos pela Comunidade Europeia. Além disso, os agrotóxicos utilizados aqui apresentam maiores riscos à saúde, sendo que muitos deles já foram proibidos em seus países de origem. No total, 30% dos 504 agrotóxicos permitidos no Brasil são vetados na União Europeia (Costa, 2018, p. 348).

Em síntese, diante do cenário desafiador relacionado aos agrotóxicos no Brasil, é crucial que o país adote uma postura firme em prol de práticas agrícolas sustentáveis e seguras. A implementação de políticas públicas mais rigorosas, aliada ao aumento da transparência e do diálogo com a sociedade, pode garantir a proteção da saúde humana e do meio ambiente, sem comprometer o crescimento agrícola. Além disso, é necessário fortalecer a fiscalização e incentivar a pesquisa e o desenvolvimento de alternativas menos agressivas, como os defensivos biológicos. Alinhar-se aos padrões internacionais de segurança e sustentabilidade é um passo fundamental para assegurar um futuro mais equilibrado e saudável para as próximas gerações.

Adiante, o próximo capítulo tratará da recente Lei de Agrotóxicos nº 14.785/2023, sancionada após um extenso debate no legislativo. O

objetivo é realizar uma análise aprofundada dessa nova legislação em comparação com a antiga Lei nº 7.802/1989, destacando as principais inovações, os desafios e as mudanças significativas trazidas pela nova norma.

4 A NOVA LEI DE AGROTÓXICOS

A nova Lei de agrotóxicos nº 14.785/2023, sancionada após um longo processo legislativo, representa uma importante atualização em relação à antiga Lei nº 7.802/1989, que regulava o uso de agrotóxicos no Brasil.

Ao longo deste capítulo, será realizada uma análise comparativa entre ambas as leis, destacando os principais avanços e desafios trazidos pela nova norma, bem como serão abordados os aspectos relativos à centralização do processo de registro, as implicações jurídicas dessas mudanças e os possíveis impactos ambientais e de saúde pública, além de questões relacionadas à responsabilidade criminal e à fiscalização dos agrotóxicos.

4.1 A LEI Nº 14.785/2023 - EVOLUÇÃO E COMPARAÇÃO ANALÍTICA

A antiga Lei de Agrotóxicos (nº 7.802/1989) foi criada em um contexto de crescente preocupação com o uso de agrotóxicos no Brasil, especialmente como resultado da pressão social para destacar que essas substâncias eram prejudiciais tanto à saúde quanto ao meio ambiente. Anteriormente, eram conhecidas como “defensivos agrícolas”, uma expressão criticada por ambientalistas, que argumentam que ela sugere erroneamente que esses produtos

são nocivos apenas para as pragas, e não para os seres humanos (Bastos, 2017, p. 174).

Em contraste, a nova lei de agrotóxicos nº 14.785/2023 foi promulgada em um contexto bastante diferente. Desde a década de 1980, o Brasil se tornou um dos maiores exportadores agrícolas do mundo, com o agronegócio desempenhando um papel central na economia do país. No entanto, a legislação anterior, que inicialmente foi vista como uma medida necessária de proteção, passou a ser percebida por muitos no setor como obsoleta e excessivamente burocrática, dificultando o acesso a novas tecnologias e produtos que poderiam aumentar a eficiência e a competitividade da agricultura brasileira.

Desse modo, a nova lei foi desenvolvida para modernizar e acelerar os processos de registro de agrotóxicos, em resposta às pressões do agronegócio, que buscava um ambiente regulatório mais ágil e favorável à inovação, refletindo essa necessidade de atualização em um mundo globalizado e tecnicamente avançado, onde a capacidade de adaptação rápida é essencial para manter a competitividade no mercado internacional.

O novo marco regulatório para agrotóxicos é o resultado de um extenso processo legislativo que se estendeu por mais de 20 anos e envolveu mais de 40 propostas relacionadas ao Projeto de Lei nº 1.459 de 2022 do Senado, o qual tramitou na Câmara dos Deputados sob o número PL nº 6.299 de 2002. De modo que a nova lei, revoga explicitamente a legislação anterior, é composta por 16 capítulos e 66 artigos, e oferece uma divisão mais detalhada sobre as responsabilidades civil, administrativa e criminal (Silva, 2024 p. 89).

Ao longo do tempo, diversas propostas foram incorporadas ao PL nº 6.299/2002, buscando desde a simplificação do processo de registro até a substituição de termos como “antídoto” e “agrotóxico”

por “pesticida”, termo considerado mais moderno e menos pejorativo. Após 23 anos, o projeto foi sancionado como a nova Lei de Agrotóxicos, Lei nº 14.785/2023, que manteve o termo “agrotóxico”, apesar das tentativas de mudança, e introduziu novas categorias de produtos. Além de estabelecer prazos específicos para a conclusão dos processos de registro (Santos, 2024, p. 103 a 106).

A relevância de regulamentos legais para o controle de substâncias perigosas é inquestionável. No contexto das substâncias químicas usadas para o combate a pragas e doenças na agricultura, a “Lei dos Agrotóxicos” de 1989 (Lei nº 7.802/89) desempenhava um papel crucial. Antes desta lei, a regulamentação do setor era baseada em um decreto de 1934 (Decreto nº 24.114), uma época em que os produtos organossintéticos, ainda não eram empregados como agrotóxicos. Entre os diversos temas abordados pela Lei, o processo de registro de agrotóxicos era de grande relevância. O registro determina se uma substância ou produto pode ser usado e sob quais condições, definindo a maior parte dos aspectos relacionados ao controle e uso dos agrotóxicos. Embora o registro de agrotóxicos já existisse anteriormente, a “Lei dos Agrotóxicos” foi vista como um progresso significativo para a proteção da saúde pública e ambiental (Garcia, 2005, p.01).

Ademais, a antiga Lei nº 7.802/1989 mencionava apenas o prazo para impugnações ou cancelamento de registros, que não deveria ultrapassar 90 dias, conforme o Art. 5º, § 2º, e previa que os resultados fossem divulgados, sugerindo uma resposta rápida a possíveis riscos. Em contrapartida, a nova Lei de Agrotóxicos define prazos específicos para a conclusão dos processos de registro, estabelecendo um cronograma mais rígido e rápido para a aprovação ou rejeição dos produtos, visando aumentar a eficiência e a previsibilidade no registro

de novos agrotóxicos, respondendo às demandas do setor agrícola por menos burocracia.

Art. 3º Os agrotóxicos, os produtos de controle ambiental, os produtos técnicos e afins, de acordo com as definições constantes do art. 2º desta Lei, somente poderão ser pesquisados, produzidos, exportados, importados, comercializados e utilizados se previamente autorizados ou registrados em órgão federal, nos termos desta Lei. § 1º A conclusão dos pleitos de registro e suas alterações deverão ocorrer nos seguintes prazos, contados da sua submissão: I - produto novo - formulado: 24 (vinte e quatro) meses; II - produto novo - técnico: 24 (vinte e quatro) meses; III - produto formulado: 12 (doze) meses; IV - produto genérico: 12 (doze) meses; V - produto formulado idêntico: 60 (sessenta) dias; VI - produto técnico equivalente: 12 (doze) meses; VII - produto atípico: 12 (doze) meses; VIII - Registro Especial Temporário (RET): 30 (trinta) dias; IX - produto para a agricultura orgânica: 12 (doze) meses; X - produto à base de agente biológico de controle: 12 (doze) meses; XI - pré-mistura: 12 (doze) meses; XII - conjunto de alterações do art. 26 desta Lei: 30 (trinta) dias; XIII - demais alterações: 180 (cento e oitenta) dias (Brasil, 2023).

Por outro lado, a nova legislação introduz restrições rigorosas ao registro de agrotóxicos, proibindo aqueles que, mesmo com a adoção de medidas de controle, ainda apresentem riscos inaceitáveis à saúde humana ou ao meio ambiente, conforme as condições de uso recomendadas. Entende-se que este rigor é essencial para assegurar que os produtos químicos utilizados na agricultura não tragam danos significativos, refletindo uma preocupação crescente com a segurança e a sustentabilidade. Assim, o artigo 2º da lei desempenha um papel crucial ao fornecer definições e classificações fundamentais, que não apenas guiam a interpretação do próprio texto legal, mas também servem como referência para a aplicação de uma ampla gama de regulamentos no setor agrícola. Composta por 66 artigos,

a legislação adota uma abordagem técnica detalhada, abordando de maneira minuciosa questões como resíduos, embalagens, registro, qualificação, controle, inspeção e fiscalização de agrotóxicos (Brasil, 2023).

Com a introdução da nova Lei, torna-se crucial monitorar a regulamentação que será estabelecida através de decretos e normas administrativas, que definirão em detalhes como a legislação será aplicada na prática no setor agrícola. Além de que, a responsabilidade criminal associada ao uso de agrotóxicos ainda apresenta um alto nível de abstração e ambiguidade, o que exige uma vigilância constante por parte de profissionais do setor, a fim de garantir que suas atividades estejam em conformidade com as exigências legais (Turíbio, 2024, p. 25 e 26).

Outrossim, conforme descrito nos artigos 5º a 11º da Lei, estão contidas as atribuições dos órgãos federais, estaduais e distritais. No âmbito legislativo e regulamentar, cabe principalmente à União a responsabilidade de editar as normas relacionadas, enquanto aos estados e ao Distrito Federal é atribuída a competência suplementar para regulamentar todo o conteúdo da lei. Os municípios, por sua vez, têm competência suplementar limitada ao uso e armazenamento de agrotóxicos, produtos de controle ambiental e seus derivados. A fiscalização permanece sob a responsabilidade dos órgãos competentes da União, dos estados e dos municípios, com os estados e o Distrito Federal tendo acesso aos registros federais para apoiar suas atividades de fiscalização (Luz, 2024, p. 01).

A principal preocupação está nas lacunas presentes em pontos essenciais para a aplicação do princípio da precaução, necessário para assegurar a segurança alimentar, a saúde dos trabalhadores e a preservação ambiental. Falta uma abordagem mais ampla que leve em conta não apenas as questões regulatórias, mas também os

efeitos socioeconômicos e de saúde pública relacionados ao uso de agrotóxicos (Santos, 2024, 109).

Portanto, a transição da antiga Lei de Agrotóxicos nº 7.802/1989 para a nova Lei nº 14.785/2023 reflete uma mudança significativa no contexto socioeconômico do Brasil, com o país consolidando sua posição como uma potência agrícola global, de modo que a nova legislação busca modernizar e tornar mais eficiente o processo de registro de agrotóxicos, em resposta às demandas do agronegócio por menos burocracia e maior competitividade internacional. Todavia, essa modernização traz desafios, especialmente em relação à preservação da segurança ambiental e da saúde pública, exigindo uma regulamentação cuidadosa e uma vigilância contínua para assegurar que os avanços econômicos não venham à custa da sustentabilidade e da saúde da população. A necessidade de uma aplicação prática eficaz, combinada com a clareza na responsabilização criminal, será essencial para que a nova lei atenda às expectativas do setor agrícola enquanto protege os direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

4.2 CENTRALIZAÇÃO DO REGISTRO DE AGROTÓXICOS: IMPLICAÇÕES JURÍDICAS E DESAFIOS AMBIENTAIS

O Congresso Nacional estabeleceu que o Ministério da Agricultura assumirá competência exclusiva para o registro de pesticidas e produtos de controle ambiental, ao rejeitar parcialmente o veto (VET 47/2023) da Presidência da República à Lei dos Agrotóxicos (Lei 14.785/2023). O Poder Executivo argumentou que essa alteração extingue o modelo tripartite de registro e controle de agrotóxicos, adotado no Brasil desde 1989, o qual se baseia na cooperação entre

as áreas de agricultura, meio ambiente e saúde. Com a derrubada do veto, também foi restabelecida a possibilidade de que pedidos de registro de produtos contendo ingredientes ativos em reanálise sejam aprovados pelo órgão agrícola antes mesmo da conclusão da reavaliação. O governo federal, contudo, criticou essa disposição, alegando que ela viola o princípio da precaução e compromete direitos fundamentais, como a vida, a saúde e o equilíbrio ambiental (Senado, 2024, p. 01).

A possibilidade de aprovação de produtos ainda em reavaliação levanta críticas, especialmente quanto à violação do princípio da precaução, o que pode resultar em judicialização no Supremo Tribunal Federal, envolvendo debates sobre saúde pública e meio ambiente.

Igualmente, é crucial ultrapassar a fragmentação nas ações governamentais e evitar que setores atuem isoladamente em questões como o impacto dos agrotóxicos na saúde e no meio ambiente. Ações intersetoriais, que conversam entre si, são indispensáveis para enfrentar situações complexas. Quando o Estado se fragmenta ou se omite diante dos riscos presentes em cada etapa da cadeia dos agrotóxicos, as intervenções perdem força, prejudicando a sociedade. Os agrotóxicos impactam diretamente o SUS, que, segundo a Lei 8080/1990, deve participar da regulamentação e controle de todas as etapas de produção e manuseio de substâncias que afetam a saúde do trabalhador (Uff, 2024).

À vista disso, também é válido destacar que a agricultura moderna, ligada à lógica capitalista, concentra a produção em poucos produtos, resultando na diminuição da biodiversidade e na degradação do solo. Essa degradação exige o uso crescente de fertilizantes e defensivos químicos, prejudicando ainda mais a saúde do solo. As sementes geneticamente modificadas, projetadas para serem mais resistentes a pragas, dependem do uso conjunto de agrotóxicos e

fertilizantes. E ainda, o sistema de patentes sobre sementes transforma a alimentação em uma mercadoria, já que o seu uso e comercialização requerem pagamentos às empresas detentoras das patentes. O acesso a máquinas e equipamentos agrícolas, que também possuem altos custos, se torna um desafio para muitos produtores, contribuindo para a dívida de outros (Teixeira, 2022, p. 453).

Para auxiliar nesta questão, a tecnologia tem desempenhado um papel fundamental na redução do uso de agrotóxicos, com o desenvolvimento de drones e robôs capazes de detectar pragas e problemas nas plantações, permitindo, assim, a aplicação precisa de pesticidas apenas nas áreas afetadas. Essa abordagem, como demonstrado por testes da University of Sydney, reduziu significativamente o volume de agrotóxicos usados. Países como a Dinamarca já conseguiram reduzir em 50% o uso de agrotóxicos sem afetar a produtividade. Outras soluções incluem a agricultura de precisão, que promove o equilíbrio ambiental, o uso de estações agrometeorológicas e biopesticidas, que são mais seletivos e degradam rapidamente, causando menos danos à fauna local (Ribeiro, 2022, p. 198 e 199).

Nesse diapasão, o antigo artigo 14 da Lei 7.802/89 estabelecia que os diversos atores envolvidos na cadeia de uso dos agrotóxicos – desde a produção até a destinação das embalagens – poderiam ser responsabilizados administrativamente, civilmente e penalmente pelos danos à saúde humana e ao meio ambiente, caso não cumprissem a legislação. A nova Lei 14.785/23, nos artigos 49 e 50, mantém esse entendimento em relação às responsabilidades civil e administrativa, sem prejuízo das penalidades previstas. Dessa forma, permanece a possibilidade de aplicar simultaneamente as esferas civil, administrativa e penal para quem produzir, comercializar, ou destinar inadequadamente resíduos ou embalagens de agrotóxicos ou

produtos de controle ambiental. Quem não seguir as normas da nova lei também poderá ser penalizado criminalmente, conforme o artigo 57, e administrativamente, segundo o artigo 51, além de estar sujeito a reparações civis (Pes, 2024, p. 92).

Um dos argumentos a favor da nova Lei é que sua aprovação tornaria o Brasil mais competitivo no mercado internacional do agronegócio. Todavia, a validade desse argumento deve ser questionada. Sabe-se que o Brasil é um dos líderes globais na produção e exportação de commodities agrícolas, e o setor agropecuário tem crescido continuamente, com um aumento paralelo no uso de agrotóxicos. O crescimento no uso desses produtos químicos pode ter um efeito negativo na competitividade internacional, como demonstrado por casos em que navios com soja brasileira foram forçados a voltar devido à não conformidade com normas internacionais de agrotóxicos. Assim, investir em agrotóxicos pode representar um risco econômico para o setor, já que a contaminação ambiental e os danos à biodiversidade e à saúde humana podem levar a efeitos econômicos adversos a longo prazo (Uff, 2024).

Significativamente, a Lei nº 14.785/2023 representa um avanço na estruturação do setor agrícola, proporcionando maior segurança jurídica. No entanto, é essencial monitorar a regulamentação da lei através de decretos e normas administrativas, que irão especificar os critérios para sua aplicação prática no campo. Além disso, a responsabilidade criminal ainda apresenta um elevado grau de indefinição e subjetividade, demandando cuidado por parte dos profissionais para assegurar que suas atividades estejam em conformidade com a legalidade e os requisitos da legislação (Luz, 2024, p. 01).

Por fim, com a recente mudança na legislação, que centraliza o registro de agrotóxicos no Ministério da Agricultura e

consequentemente, enfraquece o modelo tripartite de controle, levanta questões importantes sobre a segurança e a eficácia das novas normas. Muito embora a nova lei tenha como objetivo modernizar e agilizar o processo de registro de agrotóxicos, a sua implementação pode comprometer significativamente o rigor da avaliação dos impactos ambientais e à saúde, especialmente por este processo de reanálise ser realizado por um órgão que não possui capacidade técnica adequada.

Adiante, será abordado o papel do Estado no controle e fiscalização dos agrotóxicos, com uma análise detalhada das implicações das recentes mudanças na legislação. Serão examinados os impactos dessas modificações na capacidade do Estado para supervisionar e regulamentar o uso de pesticidas e produtos de controle ambiental, explorando se a nova abordagem legislativa é capaz de equilibrar a modernização do processo com a necessidade de proteção adequada para os cidadãos e o ecossistema.

4.3 CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DOS AGROTÓXICOS PELO ESTADO E A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL

O controle e fiscalização dos agrotóxicos pelo Estado, juntamente com a responsabilização penal, são temas centrais na legislação ambiental brasileira. A Constituição Federal de 1988 elevou o direito ao meio ambiente equilibrado ao status de direito fundamental, atribuindo ao Poder Público e à sociedade o dever de preservá-lo. A Lei nº 14.785/2023, que atualizou a legislação sobre agrotóxicos, reforçou essa responsabilidade ao reclassificar condutas e ampliar sanções administrativas e penais, especialmente para o uso e comercialização irregular de agrotóxicos, ressaltando a necessidade de equilíbrio e proporcionalidade nas sanções aplicadas.

No Brasil, a proteção ao meio ambiente foi expressamente constitucionalizada apenas em 1988, com a entrada em vigor da atual Constituição Federal, que elevou o direito a um meio ambiente equilibrado ao status de direito fundamental. No Título VIII, Capítulo VI, a Constituição trata exclusivamente da proteção ambiental, com destaque para o artigo 225, que constitui o eixo central das normas ambientais. O referido artigo estabelece que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, atribuindo ao Poder Público e à sociedade a responsabilidade de protegê-lo e preservá-lo para as gerações presentes e futuras (Coratto, 2022, p. 50 e 51).

Ou seja, essa disposição é fundamental pois reconhece que a proteção do meio ambiente não é um dever exclusivo do Estado, mas uma tarefa coletiva, compartilhada entre o Poder Público e a sociedade. Desse modo, ao impor essa responsabilidade conjunta, a Constituição busca garantir que o cuidado com o meio ambiente seja contínuo, visando não apenas as necessidades da geração atual, mas também a preservação para as futuras gerações.

A nova legislação incorporou grande parte do conteúdo penal previsto no artigo 15 da antiga Lei 7.802/89 no artigo 51 da Lei 14.785/23, que trata da responsabilização administrativa. Ademais, os textos dos antigos artigos 14, 15 e 16 da Lei 7.802/89 foram transferidos para os novos artigos 50 e 51 da Lei 14.785/23, resultando na reclassificação de várias condutas antes descritas como delitos, que agora se enquadram apenas nas esferas cível e administrativa (Pes, 2024, p. 89).

Além disso, a Lei 14.785/23, no artigo 46, estende a responsabilização penal e administrativa a quem fabricar, transportar, utilizar ou vender agrotóxicos sem registro ou autorização. Nesse contexto, o princípio do “ne bis in idem” (proibição de dupla punição)

não se aplica. A própria Constituição, no artigo 225, §3º, prevê a possibilidade de aplicar sanções penais e administrativas, além da obrigação de reparar os danos ambientais. Entretanto, é importante que essa regra seja interpretada com cautela para evitar que o Estado exerça uma intervenção excessiva sobre os cidadãos, garantindo que a aplicação das sanções ocorra de forma equilibrada e proporcional (Pes, 2024, p. 92).

A Constituição prevê que, nos casos de ilícitos ambientais e de improbidade, devem ser aplicadas sanções penais e administrativas de forma independente. A legislação infraconstitucional amplia esse princípio para outros tipos de ilícitos. No entanto, essa independência entre as esferas não é absoluta, uma vez que não se admite automaticamente a aplicação cumulativa de sanções penais e administrativas sem limites. Pelo contrário, legislações recentes e decisões de tribunais internacionais indicam que a dupla sanção só pode ocorrer quando certos critérios forem observados, como a existência de regras claras e a garantia da proporcionalidade, evitando uma ação estatal excessiva em diferentes esferas jurídicas sobre os cidadãos. Assim, é necessário reconhecer uma independência relativa entre essas instâncias (Mendes, Buonicore, De-Lorenzi, 2022, p. 17).

Dessa maneira, entende-se que as mudanças trazidas pela Lei 14.785/23 em relação à Lei 7.802/89, especialmente no que diz respeito à reclassificação de condutas que antes eram tipificadas como crimes, mas que agora se enquadram nas esferas cível e administrativa. Embora a nova legislação mantenha a possibilidade de responsabilização penal, como no caso de fabricação ou uso de agrotóxicos sem registro, ela ressalta a importância de evitar a aplicação excessiva de sanções. O princípio constitucional “ne bis in idem” (que impede a dupla punição) é relativizado no contexto ambiental, onde a Constituição permite tanto sanções penais quanto administrativas,

desde que observados critérios como proporcionalidade e clareza das normas.

O Direito Penal não deve intervir em qualquer conduta que cause conflito social, pois nem todo comportamento em desarmonia com o grupo necessita de atuação penal. O papel desse ramo do direito é restrito, sendo aplicado apenas quando os demais ramos jurídicos não conseguem proteger adequadamente os bens jurídicos fundamentais. Sua função é subsidiária, reservada à tutela dos bens indispensáveis à sociedade, garantindo a maior liberdade possível ao interferir o mínimo necessário (Tozzi, 2014, p. 118).

Nesse contexto, o princípio da intervenção mínima atua como um direcionamento fundamental que restringe o poder punitivo do Estado, estabelecendo que a criminalização de uma conduta só é válida quando se mostra absolutamente indispensável para prevenir ofensas graves a bens jurídicos relevantes e essenciais à convivência social, evitando, assim, a banalização do direito penal e promovendo uma aplicação mais justa e proporcional das normas penais (Bitencourt, 2023, p. 28).

Isto é, a aplicação criteriosa do Direito Penal é fundamental, destacando seu caráter subsidiário e sua limitação à proteção dos bens jurídicos mais essenciais. O princípio da intervenção mínima atua como uma barreira contra o uso excessivo do poder punitivo do Estado, assegurando que a criminalização seja reservada apenas para situações em que outras áreas do direito não sejam suficientes para garantir a proteção social, conforme estabelecido no artigo 5º da Constituição, que assegura direitos fundamentais. Além disso, o artigo 225 ressalta a responsabilidade compartilhada na proteção ambiental. Assim, o Direito Penal deve ser visto como um recurso de última instância, visando equilibrar a proteção dos interesses coletivos com a preservação das liberdades individuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo investigar o uso de agrotóxicos no Brasil, abordando suas origens, evolução legislativa e os impactos sobre a saúde pública e o meio ambiente, sob a perspectiva das recentes alterações promovidas pela Lei nº 14.785/2023, e à luz dos princípios constitucionais. A Constituição Federal de 1988, ao garantir o direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impõe ao Estado o dever de zelar por políticas públicas que assegurem esses direitos fundamentais. O estudo revelou que, embora os agrotóxicos tenham sido fundamentais para o aumento da produtividade agrícola, sobretudo a partir da Revolução Verde, os efeitos adversos para a saúde humana e o meio ambiente são inegáveis, gerando uma tensão entre o desenvolvimento econômico e a proteção dos direitos constitucionais.

Os resultados apontaram que, apesar da nova legislação trazer avanços importantes em termos de agilidade e segurança jurídica para o agronegócio, ela também levanta preocupações, sobretudo em relação à flexibilização do controle sobre produtos potencialmente perigosos e à desproteção do meio ambiente, especialmente com a introdução do conceito de “risco aceitável”. A discrepância entre os critérios de segurança adotados no Brasil e em outros países, como os da OCDE, reforça a necessidade de uma regulamentação mais rigorosa e de uma fiscalização eficaz.

Além dos desafios relacionados à saúde pública e ao meio ambiente, a pesquisa identificou que a falta de transparência no processo de aprovação e na reavaliação toxicológica de agrotóxicos é um obstáculo relevante. O fato de o Brasil permitir o uso de muitos agrotóxicos proibidos em países da OCDE aponta para uma política que

privilegia a competitividade no mercado internacional em detrimento de padrões mais rigorosos de segurança. Tal prática evidencia a necessidade de um maior rigor na análise de substâncias e de uma maior participação da sociedade civil na formulação dessas políticas, a fim de equilibrar interesses econômicos com a proteção da saúde coletiva.

Outrossim, as políticas públicas de incentivos fiscais que estimulam o uso intensivo de agrotóxicos representam um ponto de destaque no debate sobre o impacto ambiental da agricultura brasileira. Embora desempenhem um papel fundamental no acesso a esses produtos, essas medidas frequentemente perpetuam práticas que desconsideram os efeitos de longo prazo sobre o meio ambiente. A pesquisa revelou que a ausência de políticas voltadas à transição para alternativas mais sustentáveis, como o manejo integrado de pragas e a agricultura orgânica, agrava esse cenário. Nesse contexto, a revisão dessas políticas torna-se uma ação urgente para mitigar os danos socioambientais decorrentes do uso intensivo de agrotóxicos.

Por fim, os resultados desta pesquisa sugerem que o futuro da agricultura brasileira depende de um equilíbrio entre a manutenção de sua competitividade no mercado global e a implementação de uma legislação que promova práticas agrícolas mais sustentáveis. A modernização trazida pela Lei nº 14.785/2023, apesar de seus avanços, deve ser acompanhada de um esforço contínuo para fortalecer mecanismos de fiscalização e garantir que os princípios de precaução sejam respeitados.

Dessa forma, a modernização do setor agrícola, como promovida pela Lei nº 14.785/2023, também coloca em evidência o papel da ciência e da inovação tecnológica no desenvolvimento de soluções mais seguras para o uso de agrotóxicos. Investimentos em pesquisa e na adoção de práticas agrícolas mais sustentáveis, como o uso de

biopesticidas e técnicas de agricultura de precisão, podem reduzir a dependência de produtos químicos altamente tóxicos. No entanto, na prática pode se tornar mais difícil essa transição, pois para essas práticas exige incentivos econômicos e um compromisso por parte do Estado e do setor privado, além de maior conscientização dos produtores sobre os benefícios de longo prazo dessas alternativas para a saúde e o meio ambiente.

Sendo assim, o sucesso da legislação e das políticas de uso de agrotóxicos no Brasil depende de um esforço conjunto entre governo, indústria e sociedade. A pesquisa reforça que a segurança alimentar, a proteção ambiental e à saúde devem ser pilares centrais na formulação de políticas agrícolas, e isso só será possível com regulamentações mais transparentes, fiscalização eficaz e um maior engajamento na promoção de práticas agrícolas sustentáveis. O caminho para uma agricultura que equilibre produtividade e sustentabilidade requer uma mudança de paradigma, em que o cuidado com a saúde humana e com os recursos naturais seja tão importante quanto o crescimento econômico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jennifer Vieira Almeida. O uso de agrotóxicos no Brasil e a violação aos direitos fundamentais. Faculdades Doctum, Caratinga. Minas Gerais. 2019. Disponível em: <http://hdl.handle.net/123456789/3477>. Acesso em 05 abr. 2024.

ANVISA. Monografias de agrotóxicos. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/acessoainformacao/dadosabertos/informacoes-analiticas/monografias-de-agrotoxicos>. Acesso em 10. abr. 2024.

ANVISA. Registrar agrotóxico. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/registrar-agrotoxico#:~:text=Para%20obter%20o%20registro%20no,Ambiente%20e%20dos%20Recursos%20Naturais>). Acesso em 11. abr. 2024.

ANVISA. Publicada reclassificação toxicológica de agrotóxicos. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2019/publicada-reclassificacao-toxicologica-de-agrotoxicos>. Acesso em: 15 mai. 2024.

BASTOS, G. N.; ESQUIVEL, C. L. W. O CONTRABANDO DE AGROTÓXICOS E A VIOLAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: ESTUDO DE CASO NA REGIÃO OESTE DO PARANÁ. Ciências Sociais Aplicadas em Revista, [S. l.], v. 17, n. 33, p. 170–191, 2017. Disponível em: <https://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/18637>. Acesso em: 18 ago. 2024.

BITENCOURT, Cezar R. Tratado de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120). v. 1. Disponível em: Minha Biblioteca, (29th edição). Editora Saraiva, 2023.

BOBBIO, Norberto, 1909- A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965. Institucionaliza o crédito rural. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4829.htm#:~:text=L4829&text=Institucionaliza%20o%20cr%C3%A9dito%20rural.&text=Art.,o%20bem%20Destar%20do%20povo. Acesso em: 08 abr. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.785, de 27 de dezembro de 2023. Nova Lei de Agrotóxicos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14785.htm. Acesso em 17 mar. 2024.

BRASIL - MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. A Declaração Universal dos Direitos Humanos aos 70 anos. 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/dudh70/a-declaracao>>. Acesso em: 21 jun. 2024.

CORATTO, Bruno Pinto; TURATTI, Luciana. *Extrafiscalidade às avesas: análise da constitucionalidade das normas de concessão de benefícios fiscais a agrotóxicos à luz da proteção à saúde humana e ao meio ambiente*. Iguatu, CE: Quipá Editora, 2022. 122 p. ISBN 978-65-5376-066-0. DOI: 10.36599/qped-ed1.170. Disponível em: <https://contraosagrototoxicos.org/wp-content/uploads/2023/06/EXTRAFISCALIDADES-AS-AVESSAS-livro.pdf>. Acesso em: 22 set. 2024.

COSTA, Ana Maria. A questão dos agrotóxicos rompe os limites da ética da preservação da saúde e da vida. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-1104201811700>. Acesso em: 19 jun. 2024.

CUNHA, Lucas Neves da; SOARES, Wagner Lopes. Impacto econômico e social do uso de agrotóxicos no Brasil. Cad. Saúde Pública [online]. 2020, vol. 36, n. 7. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/K9WLmgGMD5sxzZXjTvcwckv/#>. Acesso em: 15 mai. 2024.

D'AMATO, Claudio; TORRES, João P. M.; MALM, Olaf. DDT (Dicloro Difetil Tricloroetano): Toxicidade e Contaminação Ambiental - Uma Revisão. Instituto de Biofísica Carlos Chagas Filho, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/qn/a/BzwjyybkzCgvjX6tpykf9gf/?lang=pt#>. Acesso em 09 abril. 2024.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 23. São Paulo Saraiva Jur 2023 1 recurso online ISBN 9786555599411.

FRIEDRICH, Karen, et al. Situação regulatória internacional de agrotóxicos com uso autorizado no Brasil: potencial de danos sobre a saúde e impactos ambientais. Instituto Biomédico, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00061820>. Acesso em: 18 mai. 2024.

GARCIA, Eduardo; BUSSACOS, Marco Antonio; FISCHER, Frida Marina. Impacto da legislação no registro de agrotóxicos de maior toxicidade no Brasil. *Rev. Saúde Pública* 39 (5). Out 2005. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rsp/a/NvKCGJR8t5QP3tTMdqd3GDy/>>. Acesso em 02 set. 2024.

GOMES, Maria Aparecida Fernandes; BARIZON, Robson Ricardo Machado. Panorama da contaminação ambiental por agrotóxicos e nitrato de origem agrícola no Brasil: cenário 1992/2011. Documentos 98. Jaguariúna: Embrapa Meio Ambiente, maio 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2LlaQdk>. Acesso em: 19 jun. 2024.

GIROTTTO, João Carlos. Introdução Ilegal de Agrotóxicos em Solo Pátrio. Conflito Aparente de Normas – Artigo 334 do Código Penal Brasileiro e Artigo 56 da Lei N° 9.605/98. Monografia. 2009. Disponível em: <https://periodicoshom.pf.gov.br/index.php/RSPC/article/view/87>. Acesso em: 15 abr. 2024.

GRUPO Pet Veterinária. A importância do controle de ectoparasitos em pequenos animais. 2021. Disponível em: [https://sites.unipampa.edu.br/petveterinaria/edicao-no3-maio-de-2021-a-importancia-do-controle-de-ectoparasitos-em-pequenos-animais/#:~:text=Ectoparasitas%20s%C3%A3o%20artr%C3%B3podes%20que%20entram,que%20causam%20as%20famosas%20sarnas\)](https://sites.unipampa.edu.br/petveterinaria/edicao-no3-maio-de-2021-a-importancia-do-controle-de-ectoparasitos-em-pequenos-animais/#:~:text=Ectoparasitas%20s%C3%A3o%20artr%C3%B3podes%20que%20entram,que%20causam%20as%20famosas%20sarnas)). Acesso em 17 mai. 2024.

INSTITUTO HEINRICH BÖLL BRASIL. Atlas do Agrotóxico 2024 - Segunda Edição. São Paulo: Instituto Heinrich Böll Brasil. São Paulo, 2024. Disponível em: <https://br.boell.org/sites/default/files/2024-05/240416-atlas-do-agrotoxico-2024-segunda-edicao.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2024.

LONDRES, Flavia Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida. – Rio de Janeiro: AS-PTA – Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011.

LOPES, Carla Vanessa Alves; ALBUQUERQUE, Guilherme Souza Cavalcanti. Agrotóxicos e seus impactos na saúde humana e ambiental: uma revisão sistemática. Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba. Paraná. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-1104201811714>. Acesso em 18 mai. 2024.

LOPES, Carla Vanessa Alves, et al. Desafios e avanços no controle de resíduos de agrotóxicos no Brasil: 15 anos do Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos. Cadernos de Saúde Pública, v. 37, n. 5, e00116219, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00116219>. Acesso em: 19 jun. 2024.

LUZ, Fernando Henrique. Comentários sobre a nova Lei de Agrotóxicos. Consultor Jurídico, 17 de janeiro de 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jan-17/comentarios-sobre-a-nova-lei-de-agrotoxicos-lei-no-14-785-2023/>. Acesso em 01 set. 2024.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2023.

PERES, Frederico; MOREIRA, Josino Costa. É veneno ou é remédio?: agrotóxicos, saúde e ambiente [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2003. 384 p. ISBN 85-7541-031-8. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/sg3mt/pdf/peres-9788575413173.pdf>. Acesso em 11 mai. 2024.

PES, João Hélio Ferreira; PES, João Gabriel Parmeggiani. O uso de agrotóxicos e seus impactos ambientais: uma revisão bibliográfica. Revista Disciplinarum Scientia. Série: Ciências da Saúde, v. 21, n. 2, p. 89, 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufn.edu.br/index.php/disciplinarumSA/article/view/4870/3334>. Acesso em: 22 set. 2024.

RAMPTON, Sheldon; STAUBER, John. Trust us, we're experts PA: how industry manipulates science and gambles with your future. Tarcher-Perigee, 14 Jan. 2002.

RIBEIRO, Luiz Augusto de Oliveira, et al. Panorama sobre o uso de agrotóxicos no Brasil (2009-2019): Riscos, benefícios e alternativas. Zenodo, 2022. Disponível em: <https://zenodo.org/record/7321800>. Acesso em: 22 out. 2024.

SANTOS, Leyce Oliveira. LEGALIZAÇÃO DE AGROTÓXICOS NO BRASIL: CRISE AXIOLÓGICA CONTEMPORÂNEA E EXAME DAS REPERCUSSÕES SOBRE OS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://repositorio.ufms.br/retrieve/06c29a7e-4d96-4648-8346-b32c6fed64b2/DISSSERTA%C3%87%C3%83O%20-%20LEYCE%20OLIVEIRA%20SANTOS%20-%20Vers%C3%A3o%20final%20com%20ata%20%281%29.pdf>. Acesso em 18/08/2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. 12. São Paulo Saraiva Jur 2023 1 recurso online ISBN 9786553624771

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito ambiental. 4. Rio de Janeiro Forense 2023 1 recurso online ISBN 9786559648603.

SCHIESARI, Luis. Defensivos agrícolas: Como evitar danos à saúde e ao meio ambiente. Série boas práticas. Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia. 2012. Disponível em: https://ipam.org.br/wp-content/uploads/2012/08/defensivos_agri%CC%81colas_como_evitar_danos_a%CC%80.pdf. Acesso em: 18 mai. 2024.

SENADO. Registro de pesticidas caberá apenas ao Ministério da Agricultura. <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/05/09/registro-de-pesticidas-cabera-apanas-ao-ministerio-da-agricultura>. Acesso em: 03 de set. 2024.

SILVA, João; OLIVEIRA, Maria. A importância da nova legislação sobre agrotóxicos para a saúde pública. *Disciplinarum Scientia Agroambiental*, 2024. Disponível em: <https://periodicos.ufn.edu.br/index.php/disciplinarumSA/article/view/4870/3334>. Acesso em: 9 set. 2024.

SILVA, Luiz Sérgio, et al. Ambiente, saúde e agrotóxicos: desafios e perspectivas na defesa da saúde humana, ambiental e do(a) trabalhador(a). São Carlos: Pedro & João Editores, 2023. 396p. 16 x 23 cm. ISBN: 978-65-265-0564-9 [Digital] DOI: 10.51795/9786526505649. Disponível em: https://pedroejoaoeditores.com.br/2022/wp-content/uploads/2023/06/EBOOK_Ambiente-saude-e-agrotoxicos.pdf. Acesso em: 18 jun. 2024.

TEIXEIRA, Leile Silvia Candido. A fome na reprodução do capital: uma análise do alimento mercadoria. In: Revista Katálýsis. Florianópolis, vol. 25. núm. 3. 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1982-0259.2022.e86274>. Acesso em: 28 set. 2024.

TOZZ, Rodrigo Henrique Branquinho Barboza. A função social da propriedade no novo Código Civil brasileiro: uma análise crítica. Revista Eletrônica da FMU, 2014. Disponível em: <https://revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/435>. Acesso em: 22 set. 2024.

TURÍBIO, Rita de Cássia Batista da Silva. Análises morfoanatômicas e fisiológicas em plantas de interesse socioambiental de *Copaifera langsdorfii* (Fabaceae), expostas ao glifosato. Disponível em: <https://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/6942/1/Rita%20de%20C%C3%A1ssia%20Batista%20da%20Silva%20Turibio%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2024.

VEIGA, Marcelo Motta. Agrotóxicos: eficiência econômica e injustiça socioambiental. 1 Escola Nacional de Saúde Pública, Fiocruz, Magui-nhos. Rio de Janeiro. 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232007000100017>. Acesso em: 04 abr. 2024.

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE. UFF responde: agrotóxicos e o projeto de lei que flexibiliza seus usos. Disponível em: <https://www.uff.br/?q=noticias/09-01-2024/uff-responde-agrotoxicos-e-o-projeto-de-lei-que-flexibiliza-seus-usos>. Acesso em: 09 set. 2024.

UNRIC - United Nations Regional Information Centre. O que são os Direitos Humanos? Disponível em: <https://unric.org/pt/o-que-sao-os-direitos-humanos/>. Acesso em: 21 jun. 2024.

ANÁLISE JURÍDICA DA REGULAMENTAÇÃO DA INTERNAÇÃO DOMICILIAR HOME CARE AOS PACIENTES ACOMETIDOS COM ATROFIA MUSCULAR ESPINHAL (AME)

Jaqueline Spiassi¹

Cristhian Magnus de Marco²

RESUMO

Este estudo realiza uma análise jurídica sobre a regulamentação da internação domiciliar (*home care*) e seus impactos na assistência a pacientes com Atrofia Muscular Espinhal (AME). A pesquisa explora os fundamentos constitucionais e legais que asseguram o direito à saúde e à dignidade da pessoa humana, destacando os desafios enfrentados para a concessão do *home care*, tanto no setor público quanto no setor privado. No Brasil, apesar de a Constituição Federal garantir o direito à saúde, a ausência de regulamentação específica e as limitações orçamentárias muitas vezes dificultam o acesso a esse tipo de assistência. Além disso, operadoras de planos de saúde frequentemente negam a cobertura do *home care*, resultando na crescente judicialização desse direito. O Poder Judiciário tem se mostrado essencial na garantia deste direito, suprindo a ineficácia das políticas públicas e privadas. O trabalho explora o papel do Poder Judiciário na garantia de acesso à internação domiciliar, especialmente para pacientes com condições de saúde graves como a AME, que tem se mostrado essencial na garantia deste direito. O estudo sugere a necessidade de legislação mais clara e eficaz para assegurar o direito à saúde e ao tratamento humanizado para pacientes com AME, reduzindo a dependência de ações judiciais. Conclui-se que a regulamentação adequada e a integração de esforços entre o poder público, o setor privado e o Judiciário são fundamentais para assegurar o direito à saúde de forma eficiente e digna.

¹ Discente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc; jaquelinespiassi@gmail.com

² Docente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc; cristhiandemarco@gmail.com

Palavras-chave: Internação domiciliar, *home care*, Atrofia Muscular Espinhal, direito à saúde, dignidade da pessoa humana.

1 INTRODUÇÃO

A saúde, consagrada como direito social fundamental pela Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), assume papel central na garantia da dignidade humana, sendo dever do Estado prover condições adequadas de acesso e assistência a todos os cidadãos. Entre as diversas modalidades de cuidado oferecidas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a internação domiciliar (*home care*) tem ganhado destaque como alternativa humanizada e eficiente para o tratamento de pacientes que necessitam de cuidados contínuos e intensivos, como aqueles acometidos pela Atrofia Muscular Espinhal (AME).

A AME é uma doença genética rara que compromete o sistema neuromuscular, resultando na fraqueza e atrofia dos músculos voluntários. As formas mais graves da doença, que afeta principalmente crianças, demandam acompanhamento constante e uso de aparelhos que auxiliam nas funções respiratórias, na alimentação e em todas as atividades habituais. Essas necessidades tornam o *home care* uma opção essencial e humanizada, pois oferece um ambiente familiar e adequado, proporcionando ao paciente maior conforto e qualidade de vida. Apesar dos benefícios evidentes da internação domiciliar, a regulamentação desse tipo de assistência no Brasil ainda enfrenta diversos desafios. No âmbito do SUS, o *home care* é uma opção que busca assegurar o acesso a cuidados de saúde em ambiente domiciliar, mas a implementação desse serviço esbarra em limitações orçamentárias e burocráticas. Além disso, no setor privado, as operadoras de planos de saúde

frequentemente se negam a fornecer esse tipo de assistência, o que leva muitos pacientes e seus familiares a buscarem a via judicial para garantir o acesso ao tratamento necessário.

A judicialização da saúde tem se tornado uma realidade cada vez mais presente no Brasil, especialmente em relação ao *home care* para pacientes com condições graves como a AME. A falta de regulamentação clara, tanto no setor público quanto no privado, e a resistência das operadoras de saúde em cobrir os custos de internação domiciliar, mesmo diante de prescrição médica, resultam em um aumento significativo de ações judiciais. Essas ações buscam assegurar que o direito à saúde, garantido constitucionalmente, seja efetivado, permitindo que os pacientes recebam cuidados adequados no conforto de seus lares junto a sua família.

O cenário enfrentado pelos pacientes com AME no município de Concórdia, SC, reflete as dificuldades gerais do sistema de saúde brasileiro na concessão de serviços de *home care*. Todos esses pacientes, a maioria crianças, necessitam de assistência domiciliar devido à gravidade da doença e às exigências de tratamento. No entanto, o acesso ao *home care* enfrenta barreiras tanto no poder público quanto no setor privado. A falta de recursos financeiros adequados e a ausência de políticas públicas mais específicas dificultam a oferta contínua desse tipo de atendimento, gerando insegurança para as famílias que dependem dele para a manutenção da vida e da qualidade de seus entes queridos.

Nesse contexto, este estudo busca analisar os aspectos jurídicos que envolvem a concessão da internação domiciliar a pacientes com AME, discutindo os fundamentos legais que amparam esse direito, bem como os obstáculos enfrentados na prática para sua implementação. A discussão abrange tanto a perspectiva do poder público quanto das operadoras de planos de saúde, destacando a importância de uma

abordagem mais eficiente e humanizada para garantir o acesso ao home care.

Ademais, será explorado o papel do Poder Judiciário na resolução de conflitos relacionados ao acesso à saúde, com ênfase na judicialização do home care. O Judiciário tem sido uma instância de fundamental importância na garantia de direitos que, por diversas razões, não são plenamente assegurados pelas esferas administrativas. A análise de decisões judiciais relacionadas ao home care em casos de AME oferece uma visão clara sobre como a jurisprudência brasileira tem interpretado e aplicado o direito à saúde em situações críticas, reafirmando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, este trabalho propõe-se a discutir as implicações jurídicas da internação domiciliar para pacientes com AME e, e identificar os principais entraves e soluções jurídicas possíveis para aprimorar a oferta desse serviço. A partir de uma revisão dos fundamentos constitucionais e normativos, bem como da análise de decisões judiciais, busca-se contribuir para o desenvolvimento de políticas públicas mais inclusivas e eficazes, que garantam a todos os pacientes o direito a uma vida digna, mesmo diante de condições de saúde tão complexas como a Atrofia Muscular Espinhal.

2 INTERNAÇÃO DOMICILIAR HOME CARE A PACIENTES ACOMETIDOS POR AME

Neste capítulo, são abordados os fundamentos jurídicos e teóricos-doutrinários que sustentam a discussão sobre a internação domiciliar, destacando os principais argumentos de cada perspectiva.

Os fundamentos jurídicos e teóricos-doutrinários que embasam a concessão da internação domiciliar, home care, são essenciais para garantir o cumprimento do direito à saúde no Brasil. Esse direito,

assegurado pela Constituição Federal de 1988, impõe ao Estado a obrigação de oferecer serviços de saúde de forma universal e integral, contemplando modalidades como a internação domiciliar. Além disso, o conceito de dignidade da pessoa humana, também previsto na Constituição, orienta a interpretação jurídica para assegurar que os pacientes tenham acesso a cuidados adequados, especialmente em casos de doenças complexas, como a Atrofia Muscular Espinhal AME.

A relevância desses fundamentos jurídicos é amparada por normas que regulamentam a prestação de serviços de saúde, incluindo as diretrizes da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e as determinações do Sistema Único de Saúde (SUS). Leis e tratados internacionais ratificados pelo Brasil também complementam esse arcabouço, garantindo que a internação domiciliar seja uma opção viável para preservar a qualidade de vida dos pacientes. Assim, o direito à saúde, quando associado à dignidade humana, exige do poder público e das operadoras de saúde um atendimento que respeite a individualidade e as necessidades dos pacientes em seus próprios lares.

2.1 TESESEFUNDAMENTOSJURÍDICOSETEÓRICOS- DOUTRINÁRIOSQUE NORTEIAM O TEMA

A internação domiciliar home care é uma alternativa viável e humanizada para pacientes que necessitam deste tipo de cuidado, incluindo aqueles acometidos por AME.

Os fundamentos jurídicos para a concessão de internação domiciliar, aos pacientes acometidos por Atrofia Muscular Espinhal (AME) estão alicerçados no direito à saúde, assegurado pela Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988). Esse direito social fundamental impõe ao Estado a responsabilidade de prover serviços

de saúde de forma equitativa e integral, incluindo a internação domiciliar, quando necessária. Além da legislação nacional, tratados internacionais ratificados pelo Brasil reforçam essa proteção. Além disso, a dignidade da pessoa humana, princípio constitucional, orienta as decisões judiciais relacionadas ao acesso a tratamentos, como o home care, garantindo que os pacientes recebam cuidados adequados em um ambiente familiar, promovendo qualidade de vida e respeito à integridade física e moral.

A Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988), no artigo 6º, garantiu o direito à saúde como parte dos direitos sociais, respaldado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o qual adota os princípios da universalidade, integralidade, equidade e participação social. Portanto, todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil fazem jus ao direito à saúde, sem distinção de renda. Nesse sentido, a Constituição Federal (Brasil, 1988), ao dispor os direitos e garantias fundamentais, inclui um conjunto de direitos sociais que devem ser providos pelo Estado, de forma direta ou indireta (Silva, 2009, p. 286-287).

Além da Constituição Federal (Brasil, 1988) – a primeira a reconhecer o direito à saúde como fundamental –, existem, no ordenamento jurídico brasileiro diversas Leis e normas que determinam a regulamentação do funcionamento do sistema de saúde e a alocação de recursos para garantir a prestação adequada de serviços à população.

Adicionalmente aos aspectos garantidos pela Carta Magna (Brasil, 1988), é importante também considerar os pactos internacionais ratificados e incorporados na legislação nacional, os quais, somados aos dispositivos constitucionais, formam o conjunto de direitos e obrigações concernentes à saúde no Brasil. Assim, o aspecto jurídico da saúde vai além de ser apenas um direito fundamental, é também

uma obrigação do Poder Público, conforme artigos 196 e 197 da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Conforme estabelecido no tratado internacional de Direitos Humanos, via Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992 (Brasil, 1992), a saúde é um direito fundamental, reconhecido como garantia de acesso a cuidados adequados para todas as pessoas. Os direitos fundamentais se dividem em direitos individuais, sociais e de fraternidade. Nesse contexto, a proteção dos direitos fundamentais requer a implementação eficaz de políticas públicas que atendam às necessidades da população.

O direito à saúde pressupõe que o Poder Público, por meio de políticas públicas, assegure acesso a serviços básicos, como cuidados médicos, medicamentos, prevenção, educação em saúde e acesso à informação e, também, demanda sistemas de saúde acessíveis, disponíveis e de qualidade (Bonavides, 1993, p. 517).

Quando as políticas públicas são ineficazes, a população se vê obrigada, muitas vezes, a buscar meios alternativos para atender às suas necessidades. Nesse cenário, emerge o fenômeno da judicialização da saúde, na tentativa de suprir eventual carência na prestação desse serviço (Mendes, 2015, p. 667).

A garantia do direito à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana estão diretamente ligados ao fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, em razão da dificuldade de acesso pelo sistema público ou privado de saúde. Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana deve orientar as práticas jurídicas e garantir o acesso a tratamentos adequados e necessários para a preservação da vida dos cidadãos. Entretanto, muitas vezes, os pacientes enfrentam dificuldades para obter autorização e cobertura de plano de saúde ou do poder público para tratamentos de alta complexidade, a exemplo do home care (Galhote, 2014, p. 103).

A dignidade da pessoa humana também é um princípio fundamental garantido pela Constituição (Brasil, 1988), que reconhece a importância intrínseca e inalienável de cada ser humano. Orientada a interpretação e a aplicação no ordenamento jurídico, serve como base para a proteção dos direitos fundamentais e individuais. Ela implica o respeito à autonomia, à integridade física e moral, à liberdade, à igualdade e à dignidade de cada indivíduo (Leão, 2019, p. 45).

A relação entre a dignidade da pessoa humana e a concessão do home care é significativa, visto se tratar de uma assistência diretamente ligada à garantia da dignidade da qualidade da vida dos pacientes que necessitam desse tipo de cuidado, já que possibilitará autonomia e qualidade de vida; integridade e privacidade; acesso a tratamento adequado; e humanização do atendimento, bem como permite que os pacientes recebam cuidados de saúde de forma digna, respeitosa e personalizada no ambiente familiar (Leão, 2019, p. 63).

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) é a agência reguladora responsável por fiscalizar e regular o setor de planos de saúde no Brasil. Criada pela

Lei n. 9.961/2000 (Brasil, 2000), a ANS tem como objetivo promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, garantindo o acesso, a qualidade e a adequação dos serviços prestados pelas operadoras de planos de saúde. Estabelece normas e diretrizes para o ideal funcionamento das operadoras de planos de saúde, visando proteger os beneficiários e assegurar a sustentabilidade do setor (Seyfferth, 2018, p. 52).

No contexto do home care, a ANS possui normativas específicas, como a Resolução Normativa n. 428/2017, que estabelece diretrizes para a prestação de serviços de assistência domiciliar pelas operadoras de planos de saúde. Essas normas visam garantir a

qualidade, a segurança e a adequação dos cuidados prestados aos beneficiários em seus domicílios, em conformidade com a legislação vigente (Seyfferth, 2018, p. 80).

O Código Civil Brasileiro, instituído pela Lei n. 10.406/2002 (Brasil, 2002), é a principal norma que regula as relações jurídicas de natureza civil no Brasil. No contexto do home care e da assistência domiciliar, o Código Civil estabelece diversos princípios e regras que podem ser aplicados às questões relacionadas à prestação de serviços de saúde no ambiente domiciliar, como a responsabilidade civil; contratos e prescrição médica. Em conjunto com outras normas e regulamentações específicas, fornece o arcabouço legal para a regulamentação e a garantia da prestação de serviços de home care e assistência domiciliar, assegurando a proteção dos direitos dos pacientes e a qualidade dos cuidados de saúde prestados no ambiente domiciliar (Seyfferth, 2018, p. 42).

No âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a internação domiciliar é regulamentada pela Lei Federal n. 8.080/90 e pela Portaria de Consolidação n. 5, de 28 de setembro de 2017, é uma modalidade de cuidado que faz parte das Redes de Atenção à Saúde (RAS). Essa modalidade é composta por um conjunto de ações realizadas diretamente no domicílio, abrangendo desde a prevenção e tratamento de doenças até a reabilitação dos pacientes. A implementação da Política Nacional de Atenção Domiciliar, em 2011, buscou responder às crescentes demandas por alternativas ao cuidado hospitalar, alinhando-se aos princípios constitucionais do SUS de universalidade, integralidade e equidade na prestação de serviços de saúde (Braga, 2016, p. 904).

2.2 OBSTÁCULOS LEGISLATIVOS INVOCADOS PARA A NÃO CONCESSÃO DE INTERNAÇÃO DOMICILIAR

A obtenção de internação domiciliar home care para pacientes acometidos com AME frequentemente esbarra em uma série de desafios legislativos. Um dos principais obstáculos é a falta de legislação específica que rege a concessão desse serviço de maneira geral, não apenas restrita à AME. Portanto, nesta seção são discutidos os obstáculos legislativos encontrados na concessão de internação domiciliar home care. Inicialmente, são destacados os obstáculos impostos pelo poder público e, na sequência, os obstáculos da iniciativa privada, a qual é regida pela Lei n. 9.656/1998 (Brasil, 1998), que trata dos planos de saúde.

2.2.1 Obstáculos impostos pelo poder público

A concessão de atendimento domiciliar, home care, enfrenta diversos obstáculos legislativos, que envolvem tanto a comprovação da necessidade clínica quanto a disponibilidade de recursos públicos. O processo de autorização para esse tipo de serviço exige uma análise criteriosa e o Poder Judiciário adota uma postura cautelosa, fundamentada em evidências técnicas, como perícia médica e estudos sociais, a fim de garantir que o paciente realmente necessite de cuidados em regime domiciliar. Além disso, a falta de regulamentação específica e as limitações orçamentárias do Estado são entraves que dificultam a oferta adequada desse atendimento, sendo a teoria da reserva do possível uma justificativa frequente para a não concessão do serviço.

O home care foi regulamentado no SUS inicialmente pela Portaria nº 2.529/2006, que estabeleceu a internação domiciliar para pacientes estáveis. A Portaria nº 2.029/2011 expandiu esse conceito,

integrando o Programa Melhor em Casa, consolidado pela Portaria nº 963/2013, que definiu a atenção domiciliar como complemento à hospitalização. Finalmente, a Portaria nº 825/2016 consolidou os critérios de habilitação e organização dos Serviços de Atenção Domiciliar (SAD) (Rajão, 2020, p. 1868).

Os obstáculos legislativos invocados pelo poder público para a não concessão domiciliar home care não possuem uma vertente única, mas diversas. Para justificar o fornecimento de atendimento diário em regime de internação domiciliar, é requerida a comprovação de que o paciente necessita de cuidados similares aos que receberia em um ambiente hospitalar, mas de forma domiciliar, como garantia de que a internação domiciliar seja reservada para casos em que o paciente realmente necessite desse nível de assistência. Além do mais, torna-se necessário comprovar a gravidade da condição de saúde que demanda cuidados constantes e atenção contínua. Isto significa que a internação domiciliar não é concedida de forma arbitrária, mas apenas para casos em que a situação de saúde do paciente exige esse tipo de cuidado, de modo que fique plenamente demonstrado (Avila, 2021, p. 31).

A decisão de conceder esse tipo de garantia é tomada com base em evidências sólidas e fundamentadas, evitando concessões desnecessárias ou injustificadas. Portanto, torna-se necessário a realização de perícia técnica e estudo social, com a finalidade de verificar a real necessidade do paciente em receber internação domiciliar home care. É comum que seja solicitada a realização de uma perícia técnica, geralmente feita por profissionais da área da saúde, e um estudo social, que avalia as condições do paciente e de sua família. Esses procedimentos visam garantir que a concessão desse tipo de cuidado seja feita de forma adequada e justa (Avila, 2021, p. 30).

Outro ponto a ser destacado são os desafios de restrição orçamentária e financeira enfrentada pelo poder público na oferta do home care. A ausência de regulamentação específica do serviço de atendimento domiciliar é um entrave significativo, uma vez que a falta de diretrizes claras e específicas pode dificultar a implementação e prestação desse tipo de serviço de saúde. Além disso, as alegações de ausência de responsabilidade na prestação do serviço público e a falta de previsão orçamentária demonstram a complexidade e os desafios burocráticos que podem impedir a efetivação do home care para os pacientes que necessitam desse tipo de cuidado (Lamarao, 2020, p. 168).

A teoria da reserva do possível pode ser considerada um obstáculo para a concessão de assistência à saúde pelo Poder Público, é um princípio que reconhece que o Estado tem limitações financeiras e recursos escassos para atender a todas as demandas da sociedade, incluindo a área da saúde. Assim, quando há alegação de escassez de recursos públicos disponíveis para atender a determinada demanda de saúde, a reserva do possível pode ser invocada como justificativa para negar ou limitar a prestação do serviço de saúde necessário (Gonçalves, 2021, p. 32)

É possível inferir que a reserva do possível e a necessidade de equilíbrio orçamentário podem ser considerados obstáculos legislativos para a não concessão de determinados serviços de saúde, como o fornecimento do home care, nos casos em que o Poder Judiciário entende que a demanda individual possa comprometer o atendimento de toda a coletividade concomitantemente a escassez de recursos públicos e a necessidade de priorização de atendimento em situações de crise, que podem ser vistas como um obstáculo legislativo para a concessão de determinados obstáculos legislativos (Gonçalves, 2021, p. 30).

A necessidade de inscrição de agentes dos quadros do serviço público em um programa federal para receber treinamento e repasse de verbas também se apresenta como um obstáculo, já que a não realização desse processo público pode dificultar a capacitação necessária para a prestação adequada do tratamento domiciliar. A necessidade de contar com o Sistema Único de Saúde (SUS) em razão das limitações financeiras pode afetar tanto a qualidade quanto a disponibilidade dos serviços de atendimento domiciliar, destacando a importância crucial de políticas públicas eficazes e de estratégias de financiamento apropriadas (Lamarão, 2020, p. 174).

Além disso, as decisões judiciais que afetam a administração pública também podem ser uma barreira a se enfrentar, em relação à intervenção do Poder Judiciário nos limites orçamentários do Estado. A efetivação de direitos sociais por meio de ordens judiciais gera custos significativos para o Erário, o que levanta questões sobre a responsabilidade do Judiciário. Mendes (2015, p. 667) aponta que, embora o Judiciário não deva criar políticas sociais e econômicas na saúde, é sua função verificar se as políticas dos órgãos competentes garantem o acesso universal e igualitário. O autor ainda destaca que, mesmo quando a oferta de medicamentos estejam previstos nas políticas de saúde, problemas de gestão podem impedir seu fornecimento à população, evidenciando a necessidade de um Judiciário vigilante e fiscalizador.

2.2.2 Obstáculos impostos pela iniciativa privada

A iniciativa privada, especialmente os planos de saúde, enfrenta diversos obstáculos relacionados à concessão do home care. A ausência de previsão contratual específica e a interpretação restritiva do rol de procedimentos da ANS frequentemente resultam na negativa

da cobertura, mesmo em casos em que o home care é essencial para a saúde do paciente. Além disso, cláusulas contratuais abusivas, divergências entre a prescrição médica e o entendimento do plano de saúde, e a necessidade de liminares judiciais para assegurar o atendimento domiciliar são obstáculos recorrentes. A interferência das operadoras na autonomia médica e a falta de uma justificativa jurídica sólida para obrigar a concessão do home care evidenciam a complexidade da questão. A judicialização, embora um recurso possível, onera tanto pacientes quanto operadoras, refletindo as lacunas regulatórias na saúde suplementar.

Diferentemente do Poder Público, na regulamentação da iniciativa privada, os planos de saúde se baseiam em uma série de argumentos para as negativas de cobertura home care. A ausência de previsão contratual específica para o serviço de internação domiciliar, tanto na Lei n. 9.656/1998 (Brasil, 1998) quanto nas normas da ANS, conduzem à negativa da cobertura do home care (Amorim, 2021, n.p). Essa ausência de previsão contratual, muitas vezes, baseia-se em uma interpretação restritiva do rol de procedimentos da ANS, alegando que tais procedimentos não estão expressamente previstos (Silva, 2023, p. 29-30).

Em alguns casos, são elaboradas cláusulas contratuais abusivas, que excluem a cobertura do home care, mesmo quando essencial para garantir a saúde e a vida do segurado, consideradas nulas de acordo com o Código de Defesa do Consumidor (CDC) (Amorim, 2021, n.p). Isso pode ocorrer quando o contrato do plano de saúde não menciona explicitamente a cobertura para serviços domiciliares ou quando há exclusões específicas para esse tipo de serviço (Silva, 2023, p. 44). Há casos em que se considera home care como uma mera extensão dos serviços de internação hospitalar, variando apenas o local de

prestação, o que pode ser utilizado para justificar a não concessão do serviço (Amorim, 2021, n.p).

Outros motivos que conduzem a não concessão da internação domiciliar são divergências entre o plano de saúde e a prescrição médica quanto à necessidade do serviço de home care, o que pode ser utilizado como argumento para negar a concessão (Amorim, 2021, n.p). Além do mais, a negativa administrativa das operadoras de saúde, quando muitas vezes negam o fornecimento de home care mesmo diante da apresentação de requerimentos médicos, configura uma interferência direta na conduta dos profissionais de saúde e na autonomia médica (Silva, 2023, p. 43).

Existe, adicionalmente, uma carência de justificativa jurídica plausível para obrigar as operadoras de planos de saúde a fornecerem internação domiciliar, gerando incertezas e onerando excessivamente as atividades privadas (Silva, 2023, p. 40). A necessidade de liminares judiciais para garantir o acesso ao home care pode gerar custos adicionais e impactar o orçamento das operadoras de planos de saúde, o que pode ser um fator que contribui para a não concessão desse serviço de forma mais ampla aos pacientes (Afonso, 2017, p. 89).

Ainda pode ocorrer invasão de competência do poder judiciário em casos de negativa de home care, uma vez que a regulação desses serviços é atribuição da ANS, o que gera questionamentos sobre a atuação dos órgãos competentes (Silva, 2023, p. 45). Todavia, a judicialização tem sido utilizada como meio de garantir o acesso à atenção domiciliar, evidenciando a complexidade e as lacunas existentes na regulação desse tipo de serviço na saúde suplementar.

Adicionalmente, um dos obstáculos para a concessão de home care pelos planos de saúde é a falta de regras claras que diferenciem assistência domiciliar de home care. Enquanto o home care é

indispensável para pacientes que necessitam de cuidados contínuos e especializados no domicílio, a assistência domiciliar é muitas vezes tratada de forma mais simplificada, com base em um sistema de pontos. Esse sistema utiliza a tabela de Avaliação de Complexidade Assistencial - ABEMID, que não atende à complexidade necessária para definir quando o home care deve ser concedido, causando incertezas e limitações na cobertura pelos planos de saúde. Isso resulta em dificuldades para pacientes que dependem de uma atenção mais especializada e contínua em suas residências. (Dal Bem, 2005, p.2)

A recusa injustificada da operadora do plano de saúde em fornecer o home care pode ser considerada abusiva, indo contra a boa-fé contratual e os direitos do consumidor. Nesses casos, o paciente tem o direito de buscar amparo no Poder Judiciário para garantir o acesso ao tratamento adequado (Carvalho, 2016, p. 246).

2.3 CONTEXTUALIZAÇÃO DE CASOS NA COMARCA DE CONCÓRDIA QUE TRATAM DE PEDIDOS DE HOME CARE PARA OS PACIENTES COM AME.

A análise dos casos de home care em Concórdia mostra a dependência das famílias do Judiciário para obter esse direito, refletindo entraves legislativos e administrativos. A seguir, serão discutidos os obstáculos legais que impulsionam essa judicialização e impactam o acesso ao tratamento adequado. Até onde se tem conhecimento, todos os processos relacionados à solicitação de atendimento médico domiciliar home care para crianças com Atrofia Muscular Espinhal (AME) envolvem menores de idade e, por isso, correm sob segredo de justiça. Dessa forma, o acesso aos detalhes específicos dos casos é restrito, garantindo a privacidade e proteção das famílias e das crianças envolvidas.

O que se sabe até o momento é que nenhuma família conseguiu obter o home care de forma administrativa, ou seja, por meio de tratativas diretas com os planos de saúde ou pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Todas as famílias precisaram recorrer ao Poder Judiciário para assegurar o direito ao tratamento adequado. Em todos os casos, o atendimento domiciliar foi concedido por decisão judicial, o que evidencia a necessidade de judicializar para obter esse tipo de assistência.

No município de Concórdia, em Santa Catarina, seis crianças com AME tiveram a concessão do home care por meio de decisões judiciais. Destas, uma foi contemplada pelo plano de saúde SC Saúde, duas pelo plano São Camilo, uma pela Unimed e duas pelo SUS. Cada uma dessas famílias enfrentou diversos desafios ao longo do processo, incluindo dificuldades financeiras devido aos custos relacionados ao tratamento, atrasos significativos na implementação das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma sensação constante de insegurança quanto ao futuro da saúde de suas crianças.

Embora a concessão do home care tenha sido garantida judicialmente, sabe-se que muitos desses processos ainda estão em tramitação. Mesmo após a decisão inicial, as famílias precisam frequentemente recorrer à justiça por meio de pedidos de cumprimento de sentença, buscando garantir que as medidas anteriormente determinadas sejam efetivamente cumpridas. Em diversos casos, é necessário solicitar providências intermediárias para que o tratamento seja mantido com a eficácia necessária, uma vez que atrasos ou falhas na implementação podem comprometer a saúde das crianças.

Essa situação ilustra a complexidade enfrentada por famílias que precisam de tratamento contínuo e especializado para doenças graves como a AME. Além da luta pela vida de seus filhos, elas ainda precisam lidar com a burocracia e a lentidão do sistema, buscando

assegurar o direito ao tratamento adequado por vias judiciais, o que impõe um fardo emocional e financeiro considerável.

2.4 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA DE DIREITOS SOCIAIS CONCERNENTES À CONCESSÃO DO HOME CARE

A compreensão do papel do Judiciário na garantia de direitos fundamentais relacionados ao home care evidencia a relevância das decisões judiciais na proteção da dignidade e da saúde dos pacientes. A seguir, serão abordados os impactos dessas decisões na vida dos segurados e na conduta das operadoras de planos de saúde, destacando a dimensão prática da atuação judicial.

O papel do Judiciário na garantia de direitos sociais, especialmente no que diz respeito à concessão de home care, tem ganhado destaque diante das frequentes disputas entre operadoras de planos de saúde e usuários. A ausência de regulamentação clara sobre a cobertura desse serviço domiciliar faz com que muitos contratos não contemplem explicitamente essa modalidade de atendimento, deixando os segurados em situação de vulnerabilidade. Diante dessa lacuna regulatória, cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a viabilidade do atendimento, considerando a necessidade clínica do paciente e o equilíbrio econômico-financeiro entre as partes. Dessa forma, o Judiciário desempenha um papel central na resolução desses conflitos, assegurando o acesso aos cuidados de saúde essenciais.

Nesse cenário, a atuação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem sido crucial para estabelecer parâmetros de concessão do home care. Ao definir critérios como a prescrição médica e a cobertura da doença pelo plano de saúde, o STJ tem orientado a conduta das operadoras, garantindo que os pacientes com necessidades

específicas tenham acesso ao atendimento domiciliar, mesmo que o contrato não o preveja expressamente. Além disso, a interpretação das cláusulas contratuais sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, que favorece o usuário em casos de dúvida, reforça a importância da tutela jurídica na proteção dos direitos dos pacientes. Assim, o Judiciário se posiciona como um agente fundamental na defesa dos direitos sociais, especialmente no que se refere ao acesso à saúde.

A relação entre operadoras de planos de saúde e seus usuários frequentemente gera conflitos, especialmente pela falta de regulamentação clara sobre o serviço de home care. Esse tipo de atendimento raramente é mencionado de forma explícita nos contratos, e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) não possui autoridade para alterar ou interpretar cláusulas contratuais. Assim, as disputas são levadas ao Poder Judiciário, onde a decisão se baseia na análise da necessidade clínica do paciente, sendo que a negativa de home care pode colocar sua vida em risco. O Judiciário também avalia a viabilidade legal e contratual, buscando garantir o equilíbrio econômico-financeiro entre as partes envolvidas.

Em muitos casos, o segurado precisa recorrer à Justiça, ajuizando uma ação ordinária de obrigação de fazer para forçar a operadora de saúde a fornecer a internação domiciliar. Essas ações envolvem uma análise detalhada de questões fáticas e probatórias, como a gravidade da doença e a necessidade de perícias médicas. O Judiciário, por sua vez, deve decidir com base no princípio do equilíbrio e da equidade, considerando as especificidades de cada caso. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem estabelecido critérios para o fornecimento de home care, como a cobertura da doença pelo plano e a existência de prescrição médica que indique a necessidade de internação domiciliar, ainda que o contrato não preveja expressamente esse serviço. Quando esses critérios são cumpridos, a operadora não pode recusar o

atendimento domiciliar, conforme reafirmado no julgamento do AgInt no AREsp 1450491/RJ (Brasil, 2020).

A jurisprudência sobre planos de saúde, especialmente no que tange ao home care, considera que esse atendimento é uma extensão do tratamento hospitalar previsto nos contratos. Além disso, cláusulas que limitam direitos devem ser claras e de fácil entendimento, conforme estipulado no artigo 54, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Em caso de dúvidas, a interpretação dessas cláusulas deve favorecer o consumidor, um entendimento reforçado no Recurso Especial n. 181.6768/PR. Essa diretriz busca garantir maior transparência e proteção ao usuário-consumidor, assegurando que ele tenha pleno conhecimento de seus direitos.

Nesse contexto, é crucial repensar as fórmulas de acesso ao Judiciário e as prioridades do sistema para fortalecer a proteção dos direitos fundamentais. Conforme destaca Martha Minow (1998, p. 116), “regras procedimentais são uma espécie de andaime que sustenta o constante esforço de construir e reconstruir a justiça”. Ela ressalta que um foco excessivo na preservação desse andaime pode desviar a atenção do objetivo principal. Portanto, o andaime deve ser capaz de se adaptar às necessidades de um projeto maior, mantendo-se suficientemente estável para garantir a justiça, mas também flexível o suficiente para ser desmontado e remontado quando necessário (Minow, 1998, p. 116).

Dentro do STF, existem paradigmas que podem ser transformados pela jurisprudência e pela atuação individual dos ministros. Diante da sobrecarga de processos, especialmente os relacionados a repercussões gerais, que resultam na suspensão das ações nas instâncias inferiores, priorizar casos que envolvem direitos fundamentais pode gerar impactos pedagógicos e simbólicos significativos. Entretanto, o acesso ao Judiciário é, muitas vezes, dificultado por interpretações restritivas,

conhecidas como “jurisprudência defensiva”, que acabam afetando desproporcionalmente os grupos mais vulneráveis. Para superar esses entraves, seria oportuno que o STF revisse sua interpretação sobre quem pode iniciar ações de controle de constitucionalidade, eliminando a exigência de demonstração de pertinência temática por entidades de classe, o que ampliaria o acesso da sociedade civil organizada ao controle de constitucionalidade (Pereira, 2016, p. 22).

Uma das principais vantagens da tutela diretamente no STF é a segurança jurídica proporcionada pela definitividade e caráter vinculante de suas decisões. Essas decisões, além de resolverem os conflitos, têm um papel pedagógico importante, pois sua ampla divulgação serve para educar e conscientizar sobre os direitos dos cidadãos. Nesse sentido, repensar as formas de acesso ao Judiciário e as prioridades do sistema é essencial para fortalecer a proteção dos direitos fundamentais. Como afirma Martha Minow (1998, p. 116), as regras processuais são comparáveis a um andaime que sustenta o contínuo esforço de construir a justiça, devendo ser estáveis, mas flexíveis o suficiente para atender às necessidades de um projeto maior.

Por fim, como aponta Braga Netto (2020), a jurisprudência desempenha um papel fundamental na construção da ordem constitucional, sobretudo na criação de soluções que valorizam a dimensão existencial das relações jurídicas. Assim, a jurisprudência se posiciona como um agente ativo na defesa dos direitos fundamentais, especialmente no âmbito da saúde, ao interpretar e aplicar normas jurídicas em casos específicos, garantindo a proteção dos direitos e promovendo a justiça social.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internação domiciliar, home care, surge como uma alternativa eficaz e humanizada para pacientes que necessitam de cuidados contínuos e intensivos, como os acometidos pela Atrofia Muscular Espinhal (AME). O home care, ao permitir que esses pacientes sejam tratados em casa, oferece benefícios como a redução de infecções hospitalares, maior conforto e a promoção de uma qualidade de vida mais digna e satisfatória. No entanto, sua implementação no Brasil enfrenta inúmeros desafios, principalmente em relação à sua regulamentação e à efetiva garantia de acesso, tanto pelo sistema público quanto pelo setor privado de saúde.

No contexto jurídico, o direito à saúde, previsto na Constituição Federal de 1988, e o princípio da dignidade da pessoa humana fundamentam o direito à internação domiciliar. Contudo, a análise dos casos em Concórdia, SC, revela que, na prática, a efetivação desse direito é frequentemente obstruída por barreiras legislativas e administrativas. No setor público, a falta de orçamento e de uma regulamentação específica para o home care são entraves significativos, enquanto no setor privado, as operadoras de planos de saúde muitas vezes negam a cobertura desse tipo de assistência, forçando os pacientes a buscarem a via judicial.

A judicialização da saúde tem desempenhado um papel crucial na garantia do home care para pacientes com AME, especialmente quando o sistema falha em fornecer esse serviço essencial. O Poder Judiciário, com base nos princípios constitucionais e nas garantias legais, tem se mostrado sensível às demandas dos pacientes e suas famílias, assegurando o acesso ao tratamento domiciliar em casos

em que a negativa de cobertura poderia colocar em risco a vida e a dignidade do paciente.

Todavia, é evidente que a judicialização, embora necessária em muitos casos, não deve ser a única solução para garantir o direito à saúde. É imperativo que políticas públicas mais claras e robustas sejam desenvolvidas para regulamentar o home care, tanto no âmbito do SUS quanto nas operadoras de planos de saúde.

Uma maior clareza jurídica e a criação de mecanismos de financiamento adequado são essenciais para reduzir a dependência do Judiciário e garantir que todos os pacientes, especialmente os que sofrem de AME, possam ter acesso ao tratamento adequado de maneira mais rápida e eficiente.

Por fim, conclui-se que, apesar dos avanços na conscientização sobre a importância do home care, muito ainda precisa ser feito para assegurar que esse serviço seja efetivamente acessível a todos que dele necessitam. O caminho para a melhoria desse cenário passa pela integração de esforços entre o poder público, o setor privado e o Poder Judiciário, visando garantir que o direito à saúde e à dignidade da pessoa humana sejam plenamente respeitados. A internação domiciliar, quando adequadamente regulamentada e acessível, pode transformar positivamente a vida de pacientes com AME e suas famílias, reafirmando a centralidade do ser humano na prestação de serviços de saúde

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DA SAÚDE. ANS. Resolução Normativa n. 428, de 07 de novembro de 2017. **Diário Oficial da União**, DF, 8 nov. 2017.

AVILA, C. L. **Perfil das ações judiciais relacionadas à atenção domiciliar no âmbito do Sistema Único de Saúde no Estado do Rio Grande do Sul**. 2021. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/231960>. Acesso em: 15 abr. 2024.

AMORIM, L. D. **Direito do idoso à saúde**: análise da judicialização no tribunal de justiça do estado do Rio de Janeiro na concessão do *home care* para a população idosa em 2019. 2021. Disponível em: https://www.oasisbr.ibict.br/vufind/Record/BRCRIS_cc477a6cc75ac-44f767f91a4a597. Acesso em: 14 abr. 2024.

AFONSO, A. B. P. **Ações judiciais demandadas por beneficiários de uma operadora de plano de saúde**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/22/22132/tde-04052017-181823/>. Acesso em: 14 abr. 2024.

BRAGA, P. P.; SENA, R. R. de; SEIXAS, C. T.; CASTRO, E. A. B. de; ANDRADE, A. M.; SILVA, Y. C. Oferta e demanda na atenção domiciliar em saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/gV5cTTC8QnQR67tpSDkRkFv/?lang=pt>. Acesso em: 23 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Diretrizes de Atenção à Saúde para Pacientes com Doenças Raras no SUS. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 fev. 2014.

BRASIL. Portaria MS/GMn. 2.029, de 24 de agosto de 2011. Institui a Atenção no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). **Diário Oficial da União**, 25 ago. 2011.

BRASIL. Portaria MS/GMn. 825, de 25 de Abril de 2016. Redefine a Atenção Domiciliar no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS e atualiza as equipes habilitadas). **Diário Oficial da União**, 26 de abr. 2016.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 24 de fevereiro de 2024

BRASIL, **Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm Acesso em 02 de março de 2024

BRASIL, https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900539143&dt_publicacao=12/06/2020 Acesso em: 20 de junho de 2024

CARVALHO, S.F.F. Planos de saúde: o direito do usuário ao atendimento domiciliar (*home care*). **Revista Jurídica do Ministério Público**, 2016, p. 5. Disponível em: <https://revistajuridica.mppb.mp.br/revista/article/download/149/149/366>. Acesso em: 14 maio 2024.

COSTA GONÇALVES, J. **Direito fundamental à saúde e reserva do possível: uma análise dos limites da alegação de escassez orçamentária na judicialização da saúde**. 2021. 65f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2021. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/24289>. Acesso em: 15 abr. 2024.

GALHOTE, G. L. B.; POZZI, C. E. Judicialização da Saúde e Dignidade da Pessoa Humana: O Acesso aos Tratamentos Experimentais em Planos de Saúde Privados. **Iniciação Científica Cesumar**, v. 16, n. 1, 29 maio 2014. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/iccesumar/article/view/3413>. Acesso em: 15 maio 2024.

LAMARÃO NETO, Homero. A judicialização do serviço de atenção domiciliar por meio de demandas coletivas. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 164-168, abr./jun. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i2.638>. Acesso em: 14 abr. 2024.

LEÃO, A. P. C. C. As negativas das operadoras de plano de saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Portal de Trabalhos Acadêmicos**, v. 11, n. 1, 2019. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/academico/article/view/1082>. Acesso em: 15 maio 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Cursos de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINOW, Martha. Politics and Procedure. In: KAIRYS, David (ed.). **The Politics of Law: A Progressive Critique**. 3. ed. New York: Basic Books, 1998. p. 101-132.

NETTO Braga, Felipe Peixoto. Manual de Direito do Consumidor: à luz da jurisprudência do STJ. 15. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

OPENAI. *ChatGPT* (v.4). 2024. Large language model. Disponível em: <https://openai.com/chatgpt>. Acesso em: 20 de agosto de 2024.

PEREIRA, J. R. G. O judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ – RFD**, v.

29, p. 127-157, 2016. DOI: <https://doi.org/10.12957/rfd.2016.23669>.

RAJÃO, F. L.; MARTINS, M. Atenção Domiciliar no Brasil: estudo exploratório sobre a consolidação e uso de serviços no Sistema Único de Saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25, n. 5, maio 2020. Acesso em 13 de junho de 2024

SILVA, J. M. C. **HomeCare**: Uma Análise Das Decisões Colegiadas do Tribunal de Justiça de Pernambuco. 2023. Disponível em: https://oasisbr.ibict.br/vufind/Record/UCAP_c1a1ae99777ec794af88f2b57ca8628f. Acesso em: 15 abr. 2024.

SILVA, K. L.; SENA, R. R. O direito à saúde: desafios revelados na atenção domiciliar na saúde suplementar. **Saúde Soc.**, São Paulo, v. 22, n. 3, p. 773-784, 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-12902013000300011>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/63n9VWwbmvpctbB5zC5ySVv>. Acesso em: 14 abr. 2024.

SEYFFERTH, W. C. **Homecare**: o que as seguradoras devem aos segurados podem? 30 nov. 2018. Disponível em: <https://repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/8387>. Acesso em: 14 abr. 2024.

WATANABE, L.; BEN, D.; GAIDIZNSKI, R. Artigo de Revisão Sistema de classificação de pacientes em assistência domiciliar. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ape/a/byGQvQFGwZpvx6793gw5LJN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 15/10/2024.

TRANSTORNO DE CONDUTA E SEUS DESAFIOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA INFANTOJUVENIL: UMA BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DOS OBJETIVOS DA SOCIOEDUCAÇÃO

Júlia Pretto¹

Giselle Dall'Igna Dallorsoletta²

RESUMO

O Transtorno de Conduta (TC) trata-se de grave desvio comportamental diagnosticado durante a infância e/ou adolescência que se caracteriza pela manifestação de comportamentos agressivos e violentos, desprezo às regras sociais, ausência de emoções (especialmente empatia e culpa), bem como pelo desrespeito aos direitos e sentimentos alheios. As consequências na vida do portador são variadas e, em casos mais graves, pode evoluir para o Transtorno de Personalidade Antissocial (TPAS). O objetivo do presente estudo é verificar se as medidas de proteção e socioeducativas são efetivas e cumprem com seu propósito de atender as necessidades do indivíduo, preservar seus direitos, educar, evitar a prática de atos infracionais e ressocializar. Para tanto, traçou-se o histórico e a evolução dos direitos da criança e do adolescente, mormente em relação à responsabilização pela prática de atos transgressores, a fim de identificar as conquistas obtidas e as bases principiológicas que sustentam o sistema de justiça infantojuvenil. Em seguida, quanto à natureza jurídica das medidas socioeducativas, concluiu-se que possuem caráter educativo e punitivo simultaneamente. Então, aprofundou-se as características do transtorno ora estudado para relacioná-lo com a prática de atos infracionais, tendo sido verificada íntima relação entre ambos. Ao fim, após ter sido constatado que notável número de adolescentes cumprindo medidas socioeducativas apresentam o citado transtorno comportamental, o qual, por sua essência, não responde adequadamente à simples aplicação das medidas previstas no ordenamento jurídico, destacou-

¹ Discente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. E-mail: julia_pretto@unoesc.edu.br.

² Docente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. E-mail: gisele.dallorsoletta@unoesc.edu.br.

se possíveis soluções para a consolidação dos objetivos da socioeducação, ressaltando a importância do diagnóstico e tratamento precoce.

Palavras-chave: socioeducação; Estatuto da Criança e do Adolescente; Transtorno de Conduta; ato infracional; ressocialização.

1 INTRODUÇÃO

As causas que levam à prática de atos infracionais por crianças e adolescentes são variadas, no entanto, uma delas possui significativa relevância, principalmente em relação à ocorrência de crimes considerados de média a alta gravidade praticados reiteradamente. Fala-se, aqui, do Transtorno de Conduta (TC), que se trata de um desvio comportamental manifestado em crianças e adolescentes, responsável por condutas transgressoras e caracterizado pelo desprezo às regras sociais, uma vez que estimula comportamentos violentos, torna o indivíduo insensível às punições e incapaz de sentir remorso pelos seus atos, podendo persistir durante a idade adulta e evoluir para o Transtorno de Personalidade Antissocial (TPAS) (Associação Americana de Psiquiatria, 2014, p. 470-476).

Nesse contexto, o objetivo desse trabalho é aprofundar os conhecimentos acerca do Transtorno de Conduta (TC), relacioná-lo à prática de atos infracionais e analisar se as medidas de proteção e socioeducativas vigentes são suficientes para reprimir a conduta transgressora, com o objetivo de evitar a prática de atos infracionais reiterados e consequentemente ressocializar efetivamente esses indivíduos.

A compreensão adequada e pormenorizada sobre a situação poderá auxiliar o sistema de justiça infantojuvenil a consolidar os objetivos constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), os quais foram resultado de anos de evolução dos direitos infantojuvenis e trouxeram previsões principiológicas de defesa e

proteção a esses indivíduos considerados vulneráveis, com foco em salvaguardar o melhor interesse do menor e a sua proteção integral.

Essa pesquisa foi elaborada a partir de análise histórica da evolução dos direitos infantojuvenis, enfatizando as formas de responsabilização pela prática de condutas delituosas. Em seguida, analisou-se as concepções voltadas à natureza jurídica das medidas socioeducativas e protetivas previstas pelo ordenamento jurídico atual, bem como especificou-se as características do Transtorno de Conduta (TC), relacionando-o com a prática infracional. Essas informações são indispensáveis para a compreensão dos assuntos discutidos ao longo do trabalho, com o objetivo de responder se as medidas socioeducativas e de proteção, previstas em nosso ordenamento jurídico são suficientes para ressocializar, evitar a reincidência e resguardar os princípios e direitos fundamentais de menores de idade com Transtorno de Conduta (TC).

O presente estudo foi realizado através da pesquisa bibliográfica e o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, uma vez que se buscou uma regra geral passível de aplicação aos casos particulares por meio de análises de dados e bibliografias que tratem sobre a aplicabilidade das medidas socioeducativas e as peculiaridades do Transtorno de Conduta (TC). A metodologia empregada foi do tipo qualitativa e quantitativa, em razão do objeto do presente estudo pautar-se no comportamento humano, impedindo conclusão exata, mas, ao mesmo tempo, utilizar-se de dados e estatísticas capazes de demonstrar e exprimir a realidade da socioeducação diante da prática e da reincidência em atos infracionais.

O artigo foi estruturado em quatro partes, sistematizado em três títulos e um subtítulo. O primeiro capítulo aborda a evolução dos direitos da criança e do adolescente, especialmente quanto às formas de responsabilização dos infratores menores de idade, bem como

colaciona as concepções existentes acerca da natureza jurídica das medidas socioeducativas e de proteção. O capítulo seguinte dedica-se a explicar as peculiaridades do Transtorno de Conduta (TC), fatores influenciadores, sintomas e consequências. O último capítulo, por sua vez, aprofunda a relação entre o transtorno estudado e a prática de atos infracionais, mencionando possíveis soluções para o impasse.

A pesquisa tem como escopo proporcionar a análise crítica da realidade enfrentada pelo microssistema do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) no que tange à aplicação efetiva das medidas de proteção e socioeducativas, bem como o resguardo dos princípios fundamentais da criança e do adolescente diante de jovens infratores com problemas crônicos de comportamento, decorrentes do Transtorno de Conduta (TC), para, ao final, sugerir modificações ou aprimoramentos que possibilitem a solução dos obstáculos que impedem a consolidação dos objetivos da socioeducação.

2 DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Neste capítulo será abordada a evolução histórica dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, bem como os princípios que os norteiam. Os direitos infanto-juvenis, conforme será desenvolvido ao longo do presente artigo, foram adaptando-se com o passar dos tempos e novos direitos e prerrogativas passaram a ser conferidos às crianças e adolescentes, visando protegê-los em razão de sua condição de vulnerabilidade, especialmente em relação à aplicação de medidas socioeducativas e de proteção.

O tratamento dado pelo sistema jurídico às crianças e adolescentes teve significativa evolução ao longo do tempo, podendo ser resumido em 4 fases ou sistemas. A primeira, a fase de absoluta

indiferença penal, é marcada pela ausência de qualquer previsão legal acerca da proteção ou responsabilidade das crianças e adolescentes pela eventual prática de infrações penais. Ademais, durou até o século XVII e foi demarcada pela despreocupação do sistema jurídico quanto aos direitos e deveres *infantojuvenis* (Freire, 2022, p. 9).

Nessa época vigorava a autoridade parental, herança da idade antiga, que concedia ao pai o direito de castigar o filho para educá-lo como melhor lhe conviesse, mesmo que pudesse resultar em ferimentos ou até mesmo na morte do filho castigado. O referido tratamento alterou-se com o surgimento do cristianismo, que via os menores como merecedores de dignidade. Embora pregava-se a importância do respeito aos pais, não era mais aceito o tratamento cruel com os filhos, exceto se tivessem sido concebidos fora do casamento (Amin, 2024, p. 5).

A realidade começou a alterar-se, no Direito Brasileiro, durante o Império, na chamada fase da “mera imputação criminal”, época em que surge certa preocupação com a situação das crianças e adolescentes, com enfoque na responsabilização por suas práticas ilícitas (Freire, 2022, p. 10). Nessa fase, os jovens com menos de 17 anos não eram mais submetidos a penas de morte, mas poderiam sofrer qualquer outra sanção determinada pelo juiz. As crianças com idade entre 9 e 14 anos, por sua vez, eram penalizadas de acordo com os delitos cometidos se possuíssem discernimento, em caso contrário, não eram tratadas como criminosas (Nascimento, 2022, p. 18).

Em seguida, o direito *infantojuvenil* progrediu para a fase tutelar, quando se passou a entender que as demandas dessa parcela da população iam além de um tratamento diferenciado voltado à responsabilização por condutas criminosas (Freire, 2022, p. 10). Nessa fase, buscou-se assegurar não só os direitos, mas também a defesa da sociedade em face dos atos praticados pelos menores de idade.

Para tanto, foram criadas entidades que objetivavam a recuperação de crianças e adolescentes que praticassem crimes (Amin, 2024, p. 6-7).

A citada fase foi marcada pelo surgimento do Código de Menores, em 1927, que passou a prever um processo de penalização especial aos jovens entre 14 e 18 anos, o qual tinha como escopo a educação e visava a ressocialização, para que não retornassem a cometer crimes. Referido diploma legal, também conhecido como Código de Mello Matos, embora tratasse o jovem infrator como uma ameaça, reconhecia a necessidade do fornecimento de assistência e proteção jurídica (Nascimento, 2022, p. 18).

Na esfera penal, o Código de Mello Mattos descriminalizou as condutas praticadas por menores de idade e trouxe a reparação civil pelos pais ou responsáveis como a solução para os danos causados por eles. Além disso, aos jovens com mais de 14 e menos de 18 anos que cometiam atos criminosos, previa a internação em estabelecimentos para aplicação de medidas corretivas, com foco na manutenção da saúde física e mental, bem como na educação (Azevedo, 2007, p. 9-10).

Em 1979, após novos debates sobre a reformulação dos direitos das crianças e adolescentes, foi publicado o Novo Código de Menores. Durante sua vigência, passou a ser comum a internação das crianças e adolescentes delinquentes com condições socioeconômicas baixas, pois acreditava-se que a retirada desses indivíduos do meio social era a solução adequada para os problemas enfrentados na época (Amin, 2024, p. 8). Além disso, a legislação brasileira possuía aspectos discriminatórios, visto que somente voltava-se aos menores carentes e não se preocupava com a garantia integral dos direitos infantojuvenis (Freire, 2022, p. 11).

A situação das crianças e adolescentes vislumbrou melhorias com a promulgação da Constituição Federal e a partir dela, com a

edição do atual Estatuto da Criança e Adolescente (ECA). Consolidou-se, então, a doutrina da proteção integral, que não considerava a menoridade como demérito e passou a reconhecer crianças e adolescentes como pessoas em desenvolvimento. Ademais, limitou-se o poder punitivo estatal em relação ao adolescente em conflito com a lei e acrescentou-se a aplicação dos princípios constitucionais com foco na proteção integral, princípio que sustenta todos os direitos atuais da criança e do adolescente (Sposato, 2013, p. 21).

Diferentemente do antigo Código de Menores de 1979, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Brasil, 1990b) engloba todas as particularidades da criança e do adolescente, protegendo integralmente os direitos infantojuvenis. Tal concepção associa-se com a previsão constitucional, especialmente ao art. 227 da Constituição Federal (Brasil, 1988), que prevê prioridade absoluta ao tratamento voltado à criança e ao adolescente, consolidando o princípio do melhor interesse do menor (Araujo Júnior, 2018, p. 1).

A nova visão concedida aos direitos infantojuvenis surgiu com a promulgação da Constituição Federal, que representou um grande avanço, sobretudo, em relação às crianças e adolescentes. Esse importante diploma legal não apenas garantiu a fruição dos direitos, mas também buscou proteger os interesses dos menores de idade por meio de um tratamento especial, estabelecendo como dever da família, da sociedade e do Estado resguardar tais prerrogativas e zelar por sua proteção prioritariamente (Marcolino, 2020, p. 1).

A fase garantista inaugurada pela Constituição Federal incorporou novidades no que tange à responsabilização dos menores de idade e também na forma de execução das medidas judiciais. Esse importante diploma legal prevê tratamento diferenciado aos indivíduos que não alcançaram a maioridade, reconhecendo-os como penalmente

inimputáveis e necessitados de normas especiais, definição também incluída no Código Penal (CP) (Sposato, 2013, p. 19).

Diante disso, verifica-se que, ao longo dos anos, houve significativas evoluções nas formas de responsabilização e de proteção da criança e do adolescente, surgindo a necessidade de compreender se os direitos e objetivos da atual legislação infantojuvenil vêm sendo devidamente respeitados e imprimem efetividade. Tal compreensão é necessária especialmente em relação à aplicação das medidas socioeducativas e de proteção a crianças e adolescentes com condições e características específicas, bem como se seus direitos e garantias fundamentais, resultados de muitos processos históricos, estão incluídos no tratamento dado pela legislação hodierna.

Assim, é importante identificar o papel dos princípios norteadores dos direitos infantojuvenis e, especialmente, compreender sua relevância no tratamento dado às crianças e aos jovens delinquentes. De acordo com Zapater (2023, p. 57), o propósito dos princípios é dar sentido às normas legais e auxiliar na interpretação de determinadas disposições, especialmente em casos de conflitos ou ausências de previsões específicas sobre determinada situação. Nesse sentido, elenca como principais princípios dos direitos da criança e do adolescente, dentre outros, a proteção integral, a dignidade da pessoa em desenvolvimento, a prioridade absoluta e o interesse superior da criança e do adolescente.

A doutrina da proteção integral teve seu início com a Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, que passou a reconhecer as crianças como sujeitos de direito e a servir como parâmetro à elaboração das legislações dos Estados que a aderiram. No entanto, só passou a ser exigível após a promulgação da Convenção sobre os Direitos da Criança, relevante documento que trata da proteção infantojuvenil e que reconhece a criança como pessoa em desenvolvimento,

merecedora de ter seus direitos fundamentais resguardados com absoluta prioridade (Amin, 2024, p. 15).

É possível verificar a premissa da proteção integral no artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, que ressalta a necessidade de priorizar o interesse maior da criança, sendo dever dos Estados assegurar a proteção e o cuidado à criança, optando por medidas legislativas e administrativas que se adequem a essa previsão. Além disso, devem fiscalizar os atos daqueles encarregados de promover o cuidado e a proteção, para que respeitem os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, sobretudo quanto à segurança e à saúde dos menores (Brasil, 1990a).

No ordenamento jurídico brasileiro, conforme supramencionado, a Constituição Federal (Brasil, 1988) trouxe a previsão de proteção e resguardo aos direitos fundamentais infantojuvenis, cuja sistematização consolidou-se, de fato, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), no qual o princípio/doutrina da proteção integral é visível logo no primeiro artigo (Amin, 2024, p. 10).

Com base na perspectiva trazida pelos novos diplomas legais, crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidos como seres em desenvolvimento em todos os aspectos. Essa condição exige uma análise diferenciada, especialmente devido à dificuldade de pleitearem e defenderem seus direitos, de modo a resguardar a dignidade humana desses indivíduos. Assim, torna-se essencial a criação de ferramentas especializadas, com foco na proteção dos direitos fundamentais, visando efetivar, prioritariamente, a proteção integral das crianças e adolescentes (Machado, 2006, p. 100).

Assim, verifica-se que o referido princípio da proteção integral traz o senso social de proteção às crianças e aos adolescentes em razão de sua condição especial de vulnerabilidade. Dessa forma, para

que alcancem a dignidade humana, direito fundamental consolidado na Constituição Federal como fundamento do Estado Democrático de Direito, é essencial que seus direitos sejam vistos de forma excepcional e diferenciada, selecionando meios capazes de assegurar a efetividade dos princípios regentes dos direitos da criança e do adolescente.

Nas palavras do ministro do STJ, Luis Felipe Salomão (Brasil, 2016, p. 1), no julgamento do REsp 1.533.206/MG, “a proteção integral está intimamente ligada ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente”. Desse modo, é necessário que sejam escolhidas as soluções que tragam o maior benefício a esses indivíduos, devendo os aplicadores do direito posicionarem-se de acordo com os princípios constitucionais, os quais também estão dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

A proteção integral é o principal princípio dos direitos infantojuvenis e é responsável por orientar todo o ordenamento jurídico em relação aos direitos da criança e do adolescente. Sua finalidade principal é garantir que a legislação proteja integralmente os interesses e as necessidades desses indivíduos que são considerados mais vulneráveis. Para sua consolidação, é essencial a elaboração de políticas voltadas à socioeducação e à proteção dos menores, de acordo com a realidade de cada caso. É, portanto, princípio basilar que precisa ser implementado efetivamente na realidade dos menores de idade, indiscriminadamente (Sposato, 2013, p. 21).

Diante disso, conclui-se que o princípio da proteção integral, também visto como uma doutrina consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é a base de sustentação dos direitos e garantias da infância e juventude, uma vez que está explícito logo no primeiro artigo do estatuto e representa grande evolução na legislação, influenciada especialmente pelas declarações internacionais. Além disso, essa concepção reflete no sistema de responsabilização

pela prática de atos infracionais. A partir desse princípio, a criança e o adolescente passam a ser vistos como sujeitos merecedores de proteção, em razão de sua condição de vulnerabilidade. Conforme exposto, todos os demais princípios associam-se com a proteção integral e norteiam-se a partir dele.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Brasil, 1990b) prevê a aplicação de medidas de proteção e/ou socioeducativas aos jovens que praticaram atos infracionais, as quais devem respeitar todas as garantias, direitos e princípios trazidos pela legislação. Segundo Freire (2022, p.112), a finalidade principal das medidas socioeducativas é a educação, visando a proteção do jovem infrator. Assim, entende-se que possuem caráter sancionatório, retributivo e, ao mesmo tempo, pedagógico, visando atender ao melhor interesse dos menores de idade. Porém, a natureza jurídica das medidas, defendida pelo autor supracitado, ainda é controversa no campo doutrinário e jurisprudencial, conforme será visto adiante.

2.1 A NATUREZA JURÍDICA DO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO E DAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO

A natureza das medidas socioeducativas ainda é amplamente discutida por estudiosos da área e pela jurisprudência, conforme será discorrido neste tópico. Há vertentes que defendem o caráter puramente pedagógico, enquanto outras, o retributivo, também chamado de direito penal juvenil. A jurisprudência possui entendimento já consolidado, mas doutrinadores ainda divergem sobre sua natureza. Tal definição é importante para ser possível identificar se estão sendo aplicadas de acordo com os princípios que regem os direitos infantojuvenis.

Grande parte da doutrina nega o caráter penal do sistema de justiça juvenil, porém há concepções que aduzem que o Estatuto da

Criança e do Adolescente (ECA) traz em seu texto a previsão de um direito penal juvenil, o qual deve ser utilizado como última alternativa. É possível identificar o caráter punitivo ao analisar que os atos proibidos equivalem às práticas consideradas crimes pelo Código Penal (CP). Assim, com base nas condutas criminais cominadas aos adultos, definem-se as condutas proibidas aos jovens. Ressalta-se que, embora possuam escopo educativo, as medidas podem restringir direitos e privar a liberdade do jovem infrator (Sposato, 2013, p. 35-36).

Diante da prática de um ato infracional, são aplicadas medidas socioeducativas e/ou de proteção, sendo que o objetivo daquelas é responsabilizar o indivíduo pelo delito praticado. As medidas socioeducativas possuem evidente caráter penal, uma vez que podem restringir direitos como forma de responsabilizar o infrator pela conduta criminosa. Poderá ser vislumbrado um progresso significativo no sistema de justiça infantojuvenil quando houver o reconhecimento de sua natureza punitiva, porém, ao mesmo tempo, deve-se preponderar o objetivo pedagógico das medidas aplicadas (Silva, 2006, p. 57).

Em consonância com o entendimento supra, a natureza jurídica do sistema de responsabilização de adolescentes, conforme Nicodemos (2006, p. 61-70), tem caráter penal, visto que a sociedade busca dominar e controlar os atos dos infratores. As condições sociais da realidade do infrator e que influenciaram no cometimento da conduta infracional são desconsideradas, levando-se em conta, principalmente, o prejuízo que seus atos representam ao meio social. Segundo o autor, há a carência de medidas efetivamente pedagógicas destinadas ao indivíduo infrator, evidenciando que a sociedade se preocupa em culpabilizar antes de buscar a efetiva reeducação.

Paralelamente ao que defende Nicodemos (2006), Sposato (2013) e Silva (2006), Saraiva (2006, p. 37-58) destaca que o adolescente possui direitos e obrigações e é responsável por suas

ações. Assim, acredita na existência de um sistema penal juvenil, pois, de outro modo, se estaria criando uma sensação irreal de impunidade à sociedade. Junto a isso, destaca que a sanção aplicada deve ter objetivo pedagógico. Ademais, afirma que ignorar a existência da supracitada concepção viola as próprias ideias da legislação e dificulta ainda mais a consolidação efetiva do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Em contrapartida ao entendimento supracitado, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento diverso ao consolidar a tese, no julgamento do AgRG no Habeas Corpus n. 652.086/SC, de que o caráter das medidas socioeducativas não é retributivo, mas puramente pedagógico, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ART. 122 DA LEI N. 8.069/1990. ROL TAXATIVO. INTERNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REITERAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. CABIMENTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA. AGRAVO DESPROVIDO. [...] **2. As medidas socioeducativas tratadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, embora possam refletir em certa restrição à liberdade do adolescente, não apresentam caráter retributivo, mas eminentemente pedagógico e reabilitador, a fim de que sejam oferecidas ao adolescente as condições para que se recupere e se afaste em definitivo da prática de ilícitos.** [...] (Brasil, 2022, p. 1, grifo nosso).

No mesmo sentido do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Veronese e Santos (2015, p. 409-410) defendem que, ao considerarmos o sistema socioeducativo como penalista, ignora-se os avanços alcançados com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que inclui a participação da sociedade na defesa dos direitos

infantojuvenis e a evolução na aplicação das medidas socioeducativas. Essa concepção negligencia a necessidade de uma intervenção menos retributiva e, além disso, ao focar apenas no aspecto penal do sistema socioeducativo, ignoram-se os direitos e garantias previstos na legislação.

Desse modo, extrai-se que ainda há entendimentos opostos quanto à natureza jurídica das medidas socioeducativas. Enquanto uma concepção defende o caráter penalizador, outra acredita que as medidas possuem apenas objetivo educativo. No entanto, as vertentes possuem em comum o entendimento de que se deve priorizar o objetivo pedagógico, com a finalidade de ressocializar o adolescente e não apenas puni-lo pelos seus atos como se adulto fosse.

Além das medidas socioeducativas, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também contempla a aplicação de medidas de proteção para crianças e adolescentes que cometem atos infracionais ou quando seus direitos são ameaçados ou violados. Esses recursos são disponibilizados às entidades atuantes que possuem a responsabilidade de assegurar a proteção desses indivíduos mais vulneráveis (Freire, 2022, p. 90). As medidas, portanto, têm natureza evidentemente protetiva e possuem em seu âmago o intuito de resguardar os direitos das crianças e adolescentes protegendo-os das situações de risco que possam vir a ser expostos.

Dito isso, relevante ressaltar que as medidas de proteção previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) são aplicáveis quando os direitos infantojuvenis forem desrespeitados pelo Estado, pelos responsáveis ou pelo próprio menor de idade ao praticar atos infracionais. A lei prevê que as aludidas medidas precisam respeitar os objetivos pedagógicos, de modo a fortalecer os vínculos familiares e comunitários, bem como os princípios expostos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Brasil, 1990b).

Em consonância com a previsão legal, Paula (2006, p. 40) defende que o sistema jurídico buscou a educação como forma de modificar a personalidade criminosa do infrator. É essencial levar em consideração, primariamente, as características pessoais e sociais do indivíduo, a fim de identificar quais áreas necessitam de atenção e trabalho pedagógico, deixando, desse modo, em segundo plano a infração de fato cometida. Afinal, a punição de menores em conflito com a lei como forma de defesa da sociedade fere não só a proteção integral, mas também princípios basilares constitucionais, como a dignidade humana.

Ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), elenca taxativamente as medidas socioeducativas passíveis de aplicação ao adolescente infrator, quais sejam: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento educacional e a aplicação de medidas de proteção (Brasil, 1990b).

Diferentemente da concepção puramente educativa defendida pelo STJ e por Veronese e Santos (2015), Teixeira (2006, p. 433) afirma que a intenção das medidas socioeducativas é, simultaneamente, educar e punir. Paralelamente ao tempo em que se busca a responsabilização do adolescente infrator pelos seus atos, encontra-se uma forma de educar e auxiliar o indivíduo a desenvolver-se adequadamente na sociedade.

Assim, conclui-se que o objetivo das medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), embora controverso, como demonstrado, é, prioritariamente, a educação, buscando-se formas pedagógicas de reeducar e reinserir os adolescentes infratores na sociedade. Evidente, portanto, que se intenciona a prevenção da reincidência e a reinclusão do adolescente de forma saudável no meio social. As medidas de proteção, por sua vez, auxiliam nessa

função e mostram-se relevantíssimas ao falarmos de ato infracional praticado por crianças, pois a elas não é possível aplicar medidas socioeducativas.

A norma jurídica é clara ao tratar a criança como inimputável absoluto, ou seja, não é possível aplicar quaisquer medidas repressivas em face de crianças menores de 12 anos que praticam condutas inaceitáveis pela sociedade, principalmente em razão do caráter protetivo e garantista do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Além disso, o art. 112 do mencionado Estatuto explicita que as medidas socioeducativas são aplicadas somente aos adolescentes, confirmando, portanto, a impossibilidade de sua aplicação a crianças (Sposato, 2013, p. 24). Por conseguinte, verifica-se a existência do caráter penal das medidas socioeducativas, que inicia a punição do jovem infrator que completou 12 anos de idade, nos termos do art. 2º da legislação supramencionada (Brasil, 1990b).

Diante do exposto, busca-se compreender se tais medidas atingem sua finalidade e são corretamente aplicadas pelo sistema de justiça infantojuvenil, quando direcionadas aos adolescentes com Transtorno de Conduta (TC) e que cometem atos reprováveis e danosos à sociedade. Assim, para melhor compreensão do problema, é necessário pontuar as características predominantes do citado transtorno comportamental, a fim de permitir a aplicação correta das supracitadas medidas a cada caso específico, garantindo a responsabilização e educação eficaz, bem como compreendendo as dificuldades que o desconhecimento dessa condição imprime na efetividade da socioeducação.

3 ASPECTOS RELEVANTES DO TRANSTORNO DE CONDUTA

No presente capítulo, busca-se esclarecer aspectos técnicos e características relevantes e predominantes da personalidade do indivíduo com Transtorno de Conduta (TC), bem como suas semelhanças com o Transtorno de Personalidade Antissocial (TPAS). Para tanto, é necessário o estudo em áreas afins, como medicina, psicologia e neurociência, as quais buscam esclarecer as particularidades e consequências que os transtornos supracitados trazem para a sociedade e para o próprio indivíduo. Além disso, pretende-se identificar causas de risco para a constatação do Transtorno de Conduta (TC), bem como relacioná-lo com a prática do ato infracional, para, então, compreender se as medidas socioeducativas e de proteção atuais são suficientes e capazes de alcançarem seus fins.

Os transtornos comportamentais, tratam-se de um conjunto de comportamentos considerados perturbadores e prejudiciais ao meio social, manifestam-se ao longo do desenvolvimento juvenil e em diferentes graus, repercutindo, inclusive, na esfera legal. Tais disfunções comportamentais são vistas com maior frequência em meninos, visto que a maioria dos estudos não são aplicados em meninas. Importante ressaltar que nem sempre a presença de comportamentos desrespeitosos ou criminosos significa que o jovem possua alguma patologia comportamental (Dumas, 2011, p. 273).

Mesmo que a criança e o adolescente apresentem traços e comportamentos antissociais, antes dos 18 anos não é possível a caracterização do Transtorno de Personalidade Antissocial (TPAS), sendo necessário que, além de outros requisitos, o indivíduo tenha apresentado Transtorno de Conduta (TC) na juventude (Associação Americana de Psiquiatria, 2014, p. 659). Junto a isso, ressalta-se que o

diagnóstico é amplo e gera divergências no campo da psiquiatria, bem como deve-se ter cuidado ao utilizar o termo “psicopata” ao se referir a crianças e adolescentes, a fim de evitar condená-los socialmente, principalmente nos casos em que ocorre a privação da liberdade (Shine, 2000, p. 56-57).

Pontua-se que determinados comportamentos violentos e agressivos dos adolescentes podem ser explicados pela imaturidade cerebral. No entanto, há crianças e adolescentes que possuem personalidade semelhante à de psicopatas adultos e que ultrapassam os limites da normalidade, de modo que pesquisadores defendem a caracterização da psicopatia antes da idade adulta e a possibilidade de penalização como se adultos fossem, em razão da consciência da ilicitude dos atos praticados. Ocorre que, atualmente, esses indivíduos recebem o diagnóstico de Transtorno de Conduta (TC), conhecido, outrora, como delinquência (Silva, 2018, p. 213-215).

A característica principal do Transtorno de Personalidade Antissocial (TPAS) é o evidente desrespeito às regras sociais e de violação de direitos alheios, com início na infância ou adolescência, continuando após o alcance da maioridade. Nesse sentido, embora não seja regra, verifica-se que pode haver uma correlação entre o comportamento do adulto com o da criança, existindo situações em que é possível constatar o liame entre os traços antissociais apresentados ao longo da vida (Serafim; Rigonatti; Barros, 2011, p. 330-334).

Os indivíduos (adultos) com Transtorno de Personalidade Antissocial (TPAS) revelam comportamentos agressivos e violentos, não criam vínculos afetivos, nem mesmo possuem empatia pelos outros. São pessoas frias, calculistas e manipuladoras que buscam beneficiar somente a si próprios. A prática criminosa resulta de

uma mente incapaz de preocupar-se com os demais indivíduos da sociedade, bem como com seus sentimentos (Silva, 2018, p. 42-43).

O Transtorno de Conduta (TC), espécie de transtorno disruptivo, de acordo com o DSM-V³, trata-se de um padrão comportamental reiterado com a violação de direitos alheios e às regras sociais. Para o diagnóstico, faz-se necessária a apresentação de determinados critérios, como a agressão a pessoas e/ou animais, falsidade, furto, destruição de propriedade, violações graves de regras, dentre outros. Tal transtorno pode ter início na infância e na adolescência, dividindo-se em leve, moderado e grave. O indivíduo geralmente apresenta dificuldades sociais, demonstrando-se insensível e sem emoções, todavia, podem haver aqueles que buscam emoções fortes, são audazes e as punições a eles aplicadas são irrelevantes (Associação Americana de Psiquiatria, 2014, p. 470).

Paralelamente, o CID-11⁴ nomeia citado padrão de comportamento como Transtorno de Conduta Dissocial, identificado pelo código “6C91”, e esclarece que o comportamento resulta em prejuízos significativos em diversas áreas da vida do portador, influenciando negativamente nas relações interpessoais, educacionais e em demais áreas da vida. Além disso, comumente verifica-se a ausência da demonstração de empatia, remorso e culpa pelos seus atos (Organização Mundial da Saúde, 2022).

O DSM-V traz importantes considerações sobre referido transtorno de comportamento. A alteração comportamental estudada reflete na sociedade e resulta em graves perturbações ao convívio social, podendo causar suspensão ou expulsão da escola, problemas legais, transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, gestação

³ ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**: DSM-5. 5. ed. Porto Alegre, RS: Artmed, 2014. 992 p.;

⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **CID-11 para Estatísticas de Mortalidade e de Morbidade**. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2022. Disponível em: <https://icd.who.int/browse/2024-01/mms/pt#719572464>. Acesso em: 13 jun. 2024.

indesejada, lesões físicas, comportamento sexual precoce, uso de substâncias lícitas e ilícitas (Associação Americana de Psiquiatria, 2014, p. 470-476).

A agressão e a violência são os traços predominantes e mais preocupantes do Transtorno de Conduta (TC), especialmente em razão da persistência e de seu alcance, que ultrapassa os limites do próprio indivíduo e atinge a sociedade em geral (Dumas, 2011, p. 284). Com base nesse entendimento, vale destacar que a incidência de traços antissociais na infância e juventude, bem como a interação de indivíduos com essas características com outros transgressores, tende a agravar o quadro do referido transtorno, fazendo com que os comportamentos antissociais se estendam à idade adulta (Wainer, 2006, p. 12).

Acerca da incidência do Transtorno de Conduta (TC), estima-se que sua prevalência varia de 2% a mais de 10% por ano, alcançando, em média, 4% da população, sendo que o índice permanece estável em países com raças e etnias diversas. Tais taxas tendem a elevarem-se entre a infância e a adolescência, sendo identificado com mais frequência em meninos. No entanto, poucas crianças com comportamentos antissociais graves e prejudiciais recebem tratamento adequado (Associação Americana de Psiquiatria, 2014, p. 470-476).

Necessário ressaltar que o transtorno supracitado não é facilmente diagnosticado em razão de sua própria essência, dado que os comportamentos não se manifestam claramente, pois o indivíduo tende a mascará-los. Desse modo, é extremamente importante a consulta com profissionais diversos e especializados para estabelecer um diagnóstico assertivo, ainda que persista o desconhecimento total do alcance das limitações (Dumas, 2011, p. 292).

Faz-se necessário destacar que condutas antissociais isoladas não caracterizam o Transtorno de Conduta (TC). Na realidade, exige-se a persistência dos comportamentos antissociais, que passam a integrar a personalidade do agente, não se tratando de apenas uma manifestação temperamental e pontual. Inclusive, há íntima relação entre o Transtorno de Conduta e o de Personalidade Antissocial (TPAS), visto que metade dos jovens com o primeiro tende a evoluir para o segundo, sendo que interações biológicas e sociais durante o desenvolvimento infantojuvenil influenciam no diagnóstico (Marmorato; Andrade, 2011, p. 89-100).

Os principais fatores de risco do Transtorno de Conduta (TC) são elencados pelo DSM-V, possuindo íntima relação com o nível de inteligência do indivíduo (QI baixo), a forma de educação parental, a rejeição familiar e o histórico de criminalidade na família. Além disso, fatores genéticos e ambientais também possuem relação com o desenvolvimento do problema comportamental, porque pais que possuem transtornos mentais, de comportamento, ou causados pelo uso de drogas lícitas e ilícitas propiciam o desenvolvimento do Transtorno de Conduta (TC) na prole. Ressalta-se que há maior probabilidade de persistência do transtorno em tela em indivíduos que apresentam os primeiros traços na infância, que possuem alguma outra comorbidade, como o TDAH, e que são usuários de substâncias psicoativas (Associação Americana de Psiquiatria, 2014, p. 470-476).

As consequências do Transtorno de Conduta (TC) são graves e refletem por toda a vida do indivíduo, mesmo que com o passar dos anos os comportamentos antissociais possam desaparecer. O comportamento dos portadores do citado transtorno é prejudicial para todos os envolvidos, inclusive à própria criança ou adolescente. Além de prejudicar a convivência social, pode resultar na inserção do indivíduo em lares adotivos ou em locais de tratamento psiquiátrico.

A persistência da conduta antissocial faz com que a criança e o adolescente carreguem marcas consigo, sejam elas jurídicas ou sociais, que influenciam na perda de empregos, na prática criminosa, reclusão e dificuldades nos relacionamentos (Farias *et al*, 2011, p. 5-6).

Em suma, constata-se que o transtorno aqui abordado possui características agressivas e violentas persistentes, que prejudicam não só suas vítimas e pessoas próximas, mas também trazem consequências severas ao próprio portador e ao convívio em sociedade. Conforme ficou demonstrado, uma das principais dificuldades enfrentadas na área jurídica e da saúde, atualmente, é a obtenção de um diagnóstico rápido, visto que os comportamentos podem ser dissimulados e ocultados pela criança e pelo adolescente. Desse modo, deve haver uma observação cuidadosa pelos integrantes do meio social em que o indivíduo está inserido, a fim possibilitar a identificação dos comportamentos e propiciar, logo de início, a busca pelo diagnóstico e tratamento adequado.

4 TRANSTORNO DE CONDUTA (TC) E A RELAÇÃO COM A PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS: HÁ SOLUÇÃO?

Conforme abordado no capítulo anterior, o Transtorno de Conduta (TC) caracteriza-se como um grave e repetitivo desvio de comportamento. A criança ou o adolescente exibe condutas transgressoras e agressivas, as quais tratam-se de uma expressão de sua personalidade e não uma manifestação pontual ou isolada. Conhecendo a citada realidade, neste capítulo será demonstrada a relação do transtorno em pauta com a prática de atos infracionais, buscando auxiliar na identificação e implementação de alternativas

capazes de efetivar os objetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) por meio da socioeducação.

Inicialmente, necessita-se traçar a realidade do sistema socioeducativo nacional. De acordo com dados extraídos do Panorama de Reentradas e Reiteraões Infracionais, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a reentrada no sistema socioeducativo é significativa quando o jovem se envolve em crimes graves, como tráfico de drogas, roubo, porte de armas, furto e homicídio, os quais são praticados, comumente, nos últimos anos da adolescência. Ressalta-se que meninos cometem mais atos infracionais do que meninas e reincidem também em maior frequência do que elas (Brasil, 2019, p. 29-38).

Nessa toada, importante destacar, com base nas informações apresentadas no capítulo anterior, que o índice do Transtorno de Conduta (TC) pode sofrer variações no período de um ano, partindo de 2% e podendo abranger até 10% das crianças e adolescentes, sendo diagnosticado com mais frequência em indivíduos do sexo masculino, os quais, em sua maioria, não recebem o tratamento adequado (Associação Americana de Psiquiatria, 2014, p. 473).

Somado a essas informações, dados analisados entre 2015 e 2019 identificaram uma taxa de reentrada no sistema socioeducativo de 23,9%. Ao comparar essa taxa com a de reentrada no sistema prisional, verifica-se que, neste último, a porcentagem é ainda mais elevada, demonstrando que a socioeducação tem papel imprescindível no controle da criminalidade. Além disso, os atos infracionais mais praticados são os mesmos mais encontrados nas prisões e estão intimamente ligados com vulnerabilidades socioeconômicas, de modo que a sociedade demanda a implementação de políticas públicas mais eficazes (Brasil, 2019, p. 58).

Nesta seara, ressalta-se as informações trazidas pela CPI do Sistema Carcerário (Brasil, 2009, p. 277-278), instaurada para averiguar a realidade do sistema carcerário nacional. No aludido estudo, o diretor do DEPEN, Sr. Maurício Kuehne, destacou que o índice de reincidência do país varia entre 70% a 85%, mas essa porcentagem reduz-se à cerca de 12% nos casos em que o indivíduo é submetido a penalizações diversas. Munidos dessa informação, chegou-se à conclusão de que somente com a reintegração do preso à sociedade, por meio da ressocialização efetiva, é que será possível reduzir as taxas de reincidência criminal.

Ainda no âmbito criminal, a Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), no ano de 2023, identificou a existência de cerca de 750 mil pessoas em cumprimento de pena em cela física ou em monitoramento domiciliar no Brasil, sendo que jovens na faixa etária de 18 a 29 anos representam quase de 40% da população penal. Além disso, em Santa Catarina, aproximadamente 37% da população penal tem idade entre 18 a 29 anos (Brasil, 2023).

Lamentavelmente, os dados sobre reincidência e reentrada no sistema socioeducativo são escassos devido à falta de estudos de abrangência nacional sobre o tema. Além disso, comparações e análises dos dados obtidos do sistema socioeducativo com os do sistema prisional também são reduzidas, impedindo a averiguação da trajetória do indivíduo além do sistema socioeducativo. Há, por hora, apenas iniciativas que buscam demonstrar a realidade, mas sem um olhar aprofundado capaz de relacionar a atividade infracional com a criminal no Brasil (Brasil, 2019, p. 17-36).

Todavia, existem pesquisas enriquecedoras sobre o tema. Em 2006, na cidade de Pelotas, Rio Grande do Sul, realizou-se o primeiro estudo do Brasil com foco na demonstração da incidência do Transtorno de Conduta (TC), o qual identificou a prevalência de

problemas psiquiátricos e os fatores que influenciam essa realidade. Os resultados obtidos demonstraram que, dos jovens analisados (cerca de 1.265), 29,2%, dentre meninos e meninas, possuíam características do transtorno estudado. A pesquisa concluiu, inclusive, que adolescentes do sexo masculino, com idade entre 13 e 14 anos, nível socioeconômico baixo, sedentários ou que consumam bebidas alcoólicas, cigarros e drogas, possuem mais chances de desenvolver comportamentos antissociais (Cruzeiro *et al.*, 2008, p. 2015-2017).

Merece destaque um estudo realizado na cidade do Rio de Janeiro com jovens infratores que estão cumprindo medida de internação ou liberdade assistida. A partir dos dados coletados, chegou-se à conclusão de que a detecção precoce de transtornos psiquiátricos na infância contribui para a redução da ocorrência de atos infracionais. Além disso, ressaltou-se a importância de conferir maior atenção à saúde mental de crianças e adolescentes. Destaca-se que cerca de 77% dos jovens infratores entrevistados receberam o diagnóstico de Transtorno de Conduta (TC) e os atos infracionais praticados eram graves, sendo eles: roubo, homicídio, tráfico de drogas e outros. Desses adolescentes, somente 6% receberam atendimento de saúde mental (Andrade *et al.*, 2011, p. 2182-2184).

Nesse mesmo caminho, outra pesquisa realizada com 69 jovens em conflito com a lei, de 12 a 16 anos, na cidade de Curitiba, Paraná, identificou que os atos infracionais mais cometidos são de média a alta gravidade, sendo eles: roubo, homicídio e tentativa de homicídio. No estudo, verificou-se a ocorrência de reincidência em 37,7% dos casos e a presença de algum transtorno em 81,1% dos indivíduos. Dentre esses, 59,4% apresentaram especificamente Transtorno de Conduta (TC), sendo que 13 apresentaram o transtorno ainda na infância, enquanto 28 apenas na adolescência. Ainda, identificou-se 4 casos graves, 17 moderados e 20 leves. O dado mencionado é alarmante,

visto que somente cerca de 10% a 15% das crianças e adolescentes com Transtorno de Conduta (TC) não são infratores (Dória, 2011, p. 95-103).

Aplicando essa realidade ao contexto criminal, uma pesquisa realizada em Minas Gerais revelou que o Transtorno de Personalidade Antissocial (TPAS) apresentou alta incidência entre os presos analisados, com aproximadamente 50% dos entrevistados diagnosticados com o transtorno. Além disso, é importante destacar que a pesquisa revelou que indivíduos encarcerados com histórico de atos infracionais têm cerca de 9,6 vezes mais chances de apresentar Transtorno de Personalidade Antissocial (TPAS). Entre os sentenciados com esse diagnóstico, verificou-se que 61,70% cometeram atos infracionais durante a juventude (Chaves, 2018, p. 34-36).

Analisando os dados e as informações expostas, há grande probabilidade de parcela dos indivíduos encarcerados terem iniciado no mundo do crime ainda antes de completarem a maioridade. Dessa forma, fica evidente a necessidade de compreensão dos fatores que influenciam essa realidade, buscando-se meios de evitar a entrada e reentrada no sistema socioeducativo. Com isso, é possível auxiliar a ressocialização de jovens que já se envolveram em atos infracionais e que possuem problemas de comportamento intrínsecos, bem como evitar a continuidade da prática criminosa e a consequente entrada no sistema prisional.

As pesquisas apresentadas permitem a identificação da ocorrência do Transtorno de Conduta (TC) especialmente em indivíduos já adolescentes. Contudo, destaca-se que a taxa de prevalência é verificada principalmente do período que corresponde à metade da infância até a metade da adolescência, sendo um dos diagnósticos mais comuns nessa faixa etária. O DSM-V enfatiza que, quando iniciado na infância, o indivíduo tende a conviver com o transtorno ao longo

da vida, com mais chances de possuir comportamentos criminosos. Além disso, a criança também pode apresentar outras comorbidades psiquiátricas e de neurodesenvolvimento (Associação Americana de Psiquiatria, 2014, p. 471-475).

Embora o Transtorno de Conduta (TC) seja mais comum em meninos, uma pesquisa realizada em 2023, com uma criança do sexo feminino diagnosticada com o transtorno ora estudado, demonstra a importância da especialização profissional. A infante apresentava problemas de socialização com outras crianças, comportamentos agressivos, manipulação e acessava conteúdos adultos e preconceituosos. Os primeiros sintomas apareceram logo que a criança completou 3 anos de idade. Inicialmente, os profissionais consultados pela mãe alegavam que o comportamento da criança se devia a má educação. No entanto, o diagnóstico de Transtorno de Conduta (TC) só foi confirmado posteriormente, após uma consulta com um neurologista infantil, que recomendou tratamento medicamentoso e terapêutico (Andrade; Santos; Barbosa, 2023, p. 3-5).

Infere-se dos dados anteriormente expostos que há um alto número de adolescentes em conflito com a lei que possuem Transtorno de Conduta (TC), o qual, conforme já abordado outrora, é fator predominante para ocorrência e permanência de condutas delituosas que levam à prática de crimes graves, como o homicídio, roubo e o tráfico de drogas, os quais podem resultar na internação do adolescente. Nesse ponto, destaca-se que há vários fatores que propiciam o desenvolvimento do referido transtorno, que, geralmente, inicia-se ainda na infância. Com isso, surge a necessidade de identificar alternativas eficazes e específicas a serem implementadas pela socioeducação, buscando maneiras de efetivar os objetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Sob esse enfoque, destaca-se o Projeto de Lei nº 2.325/24, que está em discussão na Câmara dos Deputados, e prevê, em síntese, o aumento do período de internação provisória dos adolescentes, monitoramento eletrônico em atividades externas, aumento do período máximo de internação definitiva e o aumento da idade limite de liberação compulsória. A justificativa apresentada baseia-se na sensação de impunidade sentida pela sociedade, pontuando que é uma das responsáveis pelo aumento da violência. Além disso, afirma-se que as medidas atuais são brandas, incentivando a prática crimes graves praticados por menores de idade. Acredita-se que medidas mais rígidas são essenciais no combate à criminalidade, principalmente em razão da discussão acerca da redução da maioridade penal que não avança no Congresso Nacional (Brasil, 2024, p. 2-12).

Registra-se que os antecedentes criminais dos menores de 18 anos não permanecem em suas fichas criminais, tornando-os réus primários quando alcançam a maioridade. Nesse sentido, pode-se afirmar que os jovens com o referido transtorno e que cometem graves atos infracionais são beneficiados pela legislação, a qual abranda as sanções e contribui, de certa forma, para a reincidência criminal. Isso colabora para a sensação de impunidade sentida pela sociedade que vê a redução da maioridade penal como uma solução adequada (Silva, 2018, p. 215). Assim, diante dos anseios da sociedade, surgem as iniciativas do legislativo, como a supramencionada, porém não é possível afirmar que, na prática, surtirão os efeitos esperados.

Há concepções que afirmam que a redução da maioridade penal traz uma sensação de segurança pública e de redução da violência. O que acontece, na realidade, é o isolamento dos adolescentes que ameaçam a harmonia da sociedade, mas não passa de uma solução simples para um problema extremamente complexo. A violência juvenil é resultado da ausência de implementação de políticas públicas pelo

Estado, que agrava as desigualdades sociais e afeta principalmente os jovens negros e carentes. Deixar que o adolescente ingresse em presídios não confere oportunidade de ressocialização e potencializa os fatores que levaram à prática do ato infracional. A redução da maioridade é um retrocesso aos direitos e garantias conquistados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que prevê medidas eficazes, mas que não são efetivadas pelo Estado (Oliveira, 2018, p. 86-87).

A resposta para o anseio social, exige a atenção de várias áreas do conhecimento e pode ser impossível a criação de um critério absoluto para a definição da idade penal. Entretanto, a redução pretendida pelo legislativo e pela sociedade não contribui para a redução da violência. O ideal é analisar a personalidade do jovem infrator, a gravidade do ato infracional e sua capacidade em entender seus atos, individualizando cada caso e punindo aqueles mais perversos e perigosos como se adultos fossem (Silva, 2018, p. 210-217).

Nesse sentido, entende-se que a redução da maioridade penal não é responsável pela diminuição dos índices de violência. Em verdade, países com a idade penal reduzida apresentam mais violência e, conseqüentemente, maior criminalidade, sendo necessária a criação de políticas públicas adequadas voltadas, especificamente, ao combate da violência (Lins; Filho; Silva, 2016, p. 133-134).

Estudos demonstram que, quanto maior a idade, mais grave é o delito cometido, o que coaduna com o entendimento de que o adolescente é indivíduo em desenvolvimento, merecendo a aplicação de medidas educativas e não punitivas. A redução da maioridade penal não possui benefícios comprovados e visa somente a punição do adolescente transgressor, propiciando a manutenção de comportamentos criminosos. A solução mais adequada é o aprimoramento das atividades socioeducativas, a realização de

intervenções em conjunto com a família, tanto preventivamente, quanto para remediar os atos transgressores. Contudo, é essencial a participação ativa do Estado com o objetivo de efetivar a socioeducação (Cunha; Ropelato; Alves, 2006, p. 656-657).

Destaca-se que os portadores de problemas graves de personalidade não demonstram avanços em sua condição unicamente com o tratamento medicamentoso ou com psicoterapia, visto que não há tratamento específico para a personalidade perversa desses indivíduos e mantê-los internados não é uma solução adequada. O adolescente infrator precisa ser submetido a consultas regulares com profissionais de saúde mental, a fim de avaliar constantemente seu nível de periculosidade. Além disso, deve-se implementar programas específicos para o tratamento da citada particularidade comportamental e, nos casos realmente irrecuperáveis, aplicar medida de segurança para manter o infrator privado de sua liberdade pelo tempo necessário à cessação do perigo que representa à sociedade (Kaufman, 2004, p. 16).

Nesse cenário, Amaro (2004, p. 143-144) afirma que é necessário a distinção de penas de jovens com distúrbios da personalidade, daqueles que não os apresentam, visto que os primeiros necessitam de tratamento de longa duração e específico para sua condição. Para alterar os padrões de conduta criminosos pode-se levar vários anos, sendo evidente que o período de internação previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é insuficiente para tanto. Todavia, ocorrendo eventual aumento no período de internação, é essencial a adoção de medidas eficientes e voltadas ao tratamento especializado dos infratores.

Conhecer as origens e os motivos dos comportamentos antissociais apresentados por crianças e adolescentes é fundamental na busca por alternativas voltadas ao controle do transtorno, bem

como para impedir que os comportamentos criminosos e antissociais se prolonguem na vida do indivíduo. Necessário realçar que quando o comportamento antissocial vem acompanhado de violência, exige-se uma atuação mais intensiva. A apresentação dos comportamentos violentos na infância aumenta a probabilidade de o indivíduo continuar na criminalidade. Além disso, quando a criança ou o adolescente convive com outros delinquentes, o prognóstico é agravado, também influenciando na persistência do comportamento delituoso (Wainer, 2006, p. 7-12).

Relevante pontuar que quando o comportamento antissocial se inicia na infância e persiste até a idade adulta, torna-se essencial a busca pelas origens do transtorno, os quais podem estar relacionados a fatores presentes até mesmo antes do nascimento. Acredita-se que intervenções durante o desenvolvimento do sistema nervoso do indivíduo podem ser a causa de comportamentos antissociais. Ainda, observa-se que jovens que vivem em ambientes desfavorecidos, sem acolhimento e correção de seus atos, constroem, ao longo do tempo, uma personalidade antissocial de difícil mudança (Moffit, 1993, p. 680-684).

Nos primeiros anos de vida, o sistema nervoso humano é mais maleável e está sujeito a sofrer influências significativas do ambiente. Desse modo, investir na educação e em políticas públicas nesse período é capaz de propiciar benefícios rapidamente e auxiliar na redução de despesas oriundas da evasão escolar, violência, criminalidade e outros. A ausência de valorização da educação infantil prejudica não apenas o desempenho escolar, mas também agrava as desigualdades sociais. Por outro lado, investimentos nessa área impactam grandemente na evolução do indivíduo, sendo essencial para a diminuição dos índices de delinquência (Chagas, 2018, p. 74-75).

Espera-se que os sistemas de educação e saúde atuem em conjunto, com capacidade de diagnosticar e fornecer cuidados assertivos a indivíduos que apresentam Transtorno de Conduta (TC). É essencial que o professor esteja preparado para saber lidar com as situações e, juntamente com profissionais da saúde qualificados, saiba orientar a família para buscar tratamento adequado. Quanto antes for identificada a existência do transtorno, maiores são as chances de obter-se benefícios com o tratamento terapêutico (Farias *et al*, 2011, p. 9-10).

Somente compreendendo as bases do comportamento antissocial é que se vislumbra a possibilidade de um tratamento efetivo. Sabe-se, hoje, que os hormônios contribuem para a compreensão da origem biológica das condutas antissociais e, através de influências ambientais e genéticas, definem o funcionamento cerebral. Níveis baixos de cortisol e mais elevados de testosterona podem afetar a conduta do indivíduo, fazendo-o praticar atos típicos da psicopatia. Apesar disso, não se tem conhecimento sobre a possibilidade de modificá-los, mas a elaboração de novas pesquisas na área pode proporcionar a criação de terapias hormonais capazes de aprimorar o funcionamento dos cérebros desses indivíduos e auxiliar na redução dos riscos que causam a si mesmos e à sociedade (Barros; Taborda; Rosa, 2015, p. 1-4).

Nesse contexto, considerando que o transtorno em evidência pode ter origem genética, vale dizer que os genes humanos podem se expressar ou se silenciar de acordo com influências do ambiente, adaptando o indivíduo às situações que está inserido e conduzindo-o à saúde ou à doença. A cumulação das alterações epigenéticas⁵ com

⁵ A epigenética é uma ciência que busca compreender como o ambiente influencia na expressão das informações genéticas. Em alguns casos, em razão das alterações epigenéticas, o resultado das modificações causadas por fatores ambientes pode se tornar hereditário. ZUCCHI, Fabíola Cristina Ribeiro. Inato ou Adquirido: como Fatores Epigenéticos Influenciam o

as experiências vividas ao longo da vida pelo próprio indivíduo, ou por seus ascendentes, pode determinar seu comportamento. Os distúrbios psiquiátricos possuem relação com a alteração epigenética herdada e que foi influenciada por uma resposta inadequada ao estresse do ambiente. Ocorre que a memória epigenética pode ser alterada, desse modo, com a identificação de tais distúrbios, é plausível o desenvolvimento de uma estratégia preventiva de tratamento e terapia (Zucchi, 2016, p. 20-22).

A criança com Transtorno de Conduta (TC) possui mais chances de evoluir com tratamentos terapêuticos e outras medidas preventivas quando diagnosticada precocemente. Contudo, o tratamento não deve se concentrar exclusivamente no portador do transtorno, mas sim combinar ações com a família e a comunidade escolar. Além disso, o profissional responsável deve estar atento às especificidades de cada caso. Destaca-se que a desestruturação familiar prejudica as possibilidades de melhora do indivíduo, sendo essencial a atuação multidisciplinar, de modo a tornar seu meio social apto a recebê-lo (Farias *et al*, 2011, p. 10).

Ademais, é comum crianças e adolescentes com comportamentos antissociais estarem inseridas em ambientes cujo contexto social é problemático. Normalmente residem em locais que enfrentam situações de pobreza, racismo e práticas criminosas. Nessa situação, convivem diariamente expostas à vulnerabilidade, o que influencia a persistência dos comportamentos antissociais e eventual agravamento deles, visto que há íntima relação entre os transtornos de

Desenvolvimento Infantil. In: BARR, Marcia Alvaro (org.). **Neurociências e Educação na Primeira Infância**: progressos e obstáculos. Brasília; Senado Federal; Comissão de Valorização da Primeira Infância e Cultura da Paz, 2016. 156 p. ISBN: 978-85-7018-761-1. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536046/neurociencias.pdf>. Acesso em 04 ago. 2024.

comportamento e a condição socioeconômica em que a criança está inserida (Dumas, 2011, p. 325-326).

Em harmonia com o exibido, Bordin e Offord (2001, p. 14-15) destacam que indivíduos mais jovens e com sintomas leves beneficiam-se mais de tratamentos psicoterápicos, sendo evidente a importância do diagnóstico precoce. Contudo, já havendo a prática de condutas criminosas, é imprescindível a atuação de profissionais especializados no tratamento desses jovens antissociais, inserindo-os em atividades diversas e buscando incluir a família no processo terapêutico. Infelizmente, nem sempre a sociedade possui os meios necessários para auxiliar no controle dessa condição e, mesmo havendo recursos disponíveis, muitas famílias não conseguem seguir corretamente o tratamento indicado, sendo essencial a atuação assertiva dos profissionais envolvidos, sempre considerando as peculiaridades de cada caso.

Diante do exposto, extrai-se que há um número significativo adolescentes infratores que apresentam Transtorno de Conduta (TC). Embora não exista solução definitiva, a discussão sobre a diminuição da maioridade penal e o desenvolvimento de medidas socioeducativas mais rigorosas emergem como possíveis alternativas. Por outro lado, também é necessário investigar a raiz do problema, que poderá propiciar a elaboração de políticas públicas e abordagens alternativas de tratamento que envolvam o indivíduo a família e a sociedade, respeitando as particularidades de cada caso. Assim, é fundamental buscar soluções que harmonizem o sistema de justiça com as nuances e complexidades inerentes ao comportamento infracional decorrente do transtorno ora estudado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos das crianças e adolescentes sofreram inúmeras mudanças no decorrer dos anos. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como com a Convenção dos Direitos das Crianças e com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), passou-se a ver a criança e o adolescente como sujeitos em desenvolvimento, merecedores de tratamento jurídico diferenciado. Conferiu-se a esses indivíduos direitos com base no melhor interesse do menor e, especialmente, na proteção integral, princípio basilar que visa a garantia dos direitos fundamentais e a proteção do indivíduo.

Com foco na ressocialização de menores em conflito com a lei, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) disponibiliza as medidas socioeducativas e de proteção. Contudo, o referido instrumento legal não foi munido com previsões específicas para os casos de crianças e adolescentes com problemas psiquiátricos. O Transtorno de Conduta (TC) manifesta-se ainda durante a infância e é responsável por tornar a criança ou o adolescente agressivo, sem sentimento de remorso pelo cometimento de delitos, bem como indiferente aos sentimentos e direitos alheios. Sem o tratamento adequado, o quadro do indivíduo pode ser agravado e resultar no diagnóstico de Transtorno de Personalidade Antissocial (TPAS) na idade adulta.

De acordo com o entendimento jurisprudencial, o objetivo das medidas socioeducativas não é a punição do infrator, mas sim a educação. No entanto, esse trabalho defende a concepção de que o sistema socioeducativo possui tanto natureza retributiva quanto pedagógica, uma vez que tem o propósito de responsabilizar o adolescente pelo seu ato transgressor, a fim de orientar acerca do caráter reprovável da conduta e coibir a prática de novos atos infracionais. Além disso, acredita-se que negar o caráter punitivo

reafirma o sentimento de impunidade sentido pela sociedade perante a prática de graves atos infracionais por crianças e adolescentes.

Conforme demonstrado no presente artigo, as medidas socioeducativas existentes não são capazes de controlar o comportamento impulsivo das crianças e adolescentes com Transtorno de Conduta (TC), visto que não sentem culpa nem empatia pelos prejuízos causados por seus atos. Em que pese a existência de previsão para tratamento psiquiátrico como medida de proteção, vê-se que o instituto está previsto de forma absolutamente genérica e não está sendo consolidado, afinal, a incidência e malefícios do transtorno estudado não são amplamente conhecidos, o que dificulta o controle da prática de atos infracionais, da reincidência e da continuidade dos comportamentos delituosos na idade adulta.

Diante do apresentado, por meio da pesquisa bibliográfica realizada acerca dos temas desenvolvidos nos capítulos deste artigo, cujo objetivo é responder se as medidas socioeducativas e de proteção existentes são suficientes para ressocializar, evitar a reincidência infantojuvenil e resguardar os princípios e direitos fundamentais de jovens com transtorno de conduta, entende-se que a previsão legal é genérica, de modo que a dificuldade reside na consolidação de seus objetivos. Somente sua aplicação sem considerar as particularidades dos infratores não é suficiente e exige-se uma atuação multidisciplinar mais aprofundada, que inclua não só a criança e o adolescente, mas também a família e o local em que estão inseridos.

Com isso, extrai-se que a atuação estatal, por hora, não cumpre com seu papel de proteção integral. Os portadores do Transtorno de Conduta não estão englobados no microssistema socioeducativo, exigindo-se aprimoramento profissional para identificar a incidência do transtorno. Somente assim, será possível a elaboração de um tratamento eficaz que possa de fato ressocializá-los e integrá-los

novamente ao meio social, sem que sejam vistos como criminosos, consolidando, desse modo, os objetivos socioeducativos e reduzindo os danos que causam a si mesmos e à sociedade.

Conforme verificado no decorrer do trabalho, é salutar que a atuação estatal inicie com políticas públicas voltadas a famílias carentes, com histórico de violência, criminalidade e usuárias de tóxicos, pois essas condições são fatores influenciadores no desenvolvimento do transtorno. Ademais, a criança e o adolescente devem ser submetidos a profissionais capacitados, permitindo o diagnóstico precoce e a aplicação de alternativas que aumentem as chances de um resultado satisfatório. Nos casos de criança e adolescentes com hábitos delituosos, deve-se desenvolver atividades efetivamente pedagógicas específicas para o transtorno, mas, principalmente, proporcionar simultaneamente tratamento médico especializado.

Destaca-se que as abordagens individualizadas e multidisciplinares são as alternativas mais adequadas e permitem o controle dos atos delituosos e da reincidência, nos casos em que já ocorreu a conduta transgressora. Tal situação exige uma atuação com mais afinco da rede de proteção e dos setores estatais, desde o início da vida dos indivíduos, concedendo mais atenção àquelas famílias que já se encontram em situação de vulnerabilidade social.

Embora há quem acredite que medidas mais severas ou a diminuição da maioria penal sejam soluções adequadas, infere-se do estudado que, na realidade, não surtem os efeitos desejados, uma vez que os infratores com Transtorno de Conduta (TC) não são sensíveis às punições puras e simples e tendem a piorar seu prognóstico ao permanecerem em ambientes com outros delinquentes ou propícios à atividade criminosa.

Ao fim, conclui-se que as medidas socioeducativas e de proteção atuais, sozinhas, não são eficazes para ressocializar e evitar a reiteração de atos infracionais por crianças e adolescentes com Transtorno de Conduta (TC). Além disso, não abrangem as especificidades necessárias exigidas para o tratamento adequado dos portadores do transtorno em tela, desrespeitando o melhor interesse do menor, a proteção integral e demais princípios e legislações norteadoras dos direitos infantojuvenis. É evidente que se faz necessário a criação de previsões mais específicas, bem como a elaboração de novos estudos sobre o tema, com o intuito de efetivar a socioeducação e garantir o bem estar da sociedade e da própria criança ou adolescente afetado.

REFERÊNCIAS

AMARO, Jorge Wohney Ferreira. O debate sobre a maioria penal. **Archives of Clinical Psychiatry**, São Paulo, v. 31, n. 3, p. 142-144, 2004. DOI: 10.1590/S0101-60832004000300004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rpc/a/4k3G7SNZftHqCh4yd7x6sgn/?lang=pt>. Acesso em: 08 set. 2024.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2024. 795 p. ISBN 9788553621286.

ANDRADE, Renata Candido de et al. Prevalência de transtornos psiquiátricos em jovens infratores na cidade do Rio de Janeiro (RJ, Brasil): estudo de gênero e relação com a gravidade do delito = Prevalence of psychiatric disorders in juvenile offenders in the city of Rio de Janeiro (RJ, Brazil). **Ciência & Saúde Coletiva**, São Paulo, abr. 2011. p. 2179 – 2188. DOI: 10.1590/S1413-81232011000400017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/rKZQGNK9rYbwgYszvh-gFdXm/#>. Acesso em: 28 ago. 2024.

ANDRADE, Thairine Redígolo de; SANTOS, Júlia Maria de Souza; BARBOSA, Andréa Frizo de Carvalho. Transtorno de conduta na infância: Um estudo de caso. **Research, Society and Development** [s.l], v. 12, n. 9, p. 1 - 9, set. 2023. DOI:10.33448/rsd-v12i9.43141. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/373930923_Transtorno_de_conduta_na_infancia_Um_estudo_de_caso/citations. Acesso em: 30 ago. 2024.

ARAUJO JUNIOR, Gediél Claudino de. **Prática no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788597019148.

ASSOCIAÇÃO AMERICANA DE PSIQUIATRIA. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5**. 5. ed. Porto Alegre, RS: Artmed, 2014.

AZEVEDO, Maurício Maia de. **O código de Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: https://www.tjrj.jus.br/documents/10136/30354/codigo_mello_mattos_seus_reflexos.pdf. Acesso em: 18 abr. 2024.

BARROS, Alcina Juliana Soares; TABORDA, José Geraldo Vernet; ROSA, Regis Goulart. O papel dos hormônios na psicopatia. **Debates em Psiquiatria**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 24–27, 2015. DOI: 10.25118/2763-9037.2015.v5.179. Disponível em: <https://revistardp.org.br/revista/article/view/179>. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI sistema Carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/2af0f030-bd35-453c-8162-c09dc43c237e>. Acesso em 20 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Panorama das Reentradas no Sistema Socioeducativo**: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros. Brasília, CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Panorama-das-Reentradas-no-Sistema-Socioeducativo.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 7 dez. 1940, p. 23911. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 nov. 1990a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em 18 abr. 2024.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 13 jul. 1990b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional De Políticas Penais (SENAPPEN). **SISDEPEN**: Estatísticas Penitenciárias. Brasília, DF, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 28 mar. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.325, de 2024**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2024. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2435900&filename=PL%202325/2024. Acesso em: 01 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRG no Habeas Corpus n. 652086 – SC. Sexta Turma. Agravante: A. F. G. Agravado: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Decisão em 09 de agosto de 2022. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF. 10 p. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100758891&dt_publicacao=18/08/2022. Acesso em: 18 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.533.206 – MG. Quarta Turma. Recorrente: A.L.C. DE J. Recorrido: M.R. DE J. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Decisão em 17 de novembro de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF. 22 p. 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403456537&dt_publicacao=01/02/2016. Acesso em: 18 abr. 2024.

BORDIN, Isabel A. S.; OFFORD, David R. Transtorno da conduta e comportamento anti-social. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, São Paulo, v. 22, n. 2, p. 12–15, 24 jan. 2001. DOI: 10.1590/s1516-44462000000600004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbp/a/6KyCKnGj4bHv7qBzXbqWzzK/?lang=pt#>. Acesso em 04 set. 2024.

CHAGAS, Eva Regina Carrazoni. Neurociência, Infância e Educação infantil. **RELAdEI - Revista Latinoamericana de Educación Infantil**, [online], v. 7, p. 67-77, 13 jul. 2018. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7598582>. Acesso em: 31 ago. 2024.

CHAVES, Anna Cecília Santos. Crimes violentos e suas relações com transtornos de personalidade: implicações jurídico-penais. **Revista Fórum de Ciências Criminais - RFCC**, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 13-52, jul./dez. 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/336217604_Crimes_violentos_e_suas_relacoes_com_transtornos_da_personalidade_implicacoes_juridico-penais_Personality_disorders_and_their_relationship_to_violent_crimes_implications_to_Criminal_Law_article. Acesso em: 31 ago. 2024.

CRUZEIRO, Ana Laura Sica *et al.* Prevalência e fatores associados ao transtorno da conduta entre adolescentes: um estudo de base populacional = Prevalence and factors associated with behavioral disorders in adolescents: a population-based study. **Cadernos de Saúde Pública**, Pelotas, v. 24, n. 9, p. 2013 – 2020, set. 2008. DOI: 10.1590/S0102-311X2008000900007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/VNGPQwC5yFCsprTYpFrCx6m/>. Acesso em 29 ago. 2024.

CUNHA, Paula Inez; ROPELATO, Raphaella; ALVES, Marina Pires. A Redução da Maioridade Penal: Questões Teóricas e Empíricas. **Psicologia: Ciência e Profissão**, [online], v. 26, n. 4, p. 646 – 659, dez. 2006 (publicado em 15 ago. 2012). DOI: 10.1590/S1414-98932006000400011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/64pyBGBkWmyK6qx5X8JwY7j/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 08 set. 2024.

DÓRIA, Gustavo Manoel Schier. **Avaliação dos Transtornos Psiquiátricos em Adolescentes em Conflito com a Lei**. 2011. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Saúde da Criança e do Adolescente). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/bitstream/handle/1884/36834/R%20-%20T%20-%20GUSTAVO%20MANOEL%20SCHIER%20DORIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 ago. 2024.

DUMAS, Jean E. **Psicopatologia da infância e da adolescência**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011. 641 p. E-book. ISBN 9788536325644.

FARIAS, Cassilene de Souza et al. **Transtorno de Conduta na Infância**. 2011. Artigo (Pós-graduação do curso lato sensu de neuropedagogia) – UNIJALES. São Paulo, 2011. Disponível em: <https://www.unijales.edu.br/elejoufiles/download/id:52>. Acesso em: 02 set. 2024.

FREIRE, Muniz. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Grupo GEN, 2022. 217 p. E-book. ISBN 9786559645688.

KAUFMAN, Arthur. Maioridade Penal. **Archives Of Clinical Psychiatry**, São Paulo, v. 31, n. 2, p. 105-106, jul. 2004. DOI: 10.1590/S0101-60832004000200007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rpc/a/sXfp9mgbxqCDNBmZJhRFFPc/?lang=pt>. Acesso em: 08 set. 2024.

LINS, Rodrigo; FILHO, Dalson Figueiredo; SILVA, Lucas. A redução da maioridade penal diminui a violência? Evidências de um estudo comparado. **Opinião Pública**, Campinas, vol. 22, nº 1, p. 118-139, abr. 2016. DOI: 10.1590/1807-0191201622118. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/bhwWJbhzNBSrHN8ssQVdWmm/?lang=pt>. Acesso em: 08 set. 2024.

MACHADO, Martha de Toledo. Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na Constituição Brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente. In: Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILANUD); Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH); Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude (ABMP) (org.). **Justiça, adolescentes e ato infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

MARCOLINO, Fabíola Vilela Chaves. **30 anos de ECA: um estudo sobre as principais modificações ocorridas na legislação infanto juvenil**. Conteúdo Jurídico: Brasília, DF, 09 de julho de 2020. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/30-anos-do-ECA_principais-modificacoes.pdf. Acesso em: 08 set. 2024.

MARMORATO, Paulo Germano; ANDRADE, Ênio Roberto de. Transtornos da conduta na infância e transtorno da personalidade antissocial. In: NETO, Mario Rodrigues Louzã, CORDÁS, Táki Athanássios (org.). **Transtornos da Personalidade**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

MOFFIT, Terrie E. Adolescence-Limited and Life Course-Persistet and Antisocial Behavior: A developmental Taxonomy. **Psychological Review**, [S.l.], vol 100, n. 4, p. 647-701, 1993. Disponível em: <https://www.d.umn.edu/~jmaahs/MA%20Theory%20Articles/Moffitt.pdf>. Acesso em: 04 set. 2024.

NASCIMENTO, Layanna Silva. **A evolução penal das crianças e dos adolescentes – reduzir ou não a maioridade penal?**. 2022. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário AGES, Bahia, 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/23588>. Acesso em: 17 mar. 2024.

NICODEMOS, Carlos. A natureza do sistema de responsabilização do adolescente autor de ato infracional. In: Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD); Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH); Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude (ABMP) (org.). **Justiça, adolescentes e ato infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

OLIVEIRA, Bruna Cristina Silva. “Nenhum passo atrás”: algumas reflexões em torno da redução da maioria penal. **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 131, p. 75-88, jan./abr. 2018. 14 p. DOI: 10.1590/0101-6628.131. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ss-soc/a/mLJCJSL9ktNyCTCZPtRHgrWM/?lang=pt#>. Acesso em: 07 set. 2024.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **CID-11 para Estatísticas de Mortalidade e de Morbidade**. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2022. Disponível em: <https://icd.who.int/browse/2024-01/mms/pt#719572464>. Acesso em: 13 jun. 2024.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato Infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização. In: Instituto latino-americano das nações unidas para prevenção do delito e tratamento do delinquente (ILANUD); Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH); Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude (ABMP) (org.). **Justiça, adolescentes e ato infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SERAFIM, Antonio de Pádua; RIGONATTI, Sérgio Paulo; BARROS, Daniel Martins de. Transtornos da personalidade: aspectos médico-legais. In: NETO, Mario Rodrigues Louzã, CORDÁS, Táki Athanássios (org.). **Transtornos da Personalidade**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

SHINE, Sidney Kiyoshi. **Psicopatia**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. 3. ed. São Paulo: Principium, 2018.

SILVA, Antonio Fernando do Amaral e. Estatuto da criança e do adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da imputabilidade penal. In: Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILA-NUD); Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH); Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude (ABMP) (org.). **Justiça, adolescentes e ato infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescentes: elementos para uma teoria garantidora**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. 102 p. E-book. ISBN 9788502206373.

TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. Evitar o desperdício de vidas. In: Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILANUD); Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH); Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude (ABMP) (org.). **Justiça, adolescentes e ato infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SANTOS, Danielle Maria Espezin dos. Responsabilização estatutária e os avanços do penalismo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, 2015, v. 17, n. 112, p. 393 – 412, jun/set 2015. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/121/122>. Acesso em: 21 abr. 2024.

WAINER, Francisca Werth. **Prevención social del delito: Pautas para una intervención temprana em niños y jóvenes**. Fundación Paz Ciudadana e Fundación Hanns Seidel Stiftung, 2006. Disponível em: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/prevencion-social-del-delito-pautas-para-una-intervencion-temprana-en-ninos-y-jovenes/>. Acesso em: 19 jun. 2024.

ZAPATER, Maíra Cardoso. **Direito da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. 175 p. E-book. ISBN 9786553624603.

ZUCCHI, Fabíola Cristina Ribeiro. Inato ou Adquirido: como Fatores Epigenéticos Influenciam o Desenvolvimento Infantil. In: BARR, Marcia Alvaro (org.). **Neurociências e Educação na Primeira Infância: progressos e obstáculos**. Brasília; Senado Federal; Comissão de Valorização da Primeira Infância e Cultura da Paz, 2016. 156 p. ISBN: 978-85-7018-761-1. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/536046/neurociencias.pdf>. Acesso em 04 ago. 2024.

O ABORTO EM RAZÃO DO ESTUPRO BILATERAL DE VULNERÁVEIS: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DISSENSO ENTRE A VONTADE DOS PAIS E DA GESTANTE MENOR

Mayles Alessandra Tesck Almeida¹

Gisele Dall Igna Dallorsoletta²

RESUMO

O estupro de vulnerável é tipificado pelo Código Penal em seu artigo 217-A. Acerca do crime, outros desdobramentos têm gerado repercussão e críticas, como a possibilidade de a partir do estupro bilateral de vulneráveis e resultado gravidez, haver dissenso entre os pais e os autores/vítimas, sobre gerir a criança. Diante dessa problemática, esta pesquisa traz por objetivo geral analisar o tema que envolve o estupro bilateral de vulneráveis e a não concordância dos pais em relação à vontade da criança gestar, à luz do princípio do melhor interesse da criança. Para intermédio da pesquisa a metodologia utilizada foi um levantamento bibliográfico e documental, caracterizando o estudo em descritivo e qualitativo. Após o término deste, verificou-se que a legislação é inespecífica sobre o assunto assim como as bases teóricas e doutrinárias apresentarem escassez do tema, mas viu-se que quanto ao melhor interesse da criança e do adolescente, cabe fazer com que suas fases de infância e adolescência sejam vividas sem responsabilidades da criação de um filho decorrente do ato de estupro, mesmo que bilateral em vulnerabilidade.

Palavras-chave: Adolescente. Criança. Estupro Bilateral. Vulnerabilidade.

¹ Discente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. E-mail: mtesckalmeida@gmail.com

² Docente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC –. Mestranda em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário. Especialista em Educação Infantil, Séries Iniciais e Orientação Pedagógica. Licenciada em História. Bacharel em Direito. E mail: giseledall@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O Brasil sofre a cada ano com aumento da criminalidade e as consequências jurídicas resultantes das mais diversas manifestações, com uma constante sucessão de acontecimentos que fazem com que a sociedade se molde diante de alterações comportamentais e legislativas. Dentre as ocorrências que refletem em um novo comportamento há o que se falar também acerca das novas características que assumem o contexto penal, como no caso dos novos crimes que incorporam o Código que rege esse ordenamento.

Com isso ressalva-se o tema em torno do estupro bilateral de vulneráveis, que acomete aos menores de quatorze anos e os resultados que a sua ocorrência pode assumir, como o fato de uma gravidez, o aborto e uma nova discussão, como a vontade da criança gerir e o dissenso dos pais sobre isso. Tem-se então, uma questão de grande complexidade que afeta a vida dessas crianças e adolescentes envolvidos e toda contextualização no cenário familiar.

Diante dos fatos é possível verificar que há um paradoxo envolvendo o Direito Penal e o Direito de Família em um prisma completamente delicado que é este assunto, traçando o seguinte problema: ante o estupro bilateral entre menores de idade e a gravidez decorrente desse ato, qual é a postura que deve ser adotada no que se refere à não concordância dos pais em relação à vontade da criança gestar, à luz do princípio do melhor interesse da criança?

Sobre a hipótese conferida, partindo do pressuposto de que o princípio do melhor interesse da criança é um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro e que a vontade da criança deve ser considerada em decisões que a afetem diretamente, a hipótese deste trabalho é a de que a negação do direito de a criança gestar o filho resultante do estupro bilateral, ainda que contra a vontade dos

pais, pode ser considerada uma violação aos direitos da criança e do adolescente.

Com intuito de atender aos resultados propostos ao estudo, teve-se como objetivo geral analisar o tema que envolve o estupro bilateral de vulneráveis e a não concordância dos pais em relação à vontade da criança gestar, à luz do princípio do melhor interesse da criança. Como objetivos específicos, apresentam-se: analisar a proteção dos direitos da criança e do adolescente frente ao estupro bilateral; identificar os aspectos jurídicos, sociais e éticos envolvidos na questão do estupro bilateral entre menores de idade e a não concordância dos pais em relação à vontade da criança gestar e verificar a aplicação do princípio do melhor interesse da criança em situações de estupro bilateral entre menores de idade e a não concordância dos pais em relação à vontade da criança gestar.

Acerca da justificativa que traça o cunho temático, a presente pesquisa colabora com a sociedade, pois abordará aspectos importantes e controvertidos sobre o tema, suscitando reflexões e fomentando maior debate a fim de contribuir na formação da comunicação das partes envolvidas para um desfecho mais justo em situações de gestação decorrente de estupro bilateral de vulneráveis. É necessário que sejam analisados e debatidos os aspectos legais, sociais e éticos envolvidos nessa questão, a fim de que sejam encontradas soluções justas e adequadas para a proteção da integridade física e emocional dos envolvidos.

A metodologia empregada na pesquisa se tratou de um levantamento bibliográfico, documental, qualitativo, exploratório e descritivo. Não houve nenhum levantamento jurisprudencial que trouxesse um debate específico sobre o tema, mas sim, uma abordagem geral sobre o entendimento doutrinário, teórico e legislativo sobre o assunto, com a finalidade de analisar a ocorrência do estupro

bilateral de vulneráveis e as implicações jurídicas, éticas e sociais que o envolve.

2 A TUTELA JURÍDICA DE PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Com a evolução no campo social o ordenamento jurídico também trouxe melhor representatividade nesse meio, adequando-se à medida que os cidadãos se mostrassem em necessidade de proteção. Com as edições da Constituição Federal (CF/88), sabendo que ela é a base para formulação de novas leis, ao firmar sua promulgação no ano de 1988, vigendo até hoje, fez-se papel relevante para cunho social (Ferraz, 2017, p. 08).

Importante explicar também que, a criança é a pessoa com idade de até doze anos incompletos e o adolescente é assim considerado a partir de doze anos até completar dezoito. Entretanto, o reconhecimento de uma criança não deve se pautar apenas em critérios de idade e sua evolução, mas sim como um indivíduo que interage no meio social, possui influência e também é influenciado (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 03).

A amplitude do ordenamento jurídico trouxe maior proteção aos direitos individuais, sociais e políticos, demonstrando ainda, quais meios podem ser utilizados para que esses direitos sejam efetivados, estendendo a todos os cidadãos, fazendo valer todas as prerrogativas em prol da subsistência. Deve-se compreender que a necessidade de normas e leis se faz presente para manutenção de ordem e convívio social (Toledo, 2013, p. 45).

Em seu rol protetivo, ao estabelecer as condições expressas à criança e ao adolescente, a carta constitucional traz atenção especial a estes, fato que denota proteção à pessoa em desenvolvimento, haja

vista que o dispositivo tem o propósito de ensinar a garantia de direito à vida, educação saúde e proteção a estes seres vulneráveis (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 03). Essa concepção está assimilada ao interpretar o artigo 227 da CF/88 o qual dispõe:

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).

No que concerne ao dever da família, conforme estabelece o artigo supra, tem-se o mesmo reforço ao verificar o que trata o artigo 229 do mesmo dispositivo legal, quando diz que é dever dos pais assistir, educar e cuidar dos filhos quando ainda menores, veja-se: “[...] os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (Brasil, 1988).

Essa proporção em demonstrar que a criança e o adolescente devem ser assistidos e cuidados por outros responsáveis, dá causa a sua inimizabilidade, inibindo a aplicação de lei penal a estes, pois se reafirma essa condição ao demonstrar o artigo 228 extraído da CF/88 que: “[...] são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (Brasil, 1988).

Em continuidade a esses direitos tutelados, a Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU), trouxe no ano de 1989 mais um desdobramento dessa sintonia, assumindo compromisso aos cuidados de crianças e adolescentes em seus primeiros quarenta artigos. Viu-se mais uma vez emergir a proteção individual desses

menores, a fim de consolidar as relações sociais com os preceitos constitucionais (Hommes, 2014, p. 15).

Com uma junção de responsabilidades, entre a CF/88 e a Convenção da ONU em 1989, deu-se ensejo à criação da Lei nº 8.069 no ano de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Acerca desse, explica Souza (2011, p. 129) que “[...] a Lei nº 8.069/90, teve como base para sua elaboração os princípios e dispositivos enunciados pela Convenção, adaptando-os à nossa conjuntura política, social, cultural e econômica”.

Em se tratando de proteção, menciona-se também o Código Civil (CC), que através do inciso I do artigo 932 prevê que: “[...] são também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia” (Brasil, 2002). Observa-se que são vários os dispositivos legais que demonstram o compromisso de proteção a estes menores e vulneráveis.

Segundo menciona Ferreira (2010, p. 105), os filhos menores estão sob responsabilidade dos pais, o que quer dizer que os atos deles refletem no comportamento dos pais, para assim poder repreendê-los. A responsabilidade dos pais sobre os menores está fundamentada no poder familiar, tal vínculo atribui deveres aos pais como por exemplo, assistência moral e material, assim como outros.

Luz (2009, p. 158) explica que o poder familiar é um conjunto de obrigações dos pais, no que se refere aos filhos menores e aos seus bens. Além da autoridade que exercem os pais sobre os filhos, isso enquanto eles não atingirem a maioridade. Considerando que os menores devem permanecer sob a guarda de seus responsáveis é mister dizer que os pais possuem a obrigação de os manter seguros para atingirem um desenvolvimento pleno e saudável.

A partir do que se verifica, especialmente ao retomar o dispositivo constitucional, é possível considerar que a doutrina de proteção integral à criança e ao adolescente, sistematiza valor ético, que a partir de normas independentes que a compõe, remete proteção integral a estes menores (Monteiro, 2017, p. 14).

Conforme explica Toledo (2013, p. 48) a proteção integral é atender a criança e ao adolescente de forma diferenciada, ao passo que a igualdade formal é rompida e um sistema normativo novo se inclina para buscar a igualdade material quando ocorre um tratamento desigual que privilegia o menor, “[...] assegurando-lhes a satisfação de suas necessidades básicas, tendo em vista sua especial condição de pessoas em desenvolvimento.

Inferindo maior responsabilidade a esse processo de proteção integral, importa dizer que a criança e ao adolescente não devem receber nenhum tratamento parcial ao que se refere aos seus direitos. Isso porque, deve-se levar ao fato realmente interpretativo, pois proteger de forma integral é cumprir todos os quesitos aplicados ao que o direito lhes confere (Capez; Prado, 2014, p. 147).

Corroborando com o acima exposto, de acordo com Souza (2011, p. 75), os direitos de todas as crianças e adolescentes devem ser reconhecidos universalmente. Referido autor também explica que são direitos especiais e específicos, justamente por estes menores serem pessoas em desenvolvimento. Por esta razão é que as leis internas e o direito de cada sistema nacional devem garantir que os cidadãos menores de dezoito anos tenham todas as suas necessidades supridas. Isso não significa dizer que se deve primar apenas pelo aspecto penal dos atos indevidos praticados por eles, mas auxiliar na manutenção de outros direitos, como à vida, educação, liberdade, lazer, entre outros.

Coaduna-se então, que a proteção integral não se trata apenas de reconhecer direitos universais, como aqueles que já são elencados como fundamentais, por exemplo, mas sim, permitir que sejam realmente aplicados e que estes menores possam usufruir do que lhes pertence. O fato de existir a necessidade de proteção integral se trata de demonstrar a preocupação com aqueles que se tornam mais vulneráveis em meio ao crescimento social acelerado e imponentes mudanças (Barros, 2010, p. 69).

O ECA estabelece essa realidade ao dispor em seu artigo primeiro que o dispositivo está relacionado a proteger integralmente a criança e ao adolescente e, por meio dele é que o sistema jurídico efetivou o que a CF/88 trouxe a partir do artigo 227, como já exposto. O fato de haver uma legislação específica, que defenda o menor é um grande avanço na legislação, além de ser necessário nesse contexto social atual (Capez; Prado, 2014, p. 149).

Compreende-se que, no ano posterior à promulgação da carta maior, o ECA foi um instrumento inovador, revelando direitos fundamentais para estes menores, assim como inferindo meios e estes poderem ser efetivados (Brasil, 1989). Com isso, tem-se o princípio da prioridade absoluta como o mais importante para realçar estes dois dispositivos em suas finalidades. Observa-se o teor do artigo 4º do ECA, há referência acerca do dever da família, comunidade, sociedade e Estado em priorizar direitos básicos e fundamentais à criança e ao adolescente (Brasil, 1990), dentre estes, cita:

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

Desse modo é possível dizer que antes de verificar um problema nesses seres, menores e sob responsabilidade de alguém, centraliza-se esta busca na família, uma vez que esta tem a responsabilidade de se fortalecer para que contribua fielmente na efetivação dos direitos inerentes àqueles. A família traz o semblante de uma base sólida que protege seus integrantes, especialmente os mais vulneráveis, como menores e idosos (Barros, 2013, p. 147).

Esta absoluta prioridade, além das responsabilidades familiares, se implementa a partir de políticas públicas, às quais o Estado também contribui com a garantia de direitos e deveres. Diante do que se expôs quanto aos dispositivos, verifica-se que o legislador não deixa de priorizar o relacionamento desses sujeitos em desenvolvimento, firmando-lhes proteção (Bitencourt, 2012, p. 245).

Outro princípio que estampa essas relações é o de melhor interesse da criança e do adolescente. O reconhecimento deste é datado de 1959 quando reconhecido na Declaração dos Direitos da Criança. Trata-se, portanto, de um princípio que orienta e estrutura bases da legislação, proporcionando esclarecimentos também ao aplicador da lei (Barros, 2013, p. 169).

Deste modo, todo caso em concreto deve ser observado e analisado diante das prerrogativas legais, bem como primordial à tutela dos direitos destes, observado as relações envoltas da criança e do adolescente, considerando as medidas necessárias ao processo que fundamenta a efetivação desses direitos. Trazer toda contextualização sobre proteção e direitos destes menores, implica observar que essa promoção é o que condiciona o desenvolvimento dessas crianças e adolescentes em sua formação. Enquanto crescem, traçam suas personalidades e compreender o que é importante para

que haja crescimento sadio é indispensável para resguardar esse período de formação (Cunha, 2014, 355).

Não permitir que estes indivíduos em pleno exercício de seus direitos, tenham efetivada essas garantias, traça-se um momento de delicadeza, violando suas condições de desenvolvimento, promovendo manifestações injustificáveis que os tornam ainda mais vulneráveis ao cunho social, diante de tantas questões que envolvem a sociedade e seu entorno (Greco, 2015, p. 36).

Na mesma perspectiva já entendeu Guerra Filho (1997, p. 105), ao afirmar que “[...] à medida em que se impede ao homem de se desenvolver plenamente, neste momento, dá-se início a um processo de violência, que se manifesta das mais variadas formas, servindo-se de diferentes meios”. O crescimento faz parte de uma sociedade fortemente evoluída e este deve ser estimulado de forma sadia e sem situações adversas que interfiram esse processo.

Nesse sentido ressalva a CF/88 e o ECA, que os legisladores e constituintes se preocuparam em colocar crianças e adolescentes como protagonistas e não, meros telespectadores, elevando-os a sujeitos de direitos e que deste modo devem ser respeitados, ou seja, inferindo responsabilidade sobre a necessidade de protegê-los como seres vulneráveis. Entretanto, permeia-se a continuidade dessa oportunidade de valorizar condutas e ideias que ensejam à materialização do que estes dispositivos expõem, ao passo que cabe, especialmente, à família e ao Estado, fazer com que estes direitos sejam efetivados (Barros; Nucci, 2020, p. 169).

Essas colocações em lei expressam a relevância em inferir o básico para a formação da criança e do adolescente, pois se tratam de cuidados importantes que refletem à formação individual destes. A falta desses, como dito, afeta negativamente a continuidade dessa formação, atingindo inclusive, sua postura, manifestando diversa

formas de violência, que trazem consequências imensuráveis (Greco, 2015, p. 78).

É nesse estágio de formação que se assume uma importante valorização de preceito íntimo, conforme se verifica no texto constitucional, a dignidade da pessoa humana, princípio absoluto que exterioriza a compatibilidade dessa relação, entre a formação da personalidade e a promoção de direitos, pois proteger a dignidade humana é defender o indivíduo em seu íntimo (Lôbo, 2014, p. 36).

O princípio da dignidade da pessoa humana, conforme explicam Barros e Nucci, (2020, p. 170), representa a manutenção da família e a proteção de seus membros, para que sejam respeitados e mantenham seus direitos de personalidade. Dessa forma, é indispensável que haja proteção dessa dignidade, alegando tal princípio, possibilitando manter firmes os laços frateros já construídos.

Outrossim, na mesma linha de entendimento complementam Wolkmer e Leite (2016, p. 166) que a carta maior, apesar de ainda ser considerada sua promulgação em 1988 como recente, trouxe com ela grande parte dos direitos reconhecidos pelo mundo afora como fundamentais para garantir a dignidade da pessoa humana, a fim de que o indivíduo consiga desenvolver seus projetos de vida.

Desde modo, considerando que crianças e adolescentes não são capazes de se defenderem, assim como também não podem reivindicar seus direitos, não devem ser deles, retirado a mínima condição de possuir sua dignidade. Assim, se estreita mais uma vez a imposição da proteção integral destes e a efetivação de seus direitos fundamentais (Greco, 2015, p. 85).

Enquanto que o texto constitucional, em seu artigo 227 diz que a família e o Estado devem ser responsáveis pelos cuidados destes menores e o ECA considera estes como pessoas em desenvolvimento, coloca-se a relevância na preferência do tratamento legal, consolidando-

se então, que a CF/88 e o ECA demonstram a prioridade de direitos e garantias a essas crianças e adolescentes, especialmente no que tange a promoção de políticas públicas que tornem inferidos, estes direitos (Barros; Nucci, 2020, p. 172).

Desta feita, considera-se a amplitude do que trata a proteção integral, assumindo que os mecanismos jurídicos promovem a tutela da criança e do adolescente, trazendo a dignidade da pessoa humana como o princípio extremo dessas relações, gerando absoluta prioridade na construção de sua formação (Jesus, 2013, p. 154).

Corroborando com o exposto acima, Dos Anjos (2020, p.03) que a norma jurídica trata as crianças e os adolescentes como sujeitos de direito, mas considerando condição especial em pleno desenvolvimento, qual seja a menor idade penal, por exemplo, o que as carece de possuir diferenciação em tratamento legal. Sobre isso complementa o autor que a “proteção integral orienta e prescreve direitos às pessoas em desenvolvimento, impondo deveres à sociedade, inclusive na implantação das políticas públicas, de modo a contemplar essa situação”.

Nesse diapasão é possível considerar que outros direitos se associam à força normativa que estabelece relevância destes e das garantias às crianças e adolescentes, vedando quaisquer tratamentos mais gravosos a estes, colaborando com a oportunidade de lhes promover concretização de seus direitos. No entanto, em razão de considerar que a criança e ao adolescente até 14 anos são vulneráveis, aborda-se a possibilidade da ocorrência de crimes bilaterais e suas consequências, como no caso do estupro, ensejando o que se conhece como estupro bilateral de vulneráveis.

2.1 ESTUPRO BILATERAL DE VULNERÁVEIS

Dentre os indivíduos vulneráveis, a legislação considera estes como idosos e crianças, por necessitarem de maiores cuidados para que não sejam prejudicados em sua essência. Sabe-se que as condutas tipificadas no Código Penal (CP) tratam dos delitos e crimes que têm sanções cominadas de acordo com o agravo, uma vez que é por meio deste paradigma que há promoção da tutela dos bens mais essenciais a todo e qualquer cidadão (Bitencourt, 2012, p. 158). Dentre os crimes que estão expressos no CP, o artigo 217-A dispõe sobre o estupro de vulnerável:

Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. § 2º (VETADO) § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. § 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (BRASIL, 1940).

Verifica-se clareza na lei ao expor a prática do crime e quem se considera vítima, nesse caso o menor até 14 anos, considerando-o como vulnerável. Por esta caracterização compreende-se que é o indivíduo que não possui discernimento para compreender a gravidade de algumas situações. Estabelecendo a conciliação do termo ao assunto em tela, diz-se que o menor de 14 anos não possui os conhecimentos necessários para a prática do ato. Também podem possuir limitações em razão de algum tipo de deficiência, enfermidade ou outro motivo que não lhes cabe defesa (Camargo, 2012, p. 104).

Do mesmo modo, o crime de estupro em questão pode ser consumado sem emprego de violência ou grave ameaça, mesmo que a vítima tenha consentido, configura-se a tipificação, uma vez que esse consentimento não possui validade, dada a sua vulnerabilidade. Enquanto menor não é possível considerar que seja capaz de decidir pela realização de um ato íntimo como este, como sendo de sua vontade (Capez, 2012, p. 78).

O fato de este crime fazer parte do rol de condutas reprováveis trouxe ao legislador a compreensão de que o vulnerável deve ser defendido, ter sua integridade protegida, visto sua condição de pouca idade. Outra relevância se faz em decorrência de não instigar um envolvimento sexual precoce ou até mesmo de maneira abusiva na vida destes menores (Silva, 2015, p. 119).

Nessa linha de entendimento menciona-se que o direito ao pleno desenvolvimento foi priorizado, proporcionando que a criança e ao adolescente tenham seu crescimento físico e psicológico saudável, reforçando o fato de que mesmo com a prática de atos sexuais ainda assim não possuem maturidade para esses casos, pois não medem as consequências sobre o assunto (Capez, 2012, p. 45).

No mesmo sentido, Bitencourt (2012, p. 222) afirma que ao tratar do crime sexual contra vulnerável não há o que se falar proteção do bem jurídico que é a liberdade sexual, uma vez que exercer essa liberdade não é uma disponibilidade. O que se buscou com a tipificação foi proteger o desenvolvimento físico e mental desses menores, proporcionando contribuições à sua personalidade e consequente vida adulta, evitando transtornos em seu futuro relacionamento sexual no momento certo.

O menor de 14 anos não entende as consequências de um ato deste tipo, nem outros reflexos que lhe causaria em pleno desenvolvimento, motivo pelo qual tem a tutela estatal mesmo que

tenha havido consentimento. “Para a caracterização destes crimes é irrelevante o dissenso da vítima. A lei despreza o consentimento dos vulneráveis, pois estabeleceu critérios para concluir pela ausência de vontade penalmente relevante de tais pessoas” (Camargo, 2012, p. 99-100).

Nos ensinamentos de Capez (2012, p. 51) o crime de estupro de vulnerável tem qualquer pessoa como sujeito ativo, mas somente os menores de 14 anos como passivos. De acordo com o doutrinador, a idade destas vítimas não lhes permite maturidade para validar a prática libidinosa. O crescimento e amadurecimento físico e emocional ocorre ao longo dos anos, no entanto, enquanto crianças, a ideia de vulnerabilidade ainda é nítida, especialmente quando o assunto for a vida sexual.

Ressaltando o tema sobre a perspectiva de que o período da adolescência é uma fase de muitas transformações a estes indivíduos, tem-se o assunto sexualidade como um fator delicado no processo, conforme afirmam Freitas e Cardoso (2015, p. 18) que “[...] a adolescência é uma etapa da vida na qual a personalidade está em fase final de estruturação e a sexualidade se insere nesse processo, sobretudo como um elemento estruturador da identidade do adolescente”.

Outrora, não há como inferir a capacidade de cada um e engessar o início da vida sexual no momento ideal, são vários os motivos que podem ocasionar essa iniciação precoce na vida do adolescente. Consoante ao que se sabe, em algum momento se questiona como o Estado poderia interferir na escolha de estes adolescentes realizarem o ato, mesmo com a conduta tipificada que caracteriza o estupro de vulnerável. Por conseguinte, em resposta a essa possível dúvida, Ventura e Correa (2016, p. 1501) salientam que a relação entre o crime de estupro e a prática sexual com o menor de 14 anos, está

justamente na incapacidade de decisão sobre o ato, considerando a vulnerabilidade deste.

No momento em que o Estado determina uma idade para caracterizar o crime significa então, que, crianças e adolescentes merecem atenção, pois não são apropriados para suas decisões pessoais em assuntos deste nível. O desenvolvimento da sexualidade e a maturidade irá determinar ao longo dos anos a construção individual como sujeito (Pereira; Romão; De Souza, 2014, p. 75).

Nesse âmbito, considerando as falas dos autores acima, entende-se que o menor é considerado a vítima, então se aduz uma ideia que um outro sujeito, maior de idade, realizou a prática criminosa. Porém, em tese, este seria um desfecho comum, visto que a sociedade lida com constantes violações legais em atitude reprováveis, infelizmente, mas quando se trata do bom senso, ao caso que envolva um ato criminoso com vítima e autor menores de idade, como pensar na situação se essa violação sexual, em tese, se deu por um outro menor de quatorze anos?

Acerca do conhecimento da prática criminosa ou delituosa por criança ou adolescente, os mesmos ficam sujeitos às determinações do ECA, relacionando as medidas socioeducativas ou de proteção, correlatas à conduta, do mesmo modo ocorre se o fato for equiparado a estupro de vulnerável (Pereira; Romão; De Souza, 2014, p. 75).

A título de exemplo, dois adolescentes, menores de 14 anos realizam o ato sexual entre eles, por livre vontade. Logo, considerando o artigo 217-A do CP, é possível dizer que houve crime de estupro de vulnerável, considerando a idade de ambos. Desta feita, conclui-se que houve crime um contra o outro, consumado, mas sendo inimputáveis, ficam sujeitos ao que dispõe o ECA, por terem praticado ato infracional análogo ao crime em comento, nas qualidades de vítima e réu aos dois (Pereira; Romão; De Souza, 2014, p. 76).

Sobre o caso exemplificado, continua Salvador Netto (2019, p. 15): “[...] dois adolescentes de 13 anos relacionam-se sexualmente. Nessa hipótese, quis o legislador, inconscientemente ou não, consagrar a enigmática figura do estupro bilateral”. Isso porque, considerando que o artigo 103 do ECA diz a conduta descrita como crime ou contravenção penal é considerada ato infracional, então, ambos adolescentes cometeram o crime um com o outro, indiferente de violência. Em continuidade ao assunto, retrata-se:

Uma perplexa figura no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o estupro bilateral de vulnerável. Com efeito, se dois menores de 14 anos (mas maiores de 12) mantiverem relação sexual consentida entre si, ambos incorrerão no ato infracional do “estupro de vulnerável”, sendo responsabilizado nos termos do ECA/90, já que cada um foi sujeito ativo e passivo do ato infracional simultaneamente, fato que se afigura absolutamente antilógico e incoerente (Camargo, 2012, p. 02).

Nessa linha de raciocínio, Camargo (2012, p. 02) compreende que o crime de estupro de vulnerável surgiu para efeitos de proteção dos menores, com vistas a impedir que um maior, malicioso, por exemplo, cometa o crime e seja absolvido. Não se trata, pois de uma defesa à dignidade sexual das crianças e adolescentes, mas sim, uma conceituação moral, ao passo que estabelecer uma idade reduza ocorrências de práticas libidinosas antes de atingir a maturidade sexual desejada.

Ressalta-se, que para caracterização da bilateralidade, a prática do estupro de vulnerável deve ter sido perpetrado de igual modo pelos dois menores, ou seja, existir a reciprocidade e o consentimento. Doutro modo, se um deles empregar violência ou grave ameaça, então se está diante de um crime, um autor e uma vítima (Moraes; Evangelista, 2018).

Observa-se então, que apenas a aplicabilidade do artigo 217-A do CP, mesmo que rígida, não totaliza a proteção dos vulneráveis, mas ao menos é uma tentativa de não permitir que os atos sexuais ocorram precipitadamente. Interpretando o artigo de forma mais consciente pode-se dizer que a tentativa foi válida, considerando o não arrependimento de consequências relevantes no processo, como até mesmo uma gravidez indesejada, ou outros riscos à saúde física e mental destes menores. Nesse ínterim, menciona-se o contexto em questão, retratando o fato de o estupro bilateral de vulneráveis resultar em gravidez precoce e a possibilidade da realização do aborto.

2.1.1 Da gravidez ocorrida pelo estupro bilateral de vulneráveis: o aborto

O assunto em pauta retrata com delicadeza a relação existente entre a prática delituosa do crime de estupro de vulnerável e as possíveis consequências. Dito isso, dentre as diversas que podem ocorrer, como por exemplo, doenças sexualmente transmissíveis, traumas físicos e psicológicos, além de outros, tem-se a gravidez precoce.

Contudo, em assunto relativo a este, o aborto é considerado crime, incorporado ao rol de condutas reprováveis estabelecidas pelo CP. Sendo assim, para ensejo deste estudo e conhecimento dos fatos, menciona-se o que traz a legislação em comento.

De acordo com o CP em seus artigos 124 a 127 aduz que o aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento é categorizado como um delito, do mesmo modo considera como conduta criminosa o aborto realizado por terceiros sem a autorização da gestante, ademais, é mencionado as formas qualificadas dessas infrações, contribuindo para a delimitação das circunstâncias específicas que configuram tais crimes (Brasil, 1940).

O artigo 128 do CP, por sua vez, trata do aborto que não se pune, desde que realizado por médico e sob duas circunstâncias, por necessidade “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” e; resultante de estupro, “se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal” (Brasil, 1940).

Toda a relevância temática em questão envolve a situação que se expõe, especialmente no que tange assuntos mais estridentes, necessidade de alguns casos correrem em segredo de justiça, dada a sumária proteção dos menores envolvidos. Em tese, é de conhecimento que os motivos humanitários e lógicos, bem como a presunção da inocência, relativa à autorização da interrupção da gravidez (Basualto, 2017, p. 69).

No que tange a situação decorrente do ato infracional análogo de estupro de vulnerável, há uma relação jurídica complexa, isso porque o artigo 213 do CP traz o crime de estupro como: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” (Brasil, 1940).

Logo, o consentimento dado para o aborto, ao qual assume ao artigo 128, inciso II, do CP, se faz pela gravidez que decorre das circunstâncias do crime tipificado no artigo 213, diferente do que traz o artigo 217-A, onde o estupro do vulnerável não exige a violência ou grave ameaça, e ainda, no caso da bilateralidade, houve caracterização de ambos como vítimas e agentes da ação (Basualto, 2017, p. 60).

Com tal situação é necessário verificar se na ocasião do ato infracional em questão, o Direito Penal teria a possibilidade de exaurir a autorização do aborto em decorrência da gravidez pela violência sexual. Na extensão desse entendimento, expõe-se a colocação de Matos e Poeta (2022, p. 02):

Isto porque, em primeiro plano, analisando o conceito da tipicidade, há de se presumir a vulnerabilidade do menor de 14 anos decorrente da previsão legislativa do Código Penal, inclusive com interpretação da jurisprudência como absoluta, diferente da previsão do artigo 217-A, §1º, do Código Penal, quando a vítima, ainda que maior, possui dificuldade para oferecer resistência. Partindo deste princípio, e ainda da situação em que a vulnerabilidade decorre também da proteção legislativa ao menor (artigo 227 da Constituição e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente), se a vulnerabilidade mútua e consentimento entre os menores eliminaria o conceito da tipicidade.

Nesse viés, entende-se que para o Direito Penal há prática relevante acerca das relações entre particulares, mesmo que sejam menores de idade. No caso da vulnerabilidade ao caso do estupro, a proteção decorre de conceitos sociais, pela moralidade, como já pontuado. A proteção deste menor é rodeada pela falta de maturidade para o ato, seja por questões biológicas ou psicológicas (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 117).

Doutro modo, da ocorrência do estupro bilateral de vulnerável, o Direito Penal já não o considera relevante, dada a vulnerabilidade mútua afastar a tipicidade material, resultando na inexistência da conduta infracional, o que leva ao afastamento do estupro para finalidades jurídicas, logo, impossibilita a permissão para o aborto (Zaffaroni; Pierangeli, 2020, p. 117).

Por conseguinte, com vistas a ampliar os conhecimentos do assunto ao qual essa pesquisa se refere, parte-se para uma discussão que envolve as consequências do estupro de vulnerável, na forma bilateral, ao qual resulta na gravidez e então, outras implicações como o dissenso entre os pais destes autores/vítimas e a vontade de gerir a criança, por parte destes menores.

3 A GRAVIDEZ DECORRENTE DE ESTUPRO BILATERAL DE VULNERÁVEIS E O DISSENSO DOS PAIS QUANTO AO MENOR GERIR A CRIANÇA

Após ordenar uma série de colocações e entendimento sobre o tema, considera-se aborto um delito contra a vida, consolidado pelo término do embrião. Conforme traz o CP, o assunto possui lugar em duas categorias, no capítulo que retrata crimes contra a pessoa e no outro que aborda dos crimes contra a vida. Logo, entende-se que o feto é uma vida e a lei assim o resguarda (Toledo Machado, 2013, p. 54).

Tudo que se menciona acerca do aborto traz tensões críticas subjacentes em torno da sociedade, que retrata fatos revelando a autonomia individual, além de conceitos de vida e aspectos morais, os resultados inerentes a esses acontecimentos acabam revelando influência na cultura de seus países, caso que demonstra as tensas variações jurídicas explanadas pelas legislações em cada parte do mundo (Costa, 2017, p. 198).

O assunto caminha para outro nível de conversação, quando se observa o estipulado pelo artigo 217-A do CP que abrange o ato sexual com menores de 14 anos, consolidando o estupro de vulnerável, pois o fato desses menores serem vítimas do ato traz a dimensão suscetível física e moral apresentada, nesse caso, pela criança ou adolescente envolvido (Salvador-Neto, 2019, p. 21).

Outro aspecto que gira em torno do assunto é retratado quando se menciona a evolução social e tecnológica que estas crianças e adolescentes têm acesso, passando a transformar o ambiente em que crescem, repleto de informações de fácil acesso, até mesmo as de cunho adulto, além da influência da mídia que traz a sexualização

juvenil com uma vasta demanda. Contudo, não se pode deixar de mencionar que há dificuldade e controlar esse tipo de acesso (Raphael-Leff, 2018, p. 47).

O assunto tecnológico que se menciona é algo relevante aos dias atuais, uma vez que proporciona a facilitação do acesso desses menores a informações e conteúdo de cunho mais íntimo, que deveriam ser explorados mais à frente, quando a maturidade já estivesse melhor formada e sob acompanhamento e orientação de seus responsáveis, consolidando uma evolução natural e saudável para a idade, entretanto, por vezes, estes adolescentes também conseguem camuflar tal procura.

No que concerne o envolvimento sexual entre menores de quatorze anos, caracterizando o estupro bilateral de vulneráveis, revela-se a necessidade de debater de maneira mais profunda o que trazem as leis em vigor. Desta feita, considerando que as leis buscam proteger esses vulneráveis, a sociedade clama pela efetivação dessa proteção (Monteiro, 2017, p. 87).

Em se tratando da retratação trazida pelo Direito Penal, o artigo 217-A do CP, aduz que pode até mesmo representar um rigor excessivo quanto ao fato de abordar o assunto referido sobre as relações sexuais precoces, ou seja, ao interpretar o artigo em menção ao pé da letra, pode-se claramente compreender que a lei inadvertidamente criminaliza o ato sexual explorado naturalmente por adolescentes em fase de descoberta (Costa, 2017, p. 201).

Isso porque é comum compreender que em um paradigma social em constante evolução, muitos cidadãos acreditam que a idade caracterizando a vulnerabilidade não é uma forma efetiva de proteger os jovens, especialmente em um mundo atual onde a sexualidade é apontada como alto teor de complexidade de informação, sendo vista em boa parte da mídia, o que promoveria injustamente a criminalização

do comportamento de adolescentes que exploram o assunto de modo natural (Pereira, 2015, p. 47).

Nesta senda, mais uma vez encaminhando o assunto a um contexto de maior gravidade, menciona-se que a gravidez, resultante do ato sexual, também poderá ocorrer nos casos de estupro bilateral de vulnerável. Outrora, visto que a lei permite a prática do aborto aos casos resultantes de estupro, a mesma não traz o assunto mais claro quando se trata de estupro comum ou de vulnerável, questionando o fato ao envolvimento dos menores de quatorze anos (Cunha, 2014, p. 144).

Como mencionado, o aborto é permitido sob as circunstâncias do artigo 128 do CP, não sendo passível de punição quando o médico realizar o procedimento em dois momentos, para preservar a vida da gestante e/ou se a gravidez foi resultado do estupro. Então, refere-se ao aborto humanitário ou sentimental, sendo aos casos de estupro e com consentimento da gestante, ou nos casos de menores, com consentimento do representante legal, não há necessidade de autorização judicial (Dias, 2019, p. 115).

Todavia, mesmo valendo-se da falta de consentimento judicial é necessária comprovação de que a gravidez foi resultado de estupro para que o aborto humanitário seja realizado. Assim, cabe ao médico analisar as evidências, que comprovem tal fato, podendo ser, por exemplo, por meio do inquérito policial, além de outros. Não sendo realizado o procedimento por meio de comprovações legais, o profissional da saúde incorre em crime por meio do aborto provocado (Ferraz, 2017, p. 78).

Entrando na discussão de um assunto tão delicado é visto que a definição de estupro, redefinida pela Lei nº 12.015/2009³ tornou o

³ Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da

crime como comum, considerando que qualquer pessoa pode ser tanto autor quanto vítima deste fato (BRASIL, 2009), deste modo, como resultado do crime é possível que ocorra uma gravidez forçada pela mulher, levando em conta que esta seja a autora do crime, o que também traz o pensamento de que o homem, como vítima, talvez também possa requerer a interrupção da gestação (Bitencourt, 2019, p. 71).

A narrativa do questionamento acima abre um escopo para o assunto tratado nesta pesquisa, uma vez que é muito mais comum que as mulheres sejam vítimas de estupro e optem pela interrupção da gravidez. No entanto, em se tratando de estupro bilateral de vulneráveis, indaga-se mais uma situação: é possível que o menor, autor e ao mesmo tempo vítima, tenha permissão para pedir à menor, também vítima e autora, que realize o aborto?

O assunto se torna cada vez mais delicado, tendo em vista que o CP, assim como o ECA, não são claros quanto às possibilidades existentes sobre a ocorrência do estupro bilateral de vulneráveis e seus reflexos ao resultar uma gravidez, sendo assim, uma das formas de buscar uma solução razoável seria recorrer aos princípios bases do direito brasileiro.

Então, levando em conta o artigo 128, inciso II do CP, que autoriza o aborto sentimental ou ético, interrompendo a gravidez que resultou de um estupro, mediante pedido da vítima ou de seu representante legal, estaria em tese, atribuído a ambos os envolvidos no estupro bilateral de vulneráveis. O aborto sentimental estaria relativizando o caráter inviolável da vida, decorrido do conflito entre o direito à vida e a dignidade humana da vítima de estupro (Matias; Matias, 2019, p.124).

Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112015.htm. Acesso em: 26 fev. 2024.

Diante do caso é compreensível que o aborto sentimental se mostra uma forma de o legislador decidir sobre prevalecer os direitos da vítima sobre a vida do feto, visto que uma gravidez resultante de violência sexual sofrida não deve ser levada adiante. Nesse ínterim, frisa-se que a dignidade humana supera tal fato, por figurar valor intrínseco, individual e único (Masson, 2020, p. 87).

Tratando do assunto sob a ótica legal, o CP refere-se sobre a consequência gravidez apenas como “[...] que resulta do estupro” (Brasil, 1941), não fazendo qualquer menção sobre essa permissão ser relacionada à mulher como vítima ou autora, lembrando que a mulher passou a figurar polo ativo apenas com a Lei nº 12.015/2009 (Brasil, 2009). Assim, considerando que o homem também pode ser vítima, então, verifica-se possibilidade de que o aborto sentimental se direciona à vítima do crime (Matias; Matias, 2020, p. 69).

Ocorre que as implicações do assunto não param de surpreender, pois considerando que a mulher, autora do crime de estupro, tenha a gravidez como resultado e o homem, vítima, requeira o aborto, há mais uma barreira que traz constante impedimento, pois para o aborto ocorrer é necessário consentimento da gestante, logo, caso ela negue, não há como forçar esta finalidade, pois se deve priorizar o respeito à inviolabilidade de sua integridade física (Bitencourt, 2019, p. 145).

Em termos morais, pensar no homem como vítima de estupro é quase que uma taxação cômica, mas quando se trata de um menino, menor de quatorze anos, que assumiria uma responsabilidade de homem ao ter que assumir uma família, as condições morais mudam de posição e todas as tentativas de encontrar brechas na lei se tornam viáveis (Matias; Matias, 2020, p. 70).

Mesmo que as leis permitam a prática de aborto aos casos de estupro, ainda assim as normas vigentes não são claras quando à possibilidade de as vítimas menores de quatorze anos também

possuírem esse direito. Considerando alguns fatores, sabe-se que as vítimas sofrem influência por transtornos emocionais e psicológicos pelo ocorrido e, os médicos poderiam ser dissuadidos a realizarem o procedimento, mas temendo por consequências cabíveis pela legislação, dada a ambiguidade e às incertezas jurídicas sobre o assunto (Diácomo, 2013, p. 97).

A questão complexa que envolve o assunto gera polêmica, especialmente no Brasil, isso porque o aborto apresenta enquadramento em situações específicas, como já mencionado. Entretanto, não há nenhuma lei que distingue de forma clara o assunto ao qual resulta a gravidez de estupro comum e estupro bilateral de vulneráveis (Bitencourt, 2020, p. 154).

Acerca do tema é indispensável mencionar sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, até mesmo porque as implicações resultantes do ocorrido refletem diretamente nos envolvidos. Em termos jurídicos este princípio traz a necessidade de respeitar os direitos da criança e do adolescente, ao passo que estes deixam de ser considerados objetos e passam a ser pessoas com tutela jurídica, merecedores de atenção e com funções sociais (Dias, 2019, p. 77).

No âmbito internacional e consagrado pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, o princípio do melhor interesse abrange direitos próprios destes indivíduos, que deixaram de ser considerados como meros ocupantes de complexos familiares, para membros individualizados de uma família, ao qual passam a compor importante papel social (Capez, 2012, p. 54).

Coaduna-se com o disposto no ECA, quando se trata do referido princípio ao dizer que ambos promovem o direito à liberdade, respeitado a autonomia dos menores de dezoito anos, conforme se exprime em diversas vezes no dispositivo legal. Entretanto, conceituar

o princípio é algo um pouco mais difícil, pois as famílias alteraram seus padrões comportamentais ao longo dos anos, o que gerou a adaptação de normas e consequentemente o mesmo sobre a definição e conceituação do princípio do melhor interesse, gerando mudanças conforme a imprevisibilidade e especificidade dessas alterações dos núcleos familiares (Barros, 2013, p. 116).

É fato que o conteúdo em torno do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente sofreu e sofre variações sociais, culturais e axiológicas, razão pela qual definir seu mérito somente é possível durante a exposição de um caso concreto, analisando o que é melhor para cada menor naquele momento. Porém, não se pode deixar de considerar também, que para atender ao que se aplica verdadeiramente acerca do princípio e o interesse dos envolvidos, deve-se distinguir entre a moral e ética (Almeida, 2019, p. 88).

Aplicar o princípio em comento é uma importante imposição, pois ampara estes menores, considerados vulneráveis, dando-lhes a oportunidade de serem respeitados e protegidos durante o processo de desenvolvimento e formação de sua personalidade (Dias, 2019, p. 147). Diante de tal assertiva se assevera a relevância que adota o tema em pauta, no caso do estupro de vulnerável, especialmente se o resultado deste ato gera consequências que irão fazer parte da continuidade da vida destes envolvidos.

Como também já mencionado o artigo 227 da CF/88, as crianças e adolescentes devem ser protegidos integralmente com absoluta prioridade. Nesse caso, a aplicação do princípio do melhor interesse está condicionada à proteção integral, que acaba sendo sua base. Nesta senda, a proteção integral se fundamenta também pelo fato de estes menores serem sujeitos de direito, mas estes devem ter alguém em quem possam resguardar os seus bens até que estejam plenamente desenvolvidos em estado físico, mental, social e moral (Furlani, 2016, 31).

Quando refletida a ideia de que, em decorrência de um estupro bilateral de vulnerável, com resultado gravidez, sabendo que a legislação permite o aborto decorrente desse fato, mas que se há consenso dos menores vulneráveis envolvidos em dar continuidade à gravidez, em contrapartida o dissenso dos pais, aos quais não querem que essa gravidez vá adiante, tem-se um grande conflito em consideração ao que prega o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Isso porque, de um lado, há garantia de que a vontade e autonomia do menor seja considerada e de outro lado, os resultados desse ato podem interferir no amadurecimento e desenvolvimento desses seres humanos, até mesmo por terem sua infância e adolescência abreviadas (Bitencourt, 2020, p. 608).

Sem considerar inclusive, outros riscos de vida que poderão estar envolvidos durante todo processo em que a gravidez se desenvolva, sabendo que há casos em que há risco de morte para a genitora, considerando também as alterações hormonais, físicas e mentais que toda essa questão envolve e, é visto que uma menina, menor de quatorze anos não possui completa ciência de todo processo que envolve a gestação e criação de um filho.

Em interpretação literal do artigo 128, inciso II do CP, ressalta-se que, em razão de a vítima de estupro ser menor, prevalece a vontade do seu representante legal (Brasil, 1941). Assim, em termos legais, não haveria como dar continuidade a uma gravidez decorrente do estupro bilateral de vulneráveis em caso de dissenso, pois a vontade da filha (vítima e autora) é suprida pela vontade de sua mãe (representante legal), por exemplo, e da mesma maneira ocorre com a vontade do filho (vítima e autor) (Greco, 2022, p. 317).

Porém, sabe-se que no direito brasileiro são raras as situações que se resolvem pela literalidade das leis, razão pela qual se veem em jogo os direitos fundamentais tratados pela CF/88 sob entendimento

de que as crianças e adolescentes possuem o direito de serem tratados a partir da proteção integral (Bitencourt, 2020, p. 610).

O assunto então gera dualidade na doutrina: uma parte defende que, em dissenso entre os pais sobre a vontade do menor em gerir a criança, os filhos devem ser tratados como absolutamente incapazes apenas pelo fato de consentir sobre a realização do aborto e outra parte doutrinária defende que o caso deve ser analisado em suas particularidades, afastando qualquer aplicação genérica em casos de discordância entre a vontade da gestante e o representante legal, podendo caminhar o caso para o judiciário (Greco, 2022, p. 318).

Levando o entendimento dos fatos e com resultado de dissenso, corroborando o entendimento do assunto sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a proteção dada por ele busca inferir o melhor para o desenvolvimento pessoal do menor (Furlani, 2016, p. 34). Em que pese, considerar o que seria mais plausível nesse caso, estaria envolto da proteção integral, em deixar com que estes menores vulneráveis encerrem seus ciclos e suas fases tal qual deveriam ser, infância e adolescência sem maiores preocupações de um adulto.

Não se pode negar o fato de que a gravidez é um momento importante, é a tomada de uma decisão, um acontecimento familiar relevante, planejada ou não, ela traz impactos por toda vida. Entretanto, essa ocorrência na infância ou adolescência acaba gerando maior risco de vulnerabilidade, seja individual, familiar ou até mesmo social. Isso porque durante essa fase da vida, estes menores são suscetíveis, e ainda dependentes de um adulto (Raphael-Leff, 2018, p. 78).

Ocorre que as fases iniciais da vida já trazem uma constituição séria de mudanças e transformações, gera o autoconhecimento, alterações físicas, emocionais, psicológicas e sociais. Nessa senda, a puberdade ocorrida com início de uma gravidez precoce, além de

requerer mudanças bruscas nessa fase da vida, acontece de forma acelerada e influencia também em outras alterações, como o radical estilo de vida, a maturidade biológica e socioeconômica, necessárias para atender todas as necessidades que surgem a partir de então para a mãe e o bebê (Polit; Beck, 2019, p. 67).

Nos casos em que ambos os envolvidos sejam crianças ou adolescentes, há ainda mais a dependência da família, pois o futuro pai não possui condições nem mesmo financeiras próprias para sustento do novo integrante, gera-se um transtorno quase que imensurável em se tratando de uma construção familiar durante a fase em que estes vulneráveis se encontram (Santos, 2019, p. 69).

Os assustadores índices de gravidez na adolescência são alarmantes, no Brasil, um a cada cinco bebês nasce de uma mãe com idade entre dez e dezenove anos, atingindo limite máximo da média regional, chegando a sessenta e cinco nascimentos, com uma proporção de 18% de bebês que nascem filhos de mães nessa idade, o que gerou debates, pesquisa e polêmicas em torno de realização de políticas públicas no país (Rossato; Lépure, Cunha, 2019, p. 45).

O Ministério da Saúde, em seu levantamento, identificou que destas gravidezes, 66% são indesejáveis, considerando que alguns fatores favorecem esse tipo de situação, como a falta de informações, falta de apoio familiar e comunitário, além de falhas na implementação de políticas públicas que levem o assunto a pauta de novos projetos (Raphael-Leff, 2018, p. 65).

Independentemente dos motivos e outras influências que levam a uma gravidez precoce, a sua ocorrência aumenta o risco de morte infantil e materna, além de outros riscos como parto prematuro, aborto espontâneo, eclampsia, depressão pós-parto e outros fatos, sabendo que uma criança ou adolescente não está preparada para essas alterações e consequências (Santos, 2019, p. 105).

Outrossim, importa ressaltar que a doutrina é pacífica quanto a não obrigatoriedade de autorização judicial para a realização do aborto decorrente de estupro, bastando que o médico profissional, que realizará o procedimento, assegure que a gravidez tenha sido resultado do crime. Essa afirmação pode ser feita por meio de declarações, cópias de ocorrência policial, ou elementos similares, possibilitando afastar persecução penal contra si, uma forma de assegurar sua cautela profissional (Bitencourt, 2019, p. 104).

Deste modo, considerar que os praticantes e vítimas de um estupro bilateral de vulneráveis, mesmo que queiram gerir a criança que foi resultado da gravidez deste ato e o dissenso dos pais, seus responsáveis, em discordar dessa decisão, ainda que se leve em conta o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o que se tem como princípio fundamental, é deixar com que estes vivam suas fases naturais da vida, proporcionando seus outros direitos, como por exemplo, um pleno desenvolvimento saudável, a liberdade de poder ser criança e se portar como tal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao expor o tema tratado nesta pesquisa é possível considerar um pequeno desconforto sobre o assunto, afinal para quaisquer lados da história que se busque uma tentativa de compreensão, há comoção sobre o caso. Em primeiro momento, quando visto da ocorrência de estupro de vulnerável, o CP pune a prática criminosa através de seu artigo 217-A, considerando a vítima como àquela menor de quatorze anos.

Em se tratando do mesmo crime, mas nas circunstâncias em que ambos são menores de quatorze anos, está-se diante do crime de estupro bilateral de vulnerável, em que os dois incorrem como vítimas e autores. Nesse caso, a legislação é falha em um consenso,

pois não há uma opinião e nem mesmo uma aplicabilidade prática sobre o assunto, não tendo sido visto em nenhum caso que houve punição dos envolvidos, assim como também não se mencionou algo sobre responsabilização de alguém sobre o fato, apenas se sabe que a possibilidade existe.

Ainda, dessa ocorrência, assim como um outro caso que venha a surgir a partir do ato de estupro, tem-se alguns reflexos, como o resultado gravidez. Sobre isso, já é de entendimento pacífico que o aborto resultante de um estupro é considerado legal, desde que com consentimento da vítima, se for maior e sob consentimento do representante legal, quando a vítima for menor.

Ao retomar o problema inicial em que esta pesquisa trabalhou, teve-se a indagação de que, ante o estupro bilateral entre menores de idade e a gravidez decorrente desse ato, qual seria a postura que deveria ser adotada no que se refere à não concordância dos pais em relação à vontade da criança gestar, à luz do princípio do melhor interesse da criança?

Ocorre que o assunto traz uma linha tênue sobre o caso, visto que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente surgiu justamente para fazer valer a autonomia destes vulneráveis, mas desde que tenham por garantia o seu desenvolvimento pleno e saudável, justificado pela devida proteção integral, qual seja, aquela dada pelo Estado e/ou por seus familiares.

Sendo assim, em se tratando do Estado, este deveria ao menor impor com maior veemência políticas públicas sobre o assunto ou ainda, tratar da legislação mais específica sobre o que fazer em uma situação como esta e ainda, pesar pela consonância ao pleno desenvolvimento destas crianças vítimas e autoras da prática de estupro de vulnerável.

Quanto aos pais, atores responsáveis pela proteção integral de seus filhos menores, vítimas e autores do ato tipificado pelo artigo 217-A do CP, corroborando com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, cabe lhes dar o apoio necessário para que sejam ouvidos, e protegidos, mas não significa que devam concordar com as decisões destes menores, que nesse caso, não possuem completo conhecimento para saber da tamanha responsabilidade que é formar uma família, ainda mais precocemente.

Em que pese, proteger a criança e ao adolescente, à luz principiológica, é saber discernir entre a razão e os resultados decorrentes de uma situação como esta, é haver consenso moral e ético e isso, muitas vezes é primar pelo conhecimento já existente de pessoas maduras, adultas, que já passaram pelas fases da vida e sabem das responsabilidades que acompanham o nascimento de um bebê e a formação de um núcleo familiar.

Considerando esta assertiva é plausível compreender que o fato de os pais decidirem pelo processo de aborto, mesmo que os menores de quatorze anos tenham decidido ter o bebê após a prática do ato sexual estão primando pela continuidade de um desenvolvimento pleno e saudável para uma fase da vida em que este fato não deveria ter acontecido.

Nesse contexto, reprimir os infratores, mas também vítimas, não traz justificativa suficientes para pensar que fazer com que eles assumam a responsabilidade de criar um filho, devido a prática do ato sexual e sua consequência, não seria saudável para nenhuma das partes, mesmo que estes menores queiram, pois desconhecem os demais níveis de responsabilidades que se assume ao longo dos anos com a criação de um filho.

Se fosse elencar um rol de desfechos para os diversos fins que o rumo de uma história como esta tomaria, formar-se-iam inúmeras

possibilidades, gerando também várias discussões, sociais, éticas e jurídicas, e por vezes, nem ao menos se discutiria sob a égide do melhor interesse da criança e do adolescente. No entanto, por se tratar de um entendimento à luz deste efetivar direitos é considerar a importância de estes menores serem educados para promover sua cidadania, frequentando escola, aprendendo sobre a sexualidade, responsabilidade e recebendo oportunidades para fortalecer sua convivência familiar e comunitária.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Joana. Desafios da adoção na atualidade. **Investigação**, v. 9, n. 1, p. 81-90, jan./abr. 2019.

BARROS, Francisco Dirceu. **A natureza jurídica da vulnerabilidade nos novos delitos sexuais**. Jus Navigandi. Teresina, v. 15, n. 2605, 19 ago. 2010.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

BARROS, Guilherme Freire de Melo; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual do Direito da Criança e do Adolescente**. Belo Horizonte. CEI. 2020.

BASUALTO, Héctor Hernández. **El nuevo Derecho Penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”**. Revista de Derecho, Valparaíso, Chile, Vol. XX, nº 2, p. 195-217, dez. 2017

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até os crimes contra a fé**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Parte Especial: crimes contra a pessoa**. 20 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.048 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

CAMARGO, A. S. **Uma análise sobre as problemáticas da utilização do critério etário/ biológico em face aos crimes sexuais na ótica dos princípios fundamentais**. 10ª Mostra Acadêmica da UNIMEP. São Paulo, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. PRADO, Stela. **Código penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Raphael Mendonça. Tipos de aborto legal. **Revista de Bioética e Direito Médico**, v. 12, n. 15, p. 114-121, jun., 2017.

CUNHA, Rogerio Sanches. **Manual de direito penal**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: RT, 2019.

DIGIÁCOMO, Murilo José. **Estatuto da criança e do adolescente**: anotado e interpretado. Curitiba: SEDS, 2013.

DOS ANJOS, Eduardo Pereira. **Quando a proteção integral é invocada para agravar a situação da criança**. Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-06/tribuna-defensoria-quando-protecao-integral-invocada-agravar-situacao-crianca>. Acesso em: 15 ago. 2023.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. 2. ed. São Paulo: D'Placido, 2017.

FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, separação e mediação**: uma visão psicojurídica. São Paulo: Método, 2010.

FILÓ, M. da C. S. **O desafio da hermenêutica jurídica diante do crime de “estupro de vulnerável”**. Mestrado: UPAC, 2012.

FREITAS, E. P. CARDOSO, G. L. **Percepção de adolescentes sobre a prática sexual na adolescência**. UEM, Maringá, 2015.

FURLANI, Jimena. **Educação sexual na sala de aula: relações de gênero, orientação sexual e igualdade étnico-racial numa proposta de respeito às diferenças**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial. 12. ed. Niterói: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: volume 2, parte especial, artigos 121 a 212 do código penal. 19. Barueri: Atlas, 2022

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.

HOMMES, Terre des. **Convenção sobre os direitos da criança**. Fortaleza: [s.n.], 2014.

JESUS, Damásio de. **Direito penal parte especial**: dos crimes contra a propriedade material a dos crimes contra a paz pública. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOBO, Paulo. **Direito civil**. São Paulo: Imprensa, 2014.

LUZ, Valdemar da. **Manual de direito de família**. Barueri: Manole, 2009.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte especial. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial. 10 ed. São Paulo: Forense, 2020.

MATIAS, Júlio Román Valverde; MATIAS, Tirzo Jesse Valverde. **Despenalización del delito de aborto sentimental**. Espanha: Trujillo, 2020.

MATOS, Janson Hackbarth de Oliveira; POETA, Vitor Sardagna. **O Direito Penal para tratar de aborto de estupro de vulnerável bilateral**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-30/mato-se-poeta-direito-penal-aborto-estupro-vulneravel>. Acesso em: 11 ago. 2023.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: Direito de família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; EVANGELISTA JR., Osvaldo. **Lei 13.718/18 e o pretenso recrudescimento dos crimes sexuais**. São Paulo: Artmed, 2018.

PEREIRA, M. A. B.; ROMÃO, M. S.; DE SOUZA, M. S. A primeira relação sexual de adolescentes homens. **Adolescência e Saúde**, v. 11, n. 2, p. 72-79, 2014.

PEREIRA, Rodrigo Da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

POLIT, Denise F. BECK, Cheryl Tatano. **Fundamentos de pesquisa em enfermagem: avaliação de evidências para a prática da enfermagem**. Porto Alegre: Artmed, 2019.

RAPHAEL-LEFF, Joan. **Gravidez a história interior**. São Paulo: Blucher; Karnac, 2018.

ROSSATO, Luciano Alves. LÉPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SALVADOR NETTO, A. V. **Estupro bilateral: um exemplo limite. Boletim IBCCRIM**: São Paulo, ano 17, n. 202, set. 2019.

SANTOS, Edemilson Pichek dos. **Sexualidade na adolescência**. Porto Alegre: SAGAH, 2019.

SOUZA NUCCI, Guilherme de. **Manual de direito penal**. São Paulo: RT, 2011.

TOLEDO MACHADO, Martha de. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. São Paulo: Manole, 2013.

VENTURA, M.; CORRÊA, S. Adolescência, sexualidade e reprodução: construções culturais, controvérsias normativas, alternativas interpretativas. **Cad. Saúde pública**, v. 22, n. 7, p. 1505-9, 2016.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 14. ed. Thomsom Reuters Brasil, 2020.

O TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO NO BRASIL: POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFICAZ ERRADICAÇÃO

Pâmela Cristini Miguelão Rodrigues ¹

Gisele Dall'Igna Dallorsoletta ²

RESUMO

A presente pesquisa teve o objetivo principal de descrever as formas de enfrentamento ao combate do trabalho análogo à escravidão, relacionando as políticas públicas que envolvem os fatos. A metodologia empregue foi um levantamento bibliográfico que permitiu analisar o assunto na ótica de doutrinadores e outros autores que defendem o tema. Também se utilizou do método documental, relacionado as leis e normas afins que coíbem a prática do trabalho análogo à escravidão. Com o término da pesquisa foi possível verificar que as formas contemporâneas de escravidão se assemelham em muitos aspectos com as que eram vistas antes da abolição. Acerca das políticas públicas que visam erradicar essa situação, viu-se que ainda há um desafio para completa eficácia destas que se pautam em mais fiscalizações e denúncias sobre o ocorrido. Ainda, o Estado possui um grande propósito de promover condições dignas de saúde, segurança e outros direitos que possibilitem qualidade de vida a todos os cidadãos brasileiros.

Palavras-chave: analogia à escravidão; políticas públicas; trabalho forçado.

1 INTRODUÇÃO

A prática de trabalho escravo é uma ocorrência mundial que mesmo tendo sido abolida no século XIX ainda se faz presente sob outro paradigma, o trabalho escravo contemporâneo, que está

¹ Discente do curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. E-mail: pamela.cristini@unoesc.edu.br

² Docente do curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Mestranda em Educação pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário. Especialista em Educação Infantil, Séries Iniciais e Orientação Pedagógica. Licenciada em História. Bacharel em Direito. E mail: giseledall@gmail.com.

sujeito a formas análogas de escravidão. Essa caracterização se faz presente quando há atentado à dignidade da pessoa humana, por meio de exploração do trabalho em circunstâncias desumanadas e degradantes. Entretanto, essa situação, mesmo sob penalidades legais, ocorre em diversos países, sejam ricos ou pobres, mas sempre relacionando a submissão de trabalhadores menos favorecidos socialmente (Conforti, 2018, p. 101).

O assunto gera polêmica e revolta, inferindo que as condições do trabalho análogo a escravidão inclui jornadas de trabalho exaustivas, falta de acesso a saneamento básico, alimentação inadequada e alojamentos insalubres. Além disso, as vítimas são muitas vezes submetidas a violência física e psicológica, ameaças e coerção, gerando constrangimentos e refletindo uma realidade inimaginável (Cavalcanti, 2017, p. 89).

Ante ao exposto, esta pesquisa se propôs a responder ao seguinte questionamento: diante dos elementos que caracterizam o trabalho análogo à escravidão, quais leis e políticas públicas caminham para erradicar essa modalidade inconstitucional de trabalho no Brasil?

A hipótese relacionada ao argumento é de que a erradicação do trabalho análogo ao de escravo é um desafio que leva em consideração a expansão de políticas públicas e maior poder de fiscalização de empregadores que submetem seus empregados a esse tipo de situação. Com o propósito de responder ao questionamento e corroborar a hipótese sugerida, esta pesquisa teve por objetivo geral descrever as formas de enfrentamento ao combate do trabalho análogo à escravidão, relacionando as políticas públicas que envolvem os fatos.

Complementou-se o estudo com os seguintes objetivos específicos: contextualizar a história do trabalho escravo; demonstrar como se caracteriza a escravidão moderna e; compreender quais

caminhos são percorridos para erradicar o trabalho análogo à escravidão.

Justificando a escolha do tema proposto é possível dizer que discutir sobre o trabalho análogo à escravidão ajudará na conscientização das pessoas sobre a existência e as formas desse tipo de exploração, que muitas vezes passam despercebidas ou são invisibilizadas. Sendo que, conhecer suas características pode ajudar a prevenir e combater esse tipo de exploração, por meio de medidas preventivas, fiscalização e divulgação dos que agem sob essas circunstâncias ilegais e deploráveis.

A metodologia empregada nesta pesquisa tratou de um levantamento bibliográfico, documental, exploratório e descritivo, amparado pela abordagem de natureza qualitativa. Dividiu-se o estudo em alguns tópicos que melhor puderam retratar a exposição do tema. O primeiro, tratou de expor a contextualização histórica do trabalho escravo no Brasil e no mundo, mencionando também as características e fundamentos normativos deste ato.

O segundo tópico discorreu sobre as características da escravidão moderna, visto que a era escrava teria sido abolida há séculos, mas sem ter deixado de ser praticada em termos mais avançados. O último tópico da pesquisa buscou demonstrar as políticas públicas e outros meios legais que caminham na busca pela erradicação do trabalho análogo à escravidão. Finalizou-se o estudo com as considerações finais, seguida pelas referências bibliográficas.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL E NO MUNDO

O trabalho escravo faz parte da história da humanidade em diversas partes do mundo, mesmo antes de associá-lo à escravidão

dos negros já era visto em tempos mais remotos. A abolição ocorreu com novas conquistas e desenvolvimento social, mas seus reflexos continuam sendo vistos em determinadas regiões do mundo e ainda, algumas formas contemporâneas de escravidão também podem ser observadas (Costa, 2010, p. 144).

Com vistas a inferir maior carga de conhecimento sobre o assunto é importante apresentar uma pequena análise da história do trabalho escravo, a fim de compreender este instituto. Tal perspectiva se faz relevante para abordar essa nova forma de escravidão ocorrida em tempos atuais (Barroso, 2011, p. 100).

Os indícios dos trabalhos escravos já foram registrados na Pré-História, quando o fim do Período Neolítico e Idade dos Metais teve início, dada a descoberta de uma nova forma de trabalho, a agricultura. Entretanto, o conhecimento maior sobre o assunto retrata o ano de 3000 a.C, no Egito quando o mesmo expandiu seu território e especialmente, a história contada por trás da construção das pirâmides (Barroso, 2011, p. 105).

Fazer povos escravos era uma forma de demonstrar poder, muitas guerras ocorriam e os registros de servidão e escravidão demonstraram quem podia mais. As prisões eram consideradas um arsenal destes meios, ao passo que todo prisioneiro de guerra se tornava escravo e logo, os filhos já nasciam na mesma condição, aumentando o poder dos senhores que os detinham (Gotti, 2012, p. 479).

Em várias partes do mundo a escravidão foi tomando força e difundindo seus modos. No Egito, por exemplo, a convivência social ocorria com duas marcas distintas, os dominantes e os dominados. Aqui, era possível verificar que os escravos tinham até mesmo algum direito, como o de poder se casar com pessoas livres, adquirir bens e

serem testemunhas em tribunais, desde que mantidos sob domínio de um nobre (Canotilho, 2014, p. 402).

Na Grécia, se tornavam escravos aqueles que não honravam suas dívidas, bem como os que eram capturados em batalhas e se viviam como prisioneiros. Diferente na Roma, onde estes nem ao menos faziam parte da sociedade, pois não eram considerados como pessoas, mas sim como coisas. Entretanto, foi o primeiro país a abolir a escravidão, já em 326 a.C (Costa, 2010, p. 146).

O fato se fez aos poucos também em outras localidades após o surgimento do Cristianismo, as ideias geradas pelo fanatismo religioso e a promoção da igualdade, fraternidade e liberdade, advindos na época da Revolução Francesa, passaram a associar a necessidade de soltura e revelar a importância de um tratamento digno, condenando a escravidão e suas formas. Todavia, na Idade Média, mesmo considerando que a época escravagista teria chegado ao fim, o trabalho de servidão ainda era visto, os chamados senhores feudais detinham maior parte do poder e para que outros pudessem tentar sua liberdade, lhes ofereciam trabalho político e proteção militar em troca (Gotti, 2012, p. 479).

Foi um período em que não havia consolidação sobre o trabalhador escravo, não possuía um tratamento adequado sobre o assunto e esses indivíduos eram vistos como acessórios que pertenciam a senhores feudais e quem os tinham, mostravam seu poder e riqueza. Uma das formas de manter o controle sobre esta servidão era a proibição de casamento se autorização previa de seu senhor e também não podiam se deslocar para outras propriedades (Soares, 2003, p. 38).

Em tempos de escravidão era perceptível uma forma disfarçada no sistema de servidão, uma vez que os trabalhadores eram tratados como mercadorias negociáveis e a venda de indivíduos escravizados

tornou-se cada vez mais evidente. Sob essa ótica, já se podia notar uma clara semelhança com o trabalho escravo, mesmo que oficialmente tenha sido abolida em teoria (Barroso, 2011, p. 109).

Nesse sentido, complementa Silva (2010, p. 93) que como referência a um trabalho análogo, a servidão assim é comparada, pois ela se confere a um escravo rural na contemporaneidade, como se estivesse trabalhando em troca do pagamento de suas dívidas. Observa-se que o mesmo ocorria na Idade Média quando o vínculo com o senhor feudal não poderia ser rompido até que a dívida estivesse paga.

Com a evolução social, a expectativa de mudanças acabou entrando em declínio. Na Idade Média novamente houve fortalecimento das características de escravatura. Viu-se então, a promoção dessa realidade em domínio da Espanha e Portugal, quando em domínio das terras indígenas esgotavam essa força de trabalho em prol de sus benefícios. Logo, os índios foram apresentando escassez em seu trabalho e os negros passaram a incluir essa realidade (Sento-Sé, 2016, p. 39).

No mesmo período e paralelo à colonização, o Brasil fez história na mesma triste ocorrência, o processo de escravidão dos nativos se fazia e na falta deste ou ineficiência, os negros supriam a demanda. A abolição da escravidão no país ocorreu tempos depois, quando a classe dominante recebeu força financeira do Estado para liberdade destes menos favorecidos (Gotti, 2012, p. 481).

Com advento da Idade Contemporânea e o surgimento da máquina a vapor, a Revolução Industrial necessitou ainda mais de mão-de-obra, vendo a oportunidade de reduzir o contexto escravagista para incorporar o trabalho livre. Nesse período a história muda seu percurso e assume posição em reforço ao Direito do Trabalho. Tem-se um aspecto condicionando ao fim da escravidão, bem como ao

da servidão, surgindo o trabalho subordinado e a relação entre a promoção deste com remuneração (Sento-Sé, 2016, p. 44).

Em suma, um dos momentos mais significativos da história brasileira no século XIX foi a abolição da escravidão, que ocorreu em 1888 com a promulgação da Lei Áurea. Entretanto, verifica-se que em outros países, a escravidão teve fim em decorrência do desenvolvimento do capitalismo e, no Brasil, seu término teve relação com o trabalho livre a interesses de ocupação e exploração de terras às quais a escravidão estava realizando trabalhos agrícolas (Villela, 2010, p. 698).

A Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888 (Lei Áurea) libertou aproximadamente setecentos mil escravos em seu ato legal, desintegrando uma atividade que até o momento era legalizada e compunha um forte elo de sustento à economia brasileira. Com a abolição da escravatura o Brasil buscou mão-de-obra substitutiva, vinda dos imigrantes europeus. Contudo, a larga escala desta utilização, agora sob preceitos legais, foi devastadora para os negros, que mesmo em liberdade não possuíam trabalho remunerado e tiveram início a um longo processo de exclusão social (Sento-Sé, 2016, p. 45).

O Brasil foi o último país a abolir a escravidão e esse ato não partiu de vontade espontânea, mas decorrente de pressões políticas que vinham ocupando discussões naquele período. Nesse cenário, a figura de Luís Gama foi uma representação importante no movimento abolicionista, filho de africana livre e fidalgo português, Luís foi vendido como escravo por seu pai aos dez anos, aprendeu a ler e escrever e pôde conquistar seu direito à liberdade, lutando à frente de seus colegas (Silveira, 2021, p. 08).

Todavia, a escravidão abrangeu uma intensa busca por direitos, ressaltadas suas características e ensejando fundamentos normativos que acompanhasse todo o processo. Contudo, em

alguns momentos históricos é possível considerar que ainda existe uma escravidão moderna, mas sob nova roupagem, na qual guarda aspectos semelhantes com a escravidão antiga. Salienta-se a seguir as principais características do trabalho escravo e como ele vem sendo destaca em proibição pela normativa.

2.1 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO TRABALHO ESCRAVO E FUNDAMENTOS NORMATIVOS

Quando se refere ao termo trabalho escravo é comum que haja associação àquele realizado pelos escravos negros em uma constância gerada pela continuidade ininterrupta de jornas longas de trabalho e atenção desumana. Todavia, realizar esse parâmetro seria insensível, vista a sociedade atual e suas formas modernas de assim realizá-lo.

Observa-se que as Convenções nº 29 e 105, inferidas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), equipara as expressões trabalho forçado e obrigatório: “trabalho forçado ou obrigatório designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade” (Organização Internacional do Trabalho, 2023, p. 06).

Por conseguinte, abrangendo as explicações sobre o assunto, Melo (2003, p. 15) assume posicionamento ao inferir seus ensinamentos em relação ao trabalho escravo e trabalho forçado, conceituando-o como uma modalidade de exploração, impedindo o trabalhador a ter um desenvolvimento psíquico, psicológico e até mesmo físico, sadio. É o fato também de impedir que estes deixem seus trabalhos quando se verem em situações desumanas.

Entretanto, em contraponto ao que expõe o doutrinador supra, Villela (2010, p. 154) afirma que tal conceituação estaria mencionado o trabalho degradante, que é representado pela falta de condições mínimas de saúde e segurança, “além da falta de garantias mínimas de trabalho, de moradia, higiene, respeito e alimentação”.

A terminologia aplicada pelo Código Penal (CP) traz a observação de este ser caracterizado como a redução à condição análoga a de escravo. Para este ser assim considerado é necessário incorrer em quatro condutas típicas: trabalho forçado, jornada exaustiva, condições de trabalho degradantes e restrição de locomoção.

Em continuidade a esse entendimento explicam Melo e Lorentz (2011, p. 268) que a exposição dada pelo CP se enquadra na mesma concepção inferida pela Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), quando observada seu artigo 8º a menção sobre analogia e equiparação. Deste modo, os autores entendem que o trabalho análogo ao de escravo se sujeita ao trabalho forçado. Observa-se também o que dispõe o artigo 149 do CP (Brasil, 1940):

Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Observa-se, no *caput* do artigo supracitado, as condutas típicas expostas e complemento em seu inciso I, quando menciona que incorre penalização também quem “cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho”. Ainda, seu inciso II traz impedimento para aquele que “mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera

de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho” (Brasil, 1940).

De acordo com o que dispõe o CP, assim como a CLT, todos esses comportamentos não permitidos, ou então, não aceitos, são de equiparação ao trabalho escravo, caracterizando condutas e implicando penalidades. Para Soares (2003, p. 78) essas características se abrangem com a exploração da mão-de-obra em caso que a dignidade humana não é protegida.

Infelizmente vários governos em toda parte do mundo buscam consolidar forças para eliminar a ocorrência do trabalho forçado, tratando essa prerrogativa como um desafio do século XXI. Dentre seus reflexos ainda estão a pobreza e impedimento de melhor desenvolvimento econômico, além de violar direitos humanos fundamentais (Greco, 2013, p. 147).

Em definição dada pela OIT, apresentada pela sua Convenção nº 29, o assunto é detalhado sob viés do trabalho forçado, caracterizando-o como “todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual ela não se tenha oferecido espontaneamente”. Ainda, a Constituição da OIT ressalva em seu artigo 19, que qualquer Estado Membro poderá adotar sua Convenção, sem implicar fatos que afetem direitos assegurados nacionalmente³ (Organização Internacional do Trabalho, 2014).

Em nova tentativa de melhorar essas condições, no ano de 2014 houve nova Convenção da OIT em Genebra, em que trabalhadores,

³ Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Conferência Internacional Do Trabalho. **Actas Provisionales** – 103.ª reunión, Ginebra, mayo-junio de 2014. Genebra, Suíça: Organización Internacional do Trabalho, 2014. Disponível em: <https://goo.gl/PHQWki>. Acesso em: 10 set. 2023.).

governos e empregadores se reuniram para promover oportunidades de reduzir o trabalho forçado, na tentativa de sua eliminação, tomando pauta assuntos como tráfico de pessoas e práticas análogas à escravidão (Haddad, 2021, p. 35).

Em que pese, a escravidão e suas formas são reprovadas pela Constituição Federal de 1988 quando visto seu artigo 5º que todos possuem direito à liberdade, verifica-se que quando lido seu inciso III, tem-se: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Logo, o rol taxativo de incisos que acompanham o artigo, repudia a escravidão ao tratar do direito fundamental de exercer livremente qualquer trabalho, conforme inciso XIII: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (Brasil, 1988).

De acordo, com a Constituição Federal de 1988 em seu inciso XLVII, alínea c, não haverá pena de trabalhos forçados, realçando até mesmo tal contemplação ao indivíduo apenado que possa estar cumprindo suas sanções. Em seguida, o artigo 6º afirma que o trabalho é considerado um direito social, que ampara outros tantos promovidos pela carta maior, com o propósito de proporcionar melhor qualidade de vida (Brasil, 1988).

Marca-se uma importante colocação atribuída à Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º que traz: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...]” (Brasil, 1988). Observou-se a preocupação do legislador em dispor dessa proteção individual, após anos de luta em um cenário degradante e desigual que formalizou o contexto brasileiro e reflexos no mundo à fora.

A continuidade de outros benefícios trazidos pela Constituição Federal de 1988 traz visibilidade em determinar que o cidadão possua direitos que devem ser resguardados e que estes lhe proporcionam

vida digna e mínimo para subsistência. Seu artigo 7º e incisos trazem direitos trabalhistas básicos, períodos de descanso, pagamento de salário, limites para jornada de trabalho além de outras condições que fortalecem tal proteção (Villaça, 2018, p. 55).

Todavia, o Brasil se viu liberto da escravidão com a sua abolição através da Lei Áurea, em maio de 1888 e mesmo assim foi uma ocorrência tardia em relação a outros países. No entanto, a escravidão foi extinta apenas como era conhecida na época, quanto à posse de pessoas, mas o cenário atual ainda traz uma representatividade de escravidão análoga (Capez, 2018, p. 101).

As características modernas da escravidão acabam fazendo com que um novo olhar seja lançado para a sociedade, é importante destacar esse pedido de socorro que de maneira silenciosa se transmite. Espera-se maior efetivação das normas que protegem ou ao menos deveriam levar proteção para estes trabalhadores em condições menos favorecidas, que ainda se submetem a situações degradantes, caracterizando o que se chama de escravidão moderna.

3 CARACTERIZAÇÃO DA ESCRAVIDÃO MODERNA

A modernidade em sua evolução transformou em muito o modo de agir de muitas pessoas, especialmente àquelas que detêm maior parte do poder, pois querem cada vez mais e se dispõe a usurpar do potencial de outros indivíduos na sociedade. E assim a escravidão moderna se caracteriza, quando uma pessoa é explorada e forçada a realizar atividades contra sua vontade, sendo vítimas até mesmo de intimidações (Carvalho, 2015, p. 299).

Conforme explica Vilela (2010, p. 94) o trabalho forçado pode ser caracterizado quando ocorre uma coação moral, física e/ou psicológica. Em relação a coação moral é possível verificar que esta se

dá quando o tomador de serviços submete seus trabalhadores a dívidas elevadas, ao passo que estes não possuem completa sabedoria para entender que este fato está sendo inconveniente. Incita-se a violência psicológica pela pressão que este mesmo fato narrado pode trazer. E, a violência física tem em sua nomenclatura a própria ocorrência.

A escravidão moderna é um ato completamente ilegal, baseado em uma repetição de casos que trazem traços sócio econômicos de uma pobreza extrema, em que pessoas necessitadas acabam se submetendo a empregos com grau de insalubridade alto ou então, são forçados a trabalhar em condições desumanadas pela enganação de que mudarão de vida (Capez, 2018, p. 45).

Em uma sociedade atual esses casos associam fatores como cidadãos com baixa renda ou desempregados, com pouca ou nenhuma escolaridade, iludidos pela oportunidade de saírem de suas condições precárias. A caracterização desse trabalho escravo moderno se inicia a partir do momento em que estes cidadãos enfrentam condições que os submetem à realização de atividades forçadas, em troca de saírem de suas condições precárias (Haddad, 2021, p. 38).

O cidadão escravizado passa a realizar sua atividade laboral de maneira forçada pelo seu patrão, seja por meio de emprego da força física, extorsão, saldo devedor ou outro. Há um trabalho de longas horas, muitas vezes sem remuneração, sem descanso adequado, com risco à saúde (Baltazar Júnior, 2017, p. 130).

Outras características também associam a escravidão moderna, como as “condições degradantes em seu ambiente de trabalho, que podem incluir violência física e psicológica, sem acesso a moradia, alimentação e água inadequadas, não possuir assistência médica”. A falta de melhores oportunidades de emprego e a não condição de manter sua família faz com que estes trabalhadores sejam submetidos

a estas condições e aceitem os termos concedidos, pois para eles é a única alternativa de trabalho (Villaça, 2018, p. 85).

De acordo com Nóbrega (2017, p. 69) a escravidão moderna tem suas características elevadas pelas falsas promessas, desconhecimento e até mesmo informações defasadas, ao passo que os trabalhadores assim não são munidos. O não reconhecimento de seus direitos é uma constante por estes trabalhadores submetidos a atos assim reprováveis, mas que ainda ocorrem.

Em alguns casos o emprego moderno exige muito de seus colaboradores, oferecendo cada vez menos benefícios, o que enseja o caminho para um complexo da escravidão moderna. Para alguns cidadãos, trabalhar mais para receber mais é uma escolha, mas não deixa de ser caracterizado como algo desumano. Compreende-se que o trabalho escravo na modernidade, ainda ocorre mesmo que anos após a escravidão ter sido abolida, conciliando um entendimento de que esse trabalho não deixou de existir, apenas se moldou e trouxe uma nova forma de atuação (Haddad, 2021, p. 35-36).

Conforme estabelece o artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”. Ainda, o artigo 24, do mesmo dispositivo supra, afirma que “toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas” (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948).

Consoante ao tema, o trabalho escravo moderno tem diversas formas de se conceituar, dependendo de elementos e fatores que cada autor delimita para essa formulação, pois são vários os aspectos que associam essa relação, considerando a coação de trabalhadores, por exemplo, meio ambiente degradante, jornadas extraordinárias e

até mesmo perdas em diferentes aspectos da liberdade individual (Nóbrega, 2017, p. 28).

Conforme retrata a OIT, em todo o mundo há aproximadamente quarenta milhões de pessoas que estão sob as condições de trabalho escravo contemporâneo, totalizando 70% destes sendo mulheres e crianças, uma realidade lamentável. Para outra infelicidade da situação ainda é visto que ainda são ávidas as colaborações de indivíduos que protegem e lucram com essa modalidade de trabalho (Silva, 2019, p. 02).

Já, no Brasil este perfil muda de cenário, a maioria dos indivíduos submetidos ao trabalho escravo no país se tratam de homens, com um percentual de 95%, em uma média de faixa etária entre 18 e 24 anos, com escolaridade baixa ou analfabetos, sendo ainda a maior parcela de jovens negros (Silva, 2019, p. 02).

Um dos fatores associados à exploração do trabalho humano é a falta de informações que estes trabalhadores possuem, fazendo com que ainda haja predominância de mão-de-obra análoga à escravidão em dias atuais, marcando o trabalho escravo contemporâneo.

3.1 FORMAS ANÁLOGAS À ESCRAVIDÃO

Atualmente, o trabalho em condições análogas à escravidão tem manifestação marcada por alguns elementos aos quais não fazem mais parte de um contexto antigo. Por exemplo, anteriormente, a escravidão era representada por correntes, castigos, torturas violentas, hoje ela forma uma analogia pela criação de dívidas, fraudes, retenção de documentos pessoais, frustração de direitos trabalhistas e outros que impeçam que o cidadão se desligue de seu trabalho, forçando-o a permanecer sob condições específicas (Matos; Matias; Zara, 2019, p. 68).

Nessa perspectiva explica Barbosa (2020, p. 74) que a exploração da mão-de-obra está relacionada com a falta de liberdade, não permitindo que o trabalhador tome decisões acerca do trabalho que irá realizar, se poderá decidir ou não pela sua prática sob as circunstâncias ofertadas.

A valorização do trabalho traz a dignidade humana como preceito que acompanha essas condições, uma vez que o trabalho análogo nega a este cidadão as condições mínimas para sua sobrevivência e o direciona a um tratamento degradante nas relações de trabalho (Fagundes; Castro, 2021, p. 47).

As principais formas de trabalho análogo à escravidão, associados à contemporaneidade são: servidão por dívidas, trabalho forçado, degradante, perda da liberdade e dignidade humana e; submissão a uma jornada de trabalho exaustiva (Barbosa, 2020, p. 183). O Decreto-Lei nº 58.563/1996 em artigo 1º, alínea a (Brasil, 1996), traz o conceito de servidão por dívidas:

A servidão por dívidas, isto é, o estado ou a condição resultante do fato de que um devedor se haja comprometido a fornecer, em garantia de uma dívida, seus serviços pessoais ou os de alguém sobre o qual tenha autoridade, se o valor desses serviços não for equitativamente avaliado no ato da liquidação de dívida ou se a duração desses serviços não for limitada nem sua natureza definida.

Compreende-se que a servidão por dívidas caracteriza o trabalho análogo à escravidão por fazer com que o trabalhador se comprometa a oferecer seus serviços pessoais ou de outro que esteja sob sua responsabilidade, como garantia de que pagará sua dívida (Baltazar Júnior, 2017, p. 134).

Entretanto, conforme expresso pela CLT, em seu artigo 462 é possível verificar vedação deste fato, pois menciona: “ao empregador

é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo. [...]” (Brasil, 1996).

Em relação ao trabalho forçado, a vigência do Decreto-Lei nº 10.088/2019, recepciona a Convenção 29 da OIT e caracteriza o mesmo como “todo aquele trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade” (Brasil, 2019).

De acordo com o que trata a OIT, o trabalho forçado está diretamente relacionado com a escravidão, diante da similaridade que as formas de trabalho associadas a ele, se assumem, sendo atividades que não são aceitas pelo trabalhador, mas que se obriga a fazer diante de circunstâncias (Baltazar Júnior, 2017, p. 147).

No que se refere ao trabalho degradante, o mesmo se caracteriza por fatores que não são condizentes com um local de trabalho considerado favorável e saudável para execução das atividades laborais. São aquelas condições que vão além de pequenos descumprimentos da lei, desmerecendo os direitos humanos e tratando o cidadão como mera ferramenta de trabalho (Barbosa, 2020, p. 189).

Complementa-se que o trabalho degradante pela restrição da liberdade de locomoção, coação, exploração, humilhação e outras atitudes não aprovadas em relação ao trabalhador. Falta de alimentação adequada, higiene, segurança e não oferta de condições mínimas de trabalho também são fatores que assimilam essa ocorrência (Carvalho, 2015, p. 298).

De acordo com a Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONAETE) (2011, p. 6), em sua Orientação nº 3, tem-se explicação de que condições degradantes de trabalho são causadoras de desprezo e denigrem a dignidade da pessoa humana, não respeitando os direitos fundamentais desses indivíduos em

condições de trabalho. As situações desumanas se referem à falta de higiene, condições insalubres de moradia, saúde e segurança, não considerando períodos adequados de descaso e outros.

Os reflexos das condições degradantes associam a falta de prevalência do que deveria ser mantido como principal valorização em prol do cidadão, a dignidade humana, considera-se um afronto ao preceito basilar exposto na Constituição (Carvalho, 2015, p. 299).

Com isso, menciona-se um outro fator que associa o trabalho análogo à escravidão, que é a perda da liberdade e a dignidade da pessoa humana, está consolidada ao longo dos anos como um direito subjetivo, reconhecendo o ser humano como principal protagonista do meio social (Haddad, 2021, p. 36).

O ordenamento jurídico brasileiro assegura a dignidade humana como princípio, estampado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, influenciando, inclusive, outros artigos ao longo do texto constitucional. Acerca deste princípio e as relações de trabalho sedimenta-se, por exemplo, no artigo 5º, inciso III quando expõe que ninguém será submetido a tratamento desumano e/ou degradante (Brasil, 1988).

Também se verifica a mesma extensão ao que tange o inciso XLVII, do mesmo artigo supra, em sua alínea c, mencionando que não haverá pena de trabalho forçado. Estende-se esse preceito ao verificar o artigo 7º do texto constitucional que trata dos direitos dos trabalhadores, especificando condições favoráveis de trabalho (Brasil, 1988). Tem-se uma influência no contexto que envolve a vedação do trabalho escravo como forma de assegurar a dignidade humana.

Na mesma perspectiva se verifica a restrição ou perda da liberdade relacionando com o mesmo princípio em comento, uma vez que há direito na liberdade de locomoção a todos os indivíduos. Outrossim, considerando a escravidão em período anterior, a liberdade

dos escravos era restrita e única de seus senhores feudais, o que não se admite atualmente (Costa, 2021, p. 47).

Quanto à jornada exaustiva, o CP traz a conduta como crime, visto seu artigo 149 (Brasil, 1940) que dispõe o fato de submeter alguém a condição análoga a de escravo, ou seja, quando o cidadão é submetido a trabalhos forçados, uma jornada de serviço exaustiva, com pouca ou nenhuma condição suficiente para realização adequada do trabalho. Também cita a restrição de locomoção do indivíduo, seja por meios para este fim, seja por decorrente dívida contraída.

Em seguida, reforçando a reprovação de tal conduta, menciona-se também a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XIII, ao qual traz uma jornada de trabalho normal não superior a oito horas ao dia; o inciso XIV que traz a jornada de seis horas ininterruptas, mas com revezamento diário e; o inciso XV que faz menção ao repouso semanal remunerado (Brasil, 1988).

No que confere a conceituação da jornada exaustiva, a Orientação nº3 da CONAETE (2011, p. 03), dispõe que:

Jornada de trabalho exaustiva é a que, por circunstâncias de intensidade, frequência, desgaste ou outras, agrida a dignidade humana do trabalhador, causando prejuízos a sua saúde física ou mental, e decorra de situação de sujeição que, por qualquer razão, torne irrelevante sua vontade. A previsão de jornada especial em instrumento coletivo não impede a caracterização da jornada exaustiva.

Em suma, a jornada exaustiva de trabalho acaba sendo verificada como aquela que submete o trabalhador a realizar atividades forçadas, sem o seu consentimento e com privação do direito de locomoção, trabalhando fora do que sua categoria de trabalho representa (Haddad, 2021, p. 38).

Compreende-se que muitos são os aspectos que caracterizam o trabalho análogo à escravidão, especialmente em razão de o ordenamento jurídico brasileiro necessitar fazer referências sobre o fato para evitar que essa prática seja continuada e consolidada no mercado de trabalho. Deste modo, busca-se verificar quais mecanismos são utilizados e propostos para combater e buscar a erradicação do trabalho análogo à escravidão no Brasil.

4 A BUSCA PELA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO

Conforme retratado até o momento, o trabalho escravo parece não ter sido abolido, afinal, as analogias a que se aplicam trazem suas consequências diante de uma modalidade de trabalho inconstitucional. Isso porque é considerável que a Constituição Federal de 1988 traz e seu capítulo destinado aos deveres e direitos coletivos, retratado em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea c, que não haverá penas que promovam o trabalho forçado. Este, que é comparado ao trabalho escravo, já extinto (Brasil, 1988).

Entretanto, ao continuar a leitura mais à frente da carta maior é possível entender que de alguma maneira o legislador também compreendeu que o trabalho escravo, mesmo após anos, ainda pode ser existente, fazendo menção de consequências legais aos casos em que este for verificado. Desta forma se extrai do artigo 243, o seguinte fragmento: “as propriedades rurais e urbanas de qualquer região do país onde forem localizadas [...] exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas [...]” (Brasil, 1988).

Observa-se que inicialmente a Constituição Federal de 1988 já abarca uma tentativa de eliminar a ocorrência de trabalho escravo no Brasil, ao passo que as propriedades serão confiscadas em caso de

existir trabalho escravo. Adiante, o parágrafo único do mesmo artigo 243 faz menção ao valor econômico, dizendo que se este for resultado de exploração de trabalho escravo também será confiscado (Brasil, 1988).

Sobre o assunto está em tramitação o Projeto de Lei nº 5.970/2019, iniciativa do Senador Randolfe Rodrigues, que regulamenta a expropriação de imóveis urbanos e rurais em que forem constatadas exploração de trabalho em condições análogas às de escravidão. O Projeto de Lei defende a penalização para os indivíduos que incorrerem no crime de redução a condição análoga de escravo, que possui previsão pelo artigo 149 do Código Penal, inferindo ainda mais a proteção da dignidade humana e com vistas a erradicar esse tipo de situação (Magela, 2023, p. 02).

A continuidade da defesa de regulamentação do artigo 243 da Constituição Federal permanece ativa, um outro Projeto de Lei de nº 1102/2023, de autoria da deputada federal Reginete Bispo, leva a pauta de que o trabalho análogo à escravidão precisa ser visto com o olhar de reparação, ser fiscalizado e punido, contudo, o assunto tramita em discussão na Câmara com mais de cinquenta propostas (Silva, 2023, p. 03).

Ocorre que o assunto se torna grave, não podendo deixar a punição à mercê de tanta espera, visto que no ano de 2022, no Brasil, foram resgatadas mais de duas mil e quinhentas pessoas em situação análoga à escravidão. O estado do Rio Grande do Sul surpreendeu com as notícias advindas pela ocorrência em suas vinícolas. São Paulo apresentou situação semelhante com trabalhos em canaviais e em Santa Catarina o mesmo ocorreu em trabalhos na construção civil. Ainda, uma pesquisa da Clínica de Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas mostrou que, no Brasil, entre 2008 e 2019, houve 2.679 denúncias de crimes previstos no artigo 149 do Código Penal, mas

apenas 112 condenações. A maioria dos denunciados não foi penalizada por falta de provas (Dandão, 2023, p. 02).

O Ministério Público do Trabalho traz informações de que desde 1995 até 2020 (informação mais recente obtida) foram mais de cinquenta e cinco mil pessoas resgatadas de situações em que estavam trabalhando em analogia ao trabalho escravo, em todo território brasileiro. Na mesma perspectiva, o Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil, também em 2020, relata que dentre os estados brasileiros, os que mais apresentaram índice de ocorrência desta modalidade de trabalho foram: Pará (9.800 pessoas resgatadas), Mato Grosso (4.366) e Goiás (3.747) (Lima, 2022, p. 02).

Todavia, o assunto causa repercussão quando se desdobra em seu tema, demonstrando a preocupação do assunto em diversos países. No ano de 1930, em Genebra, elaborou-se a Convenção 29, atestando o combate ao trabalho forçado. Mais tarde, em 1959, criou-se a Convenção 105, complementando a anterior, retratando sobre o trabalho forçado e obrigatório (Villela, 2010, p. 74).

Deste então, quando ocorre a prática de trabalho análogo à escravidão diversos países pautam defesa pelas Convenções 29 e 105, buscando reduzir tais fatos. Ainda, não se pode deixar de mencionar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, que é um importante marco na consagração da dignidade humana e luta pela erradicação de situações degradantes, proibindo escravidão e tortura, além de outros, durante a prática de trabalho (Brito Filho, 2018, p. 68).

Entretanto, mesmo sabendo da possibilidade da prática e, considerando que a escravidão findou há três séculos, observa-se como o Brasil demorou a se adequar a uma legislação que se relacionasse às normas internacionais e buscasse enfrentar essas formas de escravidão análogas. O Código Penal foi criado somente em 1940 e seu artigo 149, ao qual tipificou o trabalho escravo, somente

sofreu alteração no ano de 2003 com a Lei nº 10.803 que introdução a ação de “reduzir alguém ao trabalho análogo à escravidão”, sessenta anos depois da criação do Código (Cavalcanti, 2017, p. 197).

Não se pode deixar de considerar que essa alteração legal promovida com a Lei nº 10,803 em 2003 foi um grande avanço, pois indicou hipóteses às quais configura o trabalho análogo à escravidão e que apresentando suas características isoladas ou em conjunto, inferem maior proteção a esses trabalhadores que estão à mercê de empresários desumanos que buscam desqualificar esse crime (Haddad; Miraglia, 2018, p. 164).

Por conseguinte, as ações de combate ao trabalho análogo à escravidão não podem parar, devendo atingir a erradicação, observa-se que no Brasil busca-se converter esse fato em duas estratégias, sendo a primeira de forma repressiva, fiscalizando as situações em que os trabalhadores se submetem a condições de escravo. E, a segunda estratégia é com a criminalização dessa conduta e o pagamento de indenizações trabalhistas a essas vítimas (Greco, 2018, p. 79).

Acerca da fiscalização o país conta com o Grupo Especial de Fiscalização Móvel desde 1995, criado pelas Portarias nº 549 e nº 550, buscando uma forma mais ágil e eficaz no combate ao trabalho análogo ao de escravo. O trabalho envolve a inspeção de denúncias, bem como a supervisão de casos já fiscalizados, além de realização de visitas em locais esporádicos para confirmar que não esteja ocorrendo situações deste íterim (Rezende; Rezende, 2013, p. 20).

Essas condutas fiscalizatórias se tratam de ações planejadas e coordenadas por profissionais que integram o Ministério Público do Trabalho, realizando operações confidenciais que protegem e resguardem os que realizam a denúncia. Ainda, os profissionais que realizam a fiscalização da denúncia também devem ser qualificados, contando com representantes da segurança pública e outros,

garantindo o sucesso e eficiência do combate ao trabalho análogo à escravidão (Souza, 2016, p. 22).

Uma das formas de contribuir com o processo de fiscalização é a conscientização da população, que podem fazer com que algumas ações se tornem regras, como no caso da checagem de cadeias de produção, a fim de verificar se ocorre utilização de trabalho com mão-de-obra escrava e então, denunciar, pois somente a partir delas é que as fiscalizações serão possíveis. O Disque 100 é o canal utilizado para denúncias telefônicas e pode ser feito de forma anônima (Lima, 2022, p. 02).

Uma outra forma de combate é a denúncia pelo Sistema Ipê, formalizado pela Divisão de Erradicação do Trabalho Escravo do Ministério da Economia (DETRAE), realizando-a através do preenchimento de formulário online. Doutro modo, o Ministério Público do Trabalho (MPT) e procuradorias regionais também recebem denúncias, sejam online ou presenciais, além de existir um aplicativo chamado MPT Pardal, que também favorece esse trabalho, podendo ser baixado em qualquer *smartphone* (Lima, 2022, p. 02).

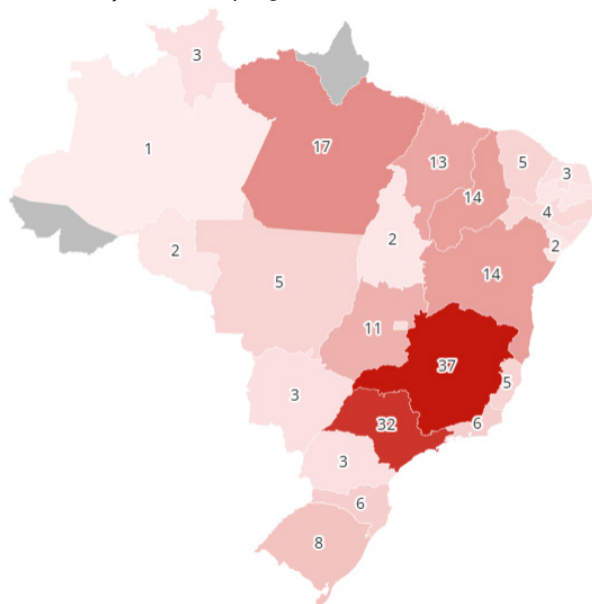
As ações em conjunto que favorecem a atualização cadastral da Lista Suja, que se trata de um cadastro de empregadores que tenham submetido seus trabalhadores a condições análogas à escravidão. A mesma foi implantada em 2003 pela Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH nº 4, se mostrando atos que são importantes para erradicar a situação reprovável que o assunto reflete. Para tanto, divulgar esses nomes e não deixar com que sejam esquecidos também é uma forma de contribuir para que outros empregadores não atuem da mesma maneira. Contudo, não cabe aqui nesta pesquisa expor a lista correspondente, mas se deixa dito que a mesma poderá ser acessada por qualquer mecanismo de busca na internet ao digitar a intenção de vê-la.

De acordo com as informações do MTE, a lista conta com nomes de empregadores que fazem parte de comércios conceituados,

como no caso das Cervejarias Kaiser, do Grupo Heineken. Contudo, o Grupo Heineken, na ocasião da inclusão, inferiu nota oficial dizendo que a inclusão da empresa à lista ocorreu por infrações cometidas por outros responsáveis que eram prestadores de serviços à marca, ao qual já foram desligados da empresa como quadro de fornecedores (Nunes, 2023, p. 02).

Atualmente a Lista Suja é composta por 473 nomes que somam pessoas físicas (patrões) e jurídicas (empresas). O estado brasileiro que mais se sobressai na situação é Minas Gerais, com 37 empregadores, seguido do estado de São Paulo, com 32. A Lista ainda apresenta outras informações como a quantidade de empregados submetidos à condição de trabalho análogo à escravidão, data do início do processo administrativo, término e data da inclusão do nome a ela, além de outros dados (Nunes, 2023, p. 02).

Figura 1 – Última atualização dos empregadores adicionados à Lista Suja.



Fonte: Nunes (2023, p. 02).

A figura 1 traz a representatividade da inclusão dos 204 novos nomes adicionados à Lista Suja, em fevereiro de 2023, podendo verificar a quantidade de empregadores denunciados em cada estado, aos quais já tiveram seu processo administrativo concluído.

Aos casos em que há flagrante da prática criminosa o empregador pode ser obrigado ao pagamento de indenização a estes trabalhadores submetidos na condição de escravos. Outras implicações também mencionadas são: pagamento de multas, processos judiciais, inclusão do nome do empregador na Lista Suja, aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) em 2004, através da Portaria nº 540, que expõe nomes de empregadores autuados pela prática do crime inferido pelo artigo 149 do Código Penal (Souza, 2016, p. 23).

Recentemente, em outubro de 2023, o MTE atualizou o cadastro de empregadores que submetiam seus trabalhadores a condições análogas à escravidão, com a contribuição do trabalho desempenhado pela Secretaria de Inspeção do Trabalho nos anos de 2018 a 2023 a atualização cadastral acabou sendo a maior já realizada desde que teve início. As atividades econômicas com maior “número de empregadores inclusos na atualização corrente são: produção de carvão vegetal, criação de bovinos para corte, serviços domésticos, cultivo de café e extração e britamento de pedras” (Brasil, 2023, p. 02).

Ressalta-se que a inclusão dos nomes desses empregadores só ocorre quando o processo administrativo for concluído e ao passo de que a decisão administrativa tenha sido irrecorrível de procedência. Os nomes permanecem publicados por um período de dois anos, a atualização para inclusão e exclusão dos nomes ocorre a cada seis meses (Brasil, 2023, p. 02).

Doutro modo, acerca da segunda abordagem estratégica, a elaboração de políticas públicas, pode-se mencionar uma

abordagem assistencial, preventiva, direcionada a estes trabalhadores resgatados, evitando que estes tornem a ser vítimas da prática. Para isso, a promoção de apoio socioeducativo, ensejando a formação profissional, encaminhando estes indivíduos ao mercado de trabalho com qualificação, é uma proposta. Dentre uma das políticas públicas relacionadas a essa promoção tem-se o Movimento Ação Integrada, criada para esta finalidade (Rezende; Rezende, 2013, p. 22).

Com o propósito de combater o trabalho análogo à escravidão, em 2003 foi elaborada a primeira etapa do Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, na qual se tratou de apresentar medidas aos diversos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, entidades da sociedade, Ministério Público e outros interessados. Essas medidas fazem parte das políticas públicas que visam o combate do trabalho análogo ao escravo, atendendo as determinações do Plano Nacional de Direitos Humanos, reiterando que o primeiro passo se fez exclusivamente com propósito de integrar e coordenar as ações desses diferentes órgãos (Souza, 2016, p. 41).

E, em 2008, criou-se a segunda etapa, baseando mudanças nas ações de combate ao trabalho análogo ao de escravo, obtendo experiências dos últimos cinco anos e realizando modificações nesse contexto, consolidando uma atualização da primeira etapa. O Plano visa enfrentar o problema com melhorias nas ferramentas de atuação e na estrutura destas, promovendo ações que busquem condições de trabalho mais favoráveis após o resgate destes trabalhadores (Souza, 2016, p. 41).

O Brasil traz duas políticas públicas tidas como principais, quando o assunto se refere à prática do trabalho análogo à escravidão. A primeira foi iniciada no ano de 2002, com alteração da Lei nº 7.998/1990, que faz menção ao pagamento de três parcelas de seguro-desemprego no valor de um salário mínimo. Nesse caso, quando

resgatados os trabalhadores das condições análogas à escravidão, são encaminhados para receberem o direito de obter as três parcelas de seguro desemprego, a fim de proporcionar oportunidades para normalizarem suas situações antes de adentrar novamente no mercado de trabalho, agora de forma correta e legal, garantindo boas condições e direitos (Brasil, 1990).

A segunda política pública em destaque é a que ocorreu em 2009, com a criação do Projeto Ação Integrada (PAI), contando com um conjunto de entidades e profissionais que levam a assistência a trabalhadores resgatados de condições de trabalho análogo ao de escravo, ou ainda, àqueles considerados como vulneráveis, instruindo-os e qualificando-os por meio de cursos profissionalizantes (Silva, 2019, p. 02).

Outra proposta promovida pelo PAI é a realização de palestras, mobilização e sensibilização, que contribuem para a reinserção desses indivíduos ao mercado de trabalho, promovendo conhecimento para que não se permitam ser submetidos a essas situações e saibam lidar com os reflexos ocasionados pelos fatos até então submetidos.

As atividades desenvolvidas pelo PAI têm se mostrado eficazes, visto que dentre os trabalhadores retirados de condições análogas à escravidão, no período de 2009 a 2014, houve representação de 67,90% de qualificações para serem incluídos na expansão econômica. Ainda, 81,96% destes, passaram a ter emprego formal, somando para o propósito de erradicar a situação incompatível com os preceitos constitucionais (Haddad; Miraglia, 2018, p. 12).

Contudo é mister ressaltar que para haver completa eficácia do processo a viabilidade para oferta de empregos deveria estar a um nível que comporte todos os indivíduos resgatados da situação anteriormente retratada, no entanto, a economia brasileira passa por

inconstâncias em diversos momentos e isso é um problema que o foco dessas políticas públicas não possui controle.

Nessa perspectiva se destaca que as políticas públicas voltadas para a erradicação do trabalho análogo à escravidão se propõem a inferir a empregabilidade como principal fator de resposta para combate desta prática, mas ao mesmo tempo acabam sujeitas às variáveis do mercado de trabalho e da própria economia. Todavia, o combate para a erradicação deste caso é algo constante e que exige a contribuição de muitos, desde autoridades políticas e públicas até a sociedade (Greco, 2018, p. 57).

Infelizmente a realidade brasileira acerca da quantidade de trabalhadores que se encontram em condições de trabalho análogo ao de escravo é maior do que as demonstradas por pesquisas e levantamentos, por considerar que ainda é possível inibir informações a respeito de atitudes como esta. Destes casos não quantificados, destacam-se trabalhos realizado em fazendas, garimpos, mineração, oficinas de costura e construções civis (Brito Filho, 2018, p. 174).

Há um tripé que sustenta a continuidade de trabalho contemporâneo escravo, a ganância dos empreendedores, a impunidade desses contratantes e a pobreza dos trabalhadores. A falta de garantia estatal quanto a condições de melhoria de vida ao trabalhador, saúde, segurança e educação, por exemplo, também são fatores que contribuem para que atitudes reprováveis continuem ocorrendo (Cavalcanti, 2017, p. 98).

Em síntese, discutir sobre as atitudes que influenciam a atividade escrava em tempos contemporâneos é considerar que o empregador utiliza esse tipo de mão-de-obra por saberem que não sofrerão consequências, com a percepção de que podem ganhar ainda mais economizando, e não no sentido de evitar custos com produtos,

mas sim com pessoas, estas que realizam o trabalho análogo ao escravo (Brito Filho, 2018, p. 101).

Nessa ótica, entende-se que as políticas públicas devem ser voltadas para garantir que esse tripé seja eliminado. Para tanto, importa punir os empregadores que agem sob essa índole irregular, pensando que o trabalho escravo é um bom negócio e esquecendo de tratar o ser humano com dignidade (Sakamoto, 2019 p. 03).

Um importante avanço no combate a esse crime ocorre com a atuação da justiça, tendo sido reforçada em 2015 quando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou o Fórum Nacional do Poder Judiciário para Monitoramento e Efetividade das Demandas Relacionadas à Exploração do Trabalho em Condições Análogas à de Escravo e ao Tráfico de Pessoas (FONTET). As finalidades deste Fórum envolvem discussões e debates para a busca de soluções que tornem as decisões da justiça mais efetivas quando se tratam do assunto (Moura, 2023, p. 02).

O Brasil lida com a gravidade dos fatos ao ser um país que faz parte dos que integram a irresponsabilidade de manter seus cidadãos sob condições análogas a de escravo. Como já dito, o assunto tem sido pauta de reuniões para determinar as soluções cabíveis para erradicação e, especialistas já mencionaram que isso somente será possível quando esse tipo de trabalho não for mais lucrativo para empresa e empregadores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a finalização desta pesquisa foi possível compreender que a prática de trabalho análogo à escravidão ainda é uma realidade existente em todo o mundo. Relacionando o assunto ao Brasil, alguns estados demonstram maior inclinação para essa situação, como no caso de Minas Gerais e São Paulo. Outrossim, o estudo pôde atingir

os objetivos propostos, assim como responder ao problema inicial lançado, corroborando com a hipótese tratada.

Em relação aos instrumentos legais que o país possui, mesmo possuindo normas estaduais e federais para coibir as diversas formas dessa modalidade de trabalho, a mais utilizada é o artigo 149 do Código Penal que traz a pena de reclusão de dois a oito anos para os empregadores infratores, possibilitando também a aplicação de multa. A Lei nº 10.803/2003 também estabelece penas aos empregadores que praticam violência contra seus subordinados.

Acerca da caracterização do trabalho escravo na contemporaneidade, estes se tratam da situação em que os submetidos aos fatos se encontram, como quando forçados ao trabalho por coação física ou moral, trabalho em condições degradantes, jornadas exaustivas, servidão por dívidas, além de outras relacionadas no decorrer desta pesquisa que demonstram ferir a dignidade humana deste trabalhador.

Dentre as políticas públicas que tratam dessa modalidade de trabalho, com vistas a erradicar essa ocorrência, o Brasil, por meio da assistência estatal, atua com instrumentos de fiscalização, por meio de denúncias em seus canais de atendimento. Esse combate à prática de trabalho análogo à escravidão traz o resgate de trabalhadores nessas condições, leis que asseguram ressarcimento financeiro em prol de assistência a estes, projetos de apoio como cursos profissionalizantes e encaminhamento ao mercado de trabalho com informações que favoreçam o conhecimento destes indivíduos sobre seus direitos.

Os empregadores, além de serem submetidos às penalidades legais também se sujeitam a fazerem parte da Lista Suja, que como demonstrado, após processo administrativo julgado, acabam sendo expostos na Lista para que outros interessados possam ter conhecimento de quem pratica tal fato. Outrossim, divulgar

a publicidade desses atos é uma forma de conscientizar outros empregadores.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARBOSA, E. S. Funções de Polícia: o que faz a Polícia Federal Brasileira? **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, Brasília, Brasil, v. 1, n. 1, p. 181–212, 2020.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 set. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 10.088 de 5 de novembro de 2019**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10088.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2010.088%2C%20DE%205,pela%20Rep%C3%ABlica%20Federativa%20do%20Brasil. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 58.563 de 1º de junho de 1966**. Promulga e Convenção sobre Escravidão de 1926 emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravidão de 1956. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1966/D58563.html#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2058.563%2C%20DE%201%C2%BA,Aboli%C3%A7%C3%A3o%20da%20Escravidura%20de%201956. Acesso em: 15 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990.** Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7998.htm. Acesso em: 29 fev. 2024.

BRASIL. **MTE atualiza o Cadastro de Empregadores que submeteram trabalhadores a condições análogas à escravidão.** 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/noticias-e-conteudo/2023/outubro/mte-atualiza-o-cadastro-de-empregadores-que-submeteram-trabalhadores-a-condicoes-analogas-a-escravidao>. Acesso em: 24 fev. 2024.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho decente. Análise jurídica da exploração do trabalho:** trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 5. ed. São Paulo: LTr, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7.ed. Coimbra: Almedina 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal.** v.2. 18. ed. atual. São Paulo: Saraiva Educação 2018.

CAVALCANTI, Tiago Muniz. **Combate ao trabalho escravo:** conquistas, estratégias e desafios. São Paulo: LTr, 2017.

CARVALHO, Fernanda de Castro. Os tratados internacionais como fonte normativa de hermenêutica: o conceito de trabalho escravo no Brasil. **Revista Direitos, Trabalho e Política Social**, v. 1, n. 1, p. 297-310, 2015.

CONAETE. **Jornada de trabalho exaustiva e a orientação nº 3 da coordenadoria nacional de erradicação do trabalho escravo do ministério público do trabalho.** 2011. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/jornada-trabalho-exaustiva-orientacao-559426482>. Acesso em: 15 nov. 2023.

CONFORTI, Leonardo Paes. A interpretação do conceito de trabalho análogo ao escravo no Brasil: o trabalho digno sob o prisma da subjetividade e a consciência legal dos trabalhadores. Publicação em congresso. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI. (p.160-178), 2018, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: CONPEDI.

COSTA, Andressa Soares. **Trabalho doméstico feminino e escravidão contemporânea: superação ou problemática persistente?** 2021. 87 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

COSTA, Patrícia Trindade Maranhão. **Combatendo o Trabalho Escravo Contemporâneo:** o exemplo do Brasil. Brasília: OIT, 2010.

DANDÃO, Julio. **Impunidade crônica:** no Brasil, menos de 5% dos empresários acusados de trabalho escravo são condenados. 2023. Disponível em: <https://www.esquerdadiario.com.br/No-Brasil-menos-de-5-dos-empresarios-acusados-de-trabalho-escravo-sao-condenados>. Acesso em: 29 fev. 2024.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Aceso em: 15 nov. 2023.

FAGUNDES, Maurício Krepsky; CASTRO, Rafael Lopes de. Operação Resgate: A maior operação de combate ao trabalho escravo realizada no Brasil. **Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho**, Brasília, ano 5, jan./dez. 2021.

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais:** fundamentos, regimes jurídicos, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Código Penal:** Comentado. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito Penal:** parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. A definição de trabalho escravo para fins penais e a experiência brasileira. **Revista Palavra Seca**, Minas Gerais, v. 1, ed. 1, p. 9 - 40, 29 out. 2021.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido; MIRAGLIA, Livia Trabalho **Escravo**: entre os achados da fiscalização e as respostas judiciais. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2018.

LIMA, Juliana. **Trabalho escravo contemporâneo**: o que é e como combater. 2022. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/trabalho-escravo-contemporaneo-o-que-e-e-como-combater/>. Acesso em: 29 fev. 2024.

MAGELA, Geraldo. **Avança expropriação de imóvel onde houver trabalho escravo**. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/04/12/avanca-expropriacao-de-imovel-onde-houver-trabalho-escravo>. Acesso em: 29 fev. 2024.

MATOS, Laura Germano; MATIAS, João Luis Nogueira. ZARA, M. Officer, Pernambucanas e Serafina/Collins: o padrão condenatório por condições degradantes da mão de obra em redes contratuais do setor de vestuário. **Revista de Direito Internacional**. Volume 16, nº 3, ano 2019.

MELO; Guilherme Orlando; LORENTZ, Lutiana Nacur. Uma abordagem interdisciplinar do trabalho análogo ao de escravo nas clivagens: trabalho forçado, degradante e desumano. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 54, n.84, p. 263-288, jul./dez.,2011.

MELO, Luis Antônio Camargo de. Premissas para um eficaz combate ao trabalho escravo. **Revista do Ministério Público do Trabalho** - Edição especial trabalho escravo. Brasília: Procuradoria-Geral do Trabalho, São Paulo: LTr, n. 26p. 11-33, set. 2003.

MOURA, Ana. **Conscientização contribui para superar desafio de combater trabalho escravo no Brasil**. 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/conscientizacao-contribui-para-superar-desafio-de-combater-trabalho-escravo-no-brasil/>. Acesso em: 29 fev. 2024.

NÓBREGA, Zeina Rassi. **Responsabilização em cadeias produtivas como mecanismo de repressão ao trabalho escravo contemporâneo: uma análise a partir do âmbito da indústria têxtil brasileira**. 31 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, Campina Grande, 2017.

NUNES, Júlia. **‘Lista suja’ do trabalho escravo tem a maior atualização da história, com 204 novos nomes**. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/trabalho-e-carreira/noticia/2023/10/10/lista-suja-do-trabalho-escravo-tem-a-maior-atualizacao-da-historia-com-204-novos-nomes.ghtml>. Acesso em: 24 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Conferência Internacional Do Trabalho**. Actas Provisionales – 103.^a reunión, Ginebra, mayo-junio de 2014. Ginebra, Suíça: Organização Internacional do Trabalho, 2014. Disponível em: <https://goo.gl/PHQWki>. Acesso em: 10 set. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. C029 - **Trabalho Forçado ou Obrigatório**. [2023]. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235021/lang-pt/index.htm. Acesso em: 07 set. 2023.

REZENDE, M. J. e REZENDE, R. C. As dificuldades de erradicação do trabalho escravo no Brasil hoje e a exposição dos muitos desafios postos ao desenvolvimento humano. **Nômadias Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. Especial: América Latina**. Madri, Mediterranean Perspectives, pp.1-24, 2013.

SAKAMOTO, Leonardo. **A educação é a principal política de prevenção ao trabalho escravo**. 2019. Disponível em: <https://futura.frm.org.br/conteudo/midias-educativas/noticia/educacao-e-principal-politica-de-prevencao-ao-trabalho-escravo>. Acesso em: 29 fev. 2024.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade**. São Paulo: LTr, 2016.

SILVA, Carlos Dalmagro. **Governo e Justiça querem regulamentar expropriação de terra com trabalho escravo**. 2023. Disponível em: <https://www.cut.org.br/noticias/governo-e-justica-querem-regulamentar-expropriacao-de-terra-com-trabalho-escravo-f407>. Acesso em: 29 fev. 2024.

SILVA, Marcello Ribeiro. **Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema**. 2010. 280 f. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário). Universidade Federal de Goiás, Goiânia-GO. Disponível em: https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/35d284c9-cd7b-4889-81a5-f3823d8e2270/Disserta%C3%A7%C3%A3o%2BTrabalho%2BAn%C3%A1logo%2Bao%2Bde%2Bescravo.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=35d284c9-cd7b-4889-81a5-f3823d8e2270. Acesso em: 10 set. 2023.

SILVEIRA, Beatriz. **Luiz Gama, um advogado autodidata pela liberdade**. 2021. Disponível em: <https://www.anf.org.br/luiz-gama-um-advogado-autodidata-pela-liberdade/>. Acesso em: 29 fev. 2024.

SOARES, Evanna. Meios coadjuvantes de combate ao trabalho escravo pelo Ministério Público do Trabalho. **Revista do Ministério Público do Trabalho** - Edição especial trabalho escravo. Brasília: Procuradoria-Geral do Trabalho, São Paulo: LTr, n. 26, p. 34-46, set. 2003.

SOUZA, Cláudia. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Revista Sociologias**, ano 8, nº 16, pp. 20-45, 2016.

VILLAÇA, Carolina. Baseado em fatos surreais: A novela para garantir a publicação da lista suja e impedir a flexibilização do conceito de trabalho escravo no país que teve mais de 43 mil pessoas resgatadas, de 2003 a 2017. **REVISTA Labor** – Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, ano VI, nº9, 2018.

VILLELA, Fábio Goulart. **Manual de Direito do Trabalho: teoria e questões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

O INSTITUTO DA RESERVA DA LEGÍTIMA DA HERANÇA: A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA LIBERDADE DE TESTAR

Emanoelly Laurentino Cruz da Silva¹

Magda Cristiane Detsch da Silva²

RESUMO

A Constituição Federal brasileira assegura o direito à herança como direito fundamental, ao mesmo tempo que também garante o direito à liberdade, à autonomia privada e o direito de propriedade. O Código Civil ao estabelecer disposições relativas ao direito sucessório, garante aos herdeiros necessários a reserva da legítima, que corresponde a 50% dos bens da herança, estabelecendo limites à liberdade de testar. Essa intervenção do Estado ao garantir a reserva da legítima levanta questionamentos acerca de uma possível colisão entre os direitos assegurados pela Constituição Federal e a imposição de limites à liberdade de testar imposta pelo Código Civil. A pesquisa objetiva estudar a necessidade de manutenção da reserva da legítima no contexto atual considerando as diferentes alterações sociais e familiares ocorridas na sociedade brasileira. O direito à legítima se sustenta no dever de solidariedade e de cuidado entre os membros da família, não considerando eventual dependência econômica, afetividade, dentre outras questões particulares. O Estado ao limitar a liberdade de testar objetiva proteger os integrantes familiares e preservar a propriedade privada neste núcleo familiar. Já de outro lado, pautando-se na liberdade de testar, tem-se que a manutenção e/ou flexibilização da legítima proporcionaria uma distribuição do patrimônio mais coerente, baseada em laços afetivos reais, reforçando uma solidariedade familiar baseada no afeto, não apenas no cumprimento de obrigações legais e, por fim, substituiria essa forma de transmissão patrimonial forçada pela lei (reserva da legítima).

Palavras-chave: sucessão hereditária; herança; reserva da legítima; testador; herdeiro; princípios constitucionais.

¹ Discente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. E-mail: laurentinomau@gmail.com.

² Docente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. E-mail: magda.dasilva@unoesc.edu.br.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe o estudo do instituto da reserva da legítima da herança em face dos direitos constitucionais da liberdade, da autonomia e da propriedade privada. Esse tema emerge em razão dos debates doutrinários que ocorrem nos últimos tempos acerca do assunto. Tanto é importante que o tema em comento resultou na elaboração do Projeto de Lei nº 3799/2019, que tem por objetivo alterar algumas disposições do Código Civil relativos ao direito sucessório, inclusive sobre o objeto da pesquisa, qual seja, o instituto da legítima.

Para melhor compreensão da temática, é importante esclarecer que a presente pesquisa versa sobre o direito sucessório, abordando acerca da herança e a reserva da legítima que dela emana. Demonstra-se importante analisar as disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como do Código Civil brasileiro, pois a Constituição Federal garante o direito à herança e o Código Civil regulamenta os direitos sucessórios, estabelecendo limites à liberdade de testar: reservando uma quota parte aos herdeiros necessários. Além disso, a Carta Magna, ao mesmo tempo em que garante o direito à herança, assegura também o direito à liberdade, à autonomia privada e o direito de propriedade. Com o intuito de delimitar o tema desta pesquisa, busca-se analisar o assunto com o seguinte enfoque: o instituto da reserva legítima da herança e a intervenção do Estado na liberdade de testar, implicam restrição a outros direitos fundamentais?

Com base nessa breve explanação, é possível perceber a necessidade de se discutir o assunto no âmbito jurídico. O problema de pesquisa que se levanta, inclusive, é em atenção a redação dada ao

artigo 1.846 do Código Civil³, que garante metade dos bens da herança aos herdeiros necessários, questionando se é possível o Estado intervir na liberdade do indivíduo em poder dispor seu patrimônio para após a sua morte sem ferir outros direitos e princípios constitucionais, como a autonomia da vontade, a liberdade e ao direito de propriedade.

A norma que impõe, ao autor da herança, o dever de reservar metade de seu patrimônio aos herdeiros necessários representa uma restrição à autonomia privada e a liberdade do indivíduo. Além disso, acaba por limitar o direito de propriedade. Partindo desse cenário, os principais afetados pelo problema levantado são o testador e seus herdeiros necessários.

O objetivo desta pesquisa é averiguar se é condizente o Estado intervir na liberdade do indivíduo em poder dispor de seu patrimônio para após a sua morte sem ferir outros princípios constitucionais, como também analisar possível flexibilização da cota referente a reserva legítima destinada aos herdeiros necessários, em atenção aos princípios da autonomia privada do indivíduo, da liberdade e do direito de propriedade.

No que diz respeito à metodologia utilizada, o tipo elegido foi o qualitativo. Isso porque o foco é entender aspectos subjetivos, tais como ideias, pontos de vista e interpretações. Quanto ao método de abordagem, escolheu-se o método dialético, em razão de haver correntes diferentes, gerando mais de uma possível tese para a problemática. Por fim, a técnica de pesquisa utilizada será a bibliográfica, haja vista a coleta de informações e o apoio técnico em documentos como legislação, artigos científicos, teses, dissertações e obras doutrinárias relacionadas ao tema.

³ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima. BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, Diário Oficial da União, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 08 mai. 2024.

2 ASPECTOS DESTACADOS DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

O objetivo deste capítulo é demonstrar os aspectos gerais sobre o direito sucessório. No primeiro tópico será abordado acerca da definição e o escopo da sucessão hereditária e o segundo tópico tratará sobre a evolução do direito de família *versus* a estagnação do direito das sucessões.

O termo sucessão vem do latim *sucessio*, do verbo *succedere* (sub + cedere), significando substituição, com a ideia subjacente de uma coisa ou de uma pessoa que vem depois de outra (Farias e Rosendal, 2018, p. 30). O direito das sucessões é compreendido como o conjunto de normas que disciplina a transferência patrimonial de uma pessoa em razão de sua morte, sendo justamente a modificação da titularidade de bens que é o objeto de investigação deste especial ramo do Direito Civil (Gagliano, 2024, p. 622).

No que tange aos bens de uma pessoa falecida, não se tornam “coisa sem dono”, mas são transmitidos aos seus sucessores, sejam eles herdeiros determinados pela lei em caso de ausência de testamento ou pessoas designadas pelo testador em um testamento válido (Nader, 2016, p. 3).

Nessa linha, traduz-se que o direito sucessório regula a transmissão do patrimônio de uma pessoa falecida aos seus herdeiros ou legatários, estabelecendo questões como a definição dos herdeiros, a forma como os bens são distribuídos entre eles e os direitos e obrigações decorrentes dessa transmissão. Sendo assim, no âmbito da sucessão hereditária, pode-se dizer que este ultrapassa significativamente a mera distribuição de herança, visto que aquele tem início com o falecimento de uma pessoa, momento em que ocorre

a substituição dela por seus sucessores em todos os vínculos jurídicos que o falecido mantinha.

Em sociedades fundamentadas no capitalismo, o direito sucessório surge em conjunto com o reconhecimento natural da propriedade privada, estando intrinsecamente ligado à tradição ancestral do culto familiar, que deriva da concepção de propriedade. O acúmulo patrimonial e a transmissão de heranças têm sua origem no impulso humano de preservar e aprimorar seus recursos. A manutenção dos bens dentro da unidade familiar é reconhecida como uma estratégia eficaz para salvaguardar a propriedade privada, já que todos os membros da família se tornam defensores dos interesses comuns. Por outro lado, em sociedades desprovidas de direitos de propriedade ou sem incentivo para preservar os laços familiares, o direito sucessório perde sua relevância (Dias, 2015, p. 29 e 30).

O direito sucessório surgiu como resultado do reconhecimento da propriedade privada, um princípio fundamental nas sociedades capitalistas. Desde tempos antigos, a ideia de propriedade tem sido associada ao culto familiar, onde os bens são transmitidos de geração em geração. Isso se deve ao instinto humano de conservação e aprimoramento, onde a manutenção dos bens dentro da família é vista como uma forma eficaz de preservar a propriedade privada. Quando os membros da família têm interesse em manter os bens, eles tendem a protegê-los e aprimorá-los, contribuindo para a continuidade do patrimônio familiar.

Por outro lado, em sociedades onde não há direito de propriedade ou onde não há interesse em preservar a família como unidade econômica, o direito sucessório pode não existir ou não ter a mesma importância. Isso sugere que o direito das sucessões está intimamente ligado à preservação da propriedade privada e ao culto familiar nas sociedades capitalistas (Dias, 2015, p. 30).

Com o falecimento de alguém, inicia-se o que compreendemos como direito das sucessões, momento em que as relações jurídicas da pessoa falecida são transferidas para terceiros (Rosa, 2023, p. 19 e 20).

Nessa senda, o conceito de sucessão hereditária ou “*mortis causa*”, que ocorre em decorrência do falecimento de uma pessoa, também referida como “sucedido” ou “autor da herança”, ocorre quando alguém falece e seu patrimônio é transferido para seus sucessores, que o recebem legalmente e assumem sua titularidade, substituindo o falecido nessa posição (Gagliano, 2024, p. 623).

Ressalta-se que o estudo desse tema está diretamente ligado à questão da morte, algo que geralmente evitamos discutir ou enfrentar devido à sua natureza delicada. Quando alguém falece, inicia-se o processo de sucessão hereditária, no qual os bens, direitos e obrigações da pessoa falecida são transmitidos para outras pessoas, de acordo com a legislação aplicável ou, ainda, com as disposições testamentárias deixadas pelo falecido.

Ademais, a sucessão hereditária ou *mortis causa* acontece quando alguém falece e, como resultado, seu patrimônio (conjunto de bens e direitos) é transferido para determinadas pessoas que têm legitimidade para recebê-lo, chamadas de sucessores. Com o falecimento do indivíduo, seus bens e direitos não desaparecem ou se tornam sem dono. Em vez disso, eles são transferidos para os sucessores, que passam a ser os novos titulares desses bens e direitos. Além disso, ao receberem o patrimônio do falecido, os sucessores assumem sua posição como titulares legais dos bens e direitos herdados. Eles passam a ocupar o lugar do falecido em relação à propriedade e ao controle desses ativos (Cavalcanti, 2022, n.p)

A classificação da sucessão hereditária pode se dar de duas formas: pela sua matriz normativa ou pelo conjunto de bens

transmitidos. A primeira hipótese pode, ainda, ser subdividida em sucessão hereditária legítima (arts. 1.829 a 1.856 do CC) e sucessão hereditária testamentária (arts. 1.857 a 1.990 do CC). Já a segunda hipótese é subdividida em sucessão hereditária universal (arts. 1.829 a 1.856 do CC) e sucessão hereditária singular (arts. 1.912 a 1.940 do CC) (Gagliano, 2024, p. 623).

Outrossim, pode-se dizer que a principal diferença entre sucessão hereditária legítima e sucessão hereditária testamentária está relacionada à forma como a transferência dos bens do falecido é determinada.

Enquanto a sucessão hereditária legítima ocorre quando o falecido não deixou um testamento (*ab intestato*), quando o testamento não abrange toda a herança ou quando este é inválido (nulo ou anulável). Nesse tipo de sucessão, a distribuição dos bens do falecido é determinada pelas regras estabelecidas pela lei, de acordo com a ordem de vocação hereditária prevista no Código Civil⁴, sendo que os beneficiários da herança são os herdeiros legítimos, quais sejam, os descendentes, os ascendentes, o cônjuge ou companheiro e os colaterais.

Por outro lado, sucessão hereditária testamentária ocorre quando o *de cujus* deixou um testamento válido e eficaz. Nessa espécie, a distribuição dos bens é determinada pelas disposições expressas no testamento feito pelo falecido⁵. Assim, o testador tem a liberdade de

⁴ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais. BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, Diário Oficial da União, 11 jan. 2002. Disponível em: 11 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 08 mai. 2024.

⁵ Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, Diário Oficial da União, 11 jan. 2002. Disponível em: 11 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 08 mai. 2024.

escolher seus beneficiários e determinar a distribuição de seus bens após sua morte, desde que respeite os parâmetros estabelecidos. Isso permite que ele exerça sua vontade e planeje a sucessão de seus bens de acordo com seus desejos e interesses. No entanto, essa liberdade está sujeita a certos parâmetros normativos estabelecidos pela lei. Esses parâmetros incluem, por exemplo, as regras sobre a legítima dos herdeiros necessários, que são protegidas pela legislação e não podem ser desconsideradas pelo testador (Dias, 2015, p. 339 e 340).

Todavia, no que tange a sucessão hereditária universal e sucessão hereditária singular, verifica-se que está relacionada à extensão da transmissão dos bens do falecido e à forma como os herdeiros recebem essa transmissão. Na sucessão hereditária universal, os herdeiros recebem a totalidade do patrimônio do falecido ou uma fração dela (quota-parte). Posto que na sucessão hereditária singular, os sucessores ou legatários recebem bens ou direitos específicos que compõem a herança, em vez de receber a totalidade do patrimônio (Gagliano, 2024, p. 624).

Contudo, centrando-se na sucessão por causa de morte, o artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal⁶ assegura o direito à herança, garantindo a transmissão dos bens de um indivíduo aos seus sucessores após o seu óbito, sem a apropriação pelo Estado. Tal transmissão ocorre de acordo com as disposições da lei civil, sendo os bens transferidos para os herdeiros legais ou testamentários do falecido, somente revertendo para o Estado na ausência destes, configurando o conceito de herança vacante. Nesse contexto, o direito sucessório desempenha uma função social relevante, uma vez que a

⁶ 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: [...] XXX - é garantido o direito de herança. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 mai. 2024.

transmissão do patrimônio de um falecido contribui para a preservação das unidades econômicas, visando proteger o núcleo familiar (Rosa, 2023, p. 22).

Distinção crucial entre expectativa de direito e direito à sucessão: enquanto o titular do patrimônio está vivo, os herdeiros têm apenas expectativa de direito, porém após o falecimento e mantida a ordem sucessória, essa expectativa se concretiza em direito (Nader, 2016, p. 20).

Assim, a distinção entre expectativa de direito e direito à sucessão é crucial para entender o momento em que os herdeiros potenciais passam a ter efetivamente o direito legal de herdar os bens de uma pessoa falecida. Enquanto a expectativa de direito é uma condição anterior ao óbito já que o direito à sucessão surge apenas após o falecimento do titular do patrimônio.

2.1 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA VERSUS A ESTAGNAÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Nessa senda, para atingir o objetivo da presente pesquisa é crucial compreendermos sobre a evolução do direito de família, haja vista que a família é o instituto mais antigo da sociedade. Com isso, de forma breve, será explanado acerca das diversas modalidades de família que existem na sociedade contemporânea e que foram introduzidas na legislação vigente. Nesse contexto, pretende-se demonstrar como o direito sucessório está em descompasso com as transformações ocorridas no direito de família, tendo em vista que um ramo está atrelado ao outro.

Nesse sentido, o Código Civil de 1916 refletia os padrões sociais do início do século passado, reconhecendo apenas o casamento como base familiar, e considerando os filhos nascidos fora dele como

“ilegítimos”, sem direitos. Esta visão mudou com a Constituição Federal, que proibiu discriminação na filiação⁷. Além disso, o Código Civil anterior negava direitos aos envolvidos em relações extramatrimoniais, invalidando doações do cônjuge adúltero ao amante (CC/1916 1.177), excluindo-o como beneficiário de seguro de vida (CC/1916 1.474) e impedindo a inclusão da concubina do testador casado no testamento (CC/1916 1.719 III) (Dias, 2015, p. 32).

A Constituição Federal de 1988 promoveu uma transformação significativa no direito de família brasileiro, reconhecendo a diversidade familiar, incluindo novas formas de constituição⁸, tais como o casamento, a união estável e a família monoparental, garantindo igualdade jurídica quanto a filiação, superando preconceitos anteriores e consolidando o princípio da igualdade entre homens e mulheres (Madaleno, 2023, p. 4).

Até então, a ordem jurídica brasileira restringia o reconhecimento de família àquela constituída pelo casamento, relegando outros arranjos familiares, como o concubinato, à margem da legitimidade. Isso implica que tanto o Estado quanto a Igreja perderam sua posição como instâncias necessárias para legitimar a família, permitindo assim que a liberdade afetiva do casal fosse valorizada na formação de seu núcleo familiar (Gagliano, 2024, p. 508).

⁷ Art. 227. [...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil – 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 mai. 2024.

⁸ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil – 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 mai. 2024.

As disposições atinentes ao Código Civil de 1916 refletiam os valores morais e sociais da época, que valorizavam a instituição do casamento e desaprovavam fortemente qualquer forma de relacionamento fora desse contexto. No entanto, ao longo do tempo, essas normas foram sendo modificadas para refletir uma visão mais inclusiva e igualitária da família e dos relacionamentos, como evidenciado pela Constituição Federal de 1988, que proibiu qualquer tratamento discriminatório em relação à filiação, e pelas reformas subsequentes do Código Civil.

Assim sendo, anteriormente à Constituição Federal de 1988, o conceito de família era restrito ao casamento tradicional. No entanto, a Carta Magna reconheceu e legitimou outras formas de constituição familiar, refletindo uma maior diversidade e inclusão na definição legal de família. Assim como existiam preconceitos e discriminações em relação à filiação, especialmente em casos de filhos nascidos fora do casamento, com o advento da CF/88, estabeleceu-se a igualdade no tratamento jurídico dos filhos, independentemente do estado civil dos pais. Isso propicia uma mudança significativa na forma como os filhos eram reconhecidos legalmente e tinham seus direitos protegidos. Outrossim, sendo reconhecida a igualdade entre homens e mulheres, passou-se a ter direitos e responsabilidades entre os cônjuges, bem como à igualdade de oportunidades no casamento e na família, entre outros aspectos (Madaleno, 2023, p. 5 e 6).

Considerando os avanços alcançados nas últimas décadas, e reconhecendo que ainda há mudanças necessárias, a família contemporânea está se moldando sob um paradigma de liberdade. Assim, os laços afetivos não são mais vistos como permanentes e institucionais, mas sim como um meio para alcançar a felicidade, mesmo que temporária. Diante desse cenário de uma família mais flexível, cabe levantar a questão da relevância de manter modelos

rígidos de reserva da legítima, como o adotado pela legislação brasileira (Rosa, 2023, p. 26).

Essa mudança reflete uma valorização crescente da liberdade afetiva do casal na formação do seu núcleo familiar. Em outras palavras, as pessoas passaram a ter mais liberdade para escolher o tipo de relacionamento e arranjo familiar que desejam, sem a necessidade de seguir estritamente os padrões tradicionais estabelecidos pelo casamento. Devido a tal evolução, legal e cultural, permitiu-se o reconhecimento de formas de família além do casamento, como as uniões estáveis e outras configurações familiares não convencionais. Isso contribui para uma maior inclusão e reconhecimento de uma diversidade de arranjos familiares na sociedade brasileira, sob a ótica da pluralidade, visto que todas as relações albergadas no conceito de entidade familiar tem como elemento identificador o comprometimento mútuo que decorre dos laços de afetividade (Dias, 2015, p. 100 e 101).

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu reconhecer as uniões homoafetivas como entidades familiares dignas de proteção estatal, em decisão proferida no ano de 2011, durante o julgamento da ADI 4277/DF⁹.

Por outro lado, somente em maio de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por maioria, que deveria haver uma equiparação sucessória entre o casamento e a união estável, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Nos termos do voto do relator, “não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição”¹⁰ (Tartuce, 2024, p. 5).

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. 2011. Min. Ayres Britto**, j. 05/05/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 08 mai. 2024.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 878.694/MG**. Minas Gerais. 2017. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/>

Quanto a evolução do direito sucessório, o Brasil abarcou a igualdade de direitos entre filhos matrimoniais e extramatrimoniais e a evolução do regime de bens no casamento. Os filhos, independentemente de serem nascidos dentro ou fora do casamento, têm os mesmos direitos sucessórios. Essa igualdade é fundamentada no entendimento de que todas as formas de família merecem proteção do Estado e de que os filhos não devem ser punidos por circunstâncias de sua concepção. Historicamente, o regime de comunhão universal de bens prevaleceu no Brasil, oriundo das Ordenações do Reino de Portugal. Esse regime, no qual todos os bens dos cônjuges são comuns, foi substituído pelo regime de comunhão parcial de bens com a Lei do Divórcio de 1977 e mantido pelo Código Civil de 2002. Antes de 2002, o regime dotal, comum entre famílias ricas, destinava um conjunto de bens específicos (dote) ao casamento, visando consolidar poder político, social e econômico. Com a tendência histórica de igualdade de direitos e a redução da importância das grandes famílias, esse regime caiu em desuso (Lobo, 2024, p. 11).

Em síntese, enquanto o direito de família brasileiro evoluiu para refletir uma sociedade mais diversificada e inclusiva, o direito sucessório permanece em grande parte ancorado em tradições antigas e enfrenta desafios para se adaptar às mudanças sociais e culturais contemporâneas, como questões relacionadas a reserva de legítima (parte da herança que não pode ser livremente disposta pelo testador), devido a interesses econômicos, sociais e culturais arraigados.

3 A RESERVA DA LEGÍTIMA DA HERANÇA

O objetivo deste capítulo é apresentar e esclarecer o conflito existente em torno do tema da pesquisa. Em um primeiro tópico

será apontado sobre a reserva da legítima da herança, bem como suas formas e particularidades. Na sequência, serão apresentados os princípios norteadores da legítima, quais sejam, o princípio da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade, o da liberdade de testar, o da autonomia privada e o da função social da herança. Por fim, serão apontados os aspectos acerca da interferência estatal ao privilegiar os direitos do herdeiro em detrimento da vontade do testador. A partir dessa análise será possível compreender o problema da presente pesquisa.

Quanto ao marco histórico da herança no que tange as Cartas Constitucionais brasileiras, a primeira e única que apontou a herança como direito fundamental foi a de 1988, que ainda está em vigência. Já em relação às leis civis, segundo Paulo (2016, p. 226) “as primeiras disposições testamentárias, em nosso país, constaram nas Ordenações Afonsinas (Livro 4, título 97), que tiveram por fontes os costumes e regras extraídas do Direito Romano”.

O instituto da legítima foi previsto pelo legislador em 1916, no primeiro Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.721¹¹. Na edição do Código Civil de 2002, contudo, não ocorreu uma mudança significativa em termos de quantidade ou qualidade entre o primeiro e o atual Código. Em vez disso, houve um incremento técnico nas instituições e uma adaptação correspondente às mudanças introduzidas pela Constituição Federal de 1988 (Nader, 2016, p. 226).

Diante disso, cabe esclarecer que a sucessão legal ou legítima é aquela que é estabelecida pela lei. Essencialmente, a sucessão legítima garante que a distribuição dos bens siga a legislação vigente

¹¹ Art. 1.721. O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível, não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723). BRASIL. **Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Brasília, 01 de janeiro de 1916, Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 11 mar. 2024.

quando não há um testamento ou quando o testamento não abrange todos os bens. Além disso, protege a parte dos herdeiros necessários, que são aqueles que têm direito a uma parcela do patrimônio do falecido por determinação legal (Schreiber, 2024, p. 408).

Outrossim, a sucessão legítima é aquela que decorre de imposição da norma jurídica, uma vez que o legislador presume a vontade do morto, ao trazer a ordem de vocação hereditária que deve ser observada no caso de seu falecimento sem testamento (Tartuce, 2024, p. 133).

O legislador, ao criar essas regras, estabelece uma ordem específica de herdeiros que deve ser seguida, em relação à distribuição de seus bens. Essa ordem de vocação hereditária define quem tem direito a herdar e em que proporção, garantindo que a partilha do patrimônio seja feita de forma previsível.

Nesse sentido, o legislador estabelece a reserva da legítima, que corresponde à metade dos bens da herança, destinada aos herdeiros necessários, como descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente. Essa reserva garante que tais herdeiros recebam sua parcela mínima legal, não podendo ser livremente disponibilizada pelo testador.

Aliado a isso, entende-se que a reserva da legítima é apenas um limite quantitativo, visto que a restrição é apenas em termos de quantidade e o titular do patrimônio pode decidir sobre a destinação dos bens que preferir, desde que respeite a metade do patrimônio. Desse modo, a metade indisponível, denominada legítima, é a porção do patrimônio que obrigatoriamente deve ser destinada aos herdeiros necessários, sendo que é protegida por lei e não pode ser alterada por testamento. Portanto, o patrimônio é dividido em duas partes complementares: a parte disponível, em que o testador pode dispor livremente, e a legítima, reservada para os herdeiros necessários, as

quais juntas formam o total do patrimônio. Ainda mais, a expressão “porção da legítima” refere-se ao percentual do patrimônio que não pode ser disposto livremente pelo testador, pois é reservado aos herdeiros necessários (Nader, 2016, p. 181).

A legítima não é protegida apenas contra disposições feitas em testamentos¹², mas também contra doações e liberalidades feitas em vida¹³, tendo em vista que a liberdade testamentária é mitigada no direito brasileiro, isso porque quando há herdeiros necessários, apenas metade do patrimônio pode ser livremente disposta pelo testador. A outra metade é a legítima, reservada aos herdeiros necessários, sendo que quando não há herdeiros necessários, a pessoa pode dispor de todo o seu patrimônio livremente (Schreiber, 2024, p. 408).

Em suma, a sucessão legítima, como definida pela legislação, é crucial para garantir uma distribuição dos bens de um falecido quando não há testamento ou quando este não abrange todos os bens. Essa forma de sucessão, que decorre da imposição da norma jurídica, presume a vontade do falecido, seguindo uma ordem de vocação hereditária estabelecida. A reserva da legítima, correspondendo a metade dos bens da herança, protege os herdeiros necessários, como descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente, garantindo-lhes uma parte mínima do patrimônio.

Os doutrinadores apontam os princípios norteadores da legítima como sendo o princípio da dignidade da pessoa humana, o da solidariedade, o da liberdade de testar, o da autonomia privada e o da função social da herança.

¹² Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança. BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, Diário Oficial da União, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 5 jun. 2024.

¹³ Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, Diário Oficial da União, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 5 jun. 2024.

A dignidade da pessoa humana refere-se à qualidade intrínseca de cada indivíduo, que merece respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Isso implica garantir direitos e deveres fundamentais que protejam contra atos degradantes e assegurem a integridade do indivíduo, além de promover a participação ativa na sociedade. No contexto do direito sucessório, o direito à herança, previsto na Constituição Federal, deve ser interpretado à luz desse princípio. A nova abordagem constitucional exige uma releitura dos institutos jurídicos tradicionais, incluindo a sucessão, garantindo que todas as relações jurídicas estejam alinhadas com a dignidade de cada indivíduo envolvido (Rosa, 2023, p. 23-25).

Aliado a isso, cabe destacar a importância da solidariedade social, reconhecida como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme estabelecido no artigo 3º, inciso I, da Constituição de 1988. Esse princípio visa construir uma sociedade livre, justa e solidária. Dessa forma, a solidariedade também se reflete nas relações familiares, uma vez que é essencial que exista solidariedade nesses vínculos pessoais, implicando em assumir responsabilidade pelo outro e preocupar-se com o bem-estar dele, o que remete à ideia de solidariedade presente no direito das obrigações. Portanto, a solidariedade familiar deve ser compreendida de forma abrangente, incluindo aspectos afetivos, sociais, morais, patrimoniais, espirituais e sexuais, demonstrando a importância de considerar os diversos aspectos que envolvem as relações familiares na sociedade (Tartuce, 2024, p. 1.193)

No que tange a autonomia privada, cabe fazer um paralelo com os princípios já mencionados até aqui. Originalmente, entendia-se este princípio como um espaço de liberdade individual na busca de interesses privados, sem considerações para além dos desejos individuais e da exclusão de interesses estranhos ao Estado. Agora,

a autonomia privada não é mais protegida apenas por si mesma, mas está sujeita aos valores constitucionais, especialmente à dignidade humana e à solidariedade social. Assim, o ordenamento jurídico contemporâneo busca assegurar a tutela dos interesses privados apenas quando estes estão em consonância com os princípios constitucionais (Schreiber, 2024, p. 93).

Já o princípio do respeito à vontade do testador, significa que a vontade expressa pelo autor da herança em um testamento deve ser obedecida e tem prioridade sobre a distribuição legal da herança, a menos que essa vontade entre em conflito com a parte da herança reservada aos herdeiros necessários, conforme estabelecido no artigo 1.789 do Código Civil. Desse modo, a herança será concedida aos herdeiros legítimos somente se não houver testamento válido e, havendo, a vontade expressa pelo falecido nele prevalece sobre qualquer distribuição legal (Carvalho, 2023, p. 17).

Ao que se percebe, o princípio do respeito à vontade do testador, conhecido como *favor testamenti*, um dos princípios fundamentais do direito das sucessões, reconhece a importância de honrar a vontade do falecido, conforme manifestada em seu testamento. Assim, com o intuito de respeitar a vontade do titular original do patrimônio, permitindo que suas decisões continuem a ter efeito após sua morte, garantindo que a vontade expressa pelo falecido seja respeitada e prevaleça, desde que possa ser discernida de maneira inequívoca (Gagliano e Pamplona, 2024, p. 628).

Nesse mesmo sentido, o princípio da função social da herança ressalta a importância da redistribuição do patrimônio do falecido aos herdeiros e legatários. Esse princípio visa garantir não apenas a subsistência dos beneficiários, mas também promover a solidariedade familiar, especialmente no caso dos herdeiros necessários, cuja legítima é destinada a assegurar uma base econômica mínima,

ênfatizando que, mesmo após a transferência da titularidade dos bens, os deveres e obrigações relacionados à função social da propriedade permanecem inalterados. Isso significa que os interesses individuais dos novos titulares devem coexistir harmoniosamente com os interesses sociais, sem conflitos (Carvalho, 2023, p. 16).

Ademais, conforme estabelecido nos artigos 5º, XXII e XXIII da Constituição Federal, a viabilidade da sucessão é fundamentada no direito de propriedade e sua função social, não havendo justificativa plausível que um cidadão possa acumular bens ao longo da vida e, ao falecer, não tenha o direito de transferi-los. A transmissão sucessória assegura que o patrimônio não fique sem um titular, evitando que os bens fiquem sem destino (Rosa, 2023, p. 20).

Pode-se notar que, o direito das sucessões e o direito de propriedade estão intrinsecamente ligados, especialmente no contexto da função social estabelecida pela Constituição Federal de 1988. Tanto a propriedade privada, quanto a sucessão hereditária são garantidas pela Constituição Federal e ambas estão condicionadas à sua função social, ênfatizando que os interesses individuais devem ser exercidos em conformidade com os interesses sociais. Isso significa que a transmissão de bens por herança não pode desconsiderar essa função social, garantindo que a propriedade cumpra um papel de solidariedade e desenvolvimento social. Assim, o direito das sucessões deve promover não só a transmissão de bens, mas também a realização de um papel socialmente responsável e solidário (Lobo, 2024, p. 20).

Por fim, o direito das sucessões não se resume mais apenas à transferência de patrimônio, mas também à promoção da dignidade, da solidariedade e do desenvolvimento social. É através da harmonização desses princípios que se busca garantir não apenas a continuidade do patrimônio, mas também a preservação dos valores fundamentais da sociedade, especialmente sob a égide dos princípios constitucionais.

3.1 INTERFERÊNCIA ESTATAL AO PRIVILEGIAR OS DIREITOS DO HERDEIRO EM DETRIMENTO DA VONTADE DO TESTADOR

Para compreender a interferência do Estado nas relações particulares, faz-se necessário contextualizar como esses direitos estavam inseridos na sociedade antiga e como são inseridos nos tempos atuais. Com a modificação da sociedade, as relações familiares tornaram-se mais diversas e complexas, refletindo mudanças nos valores e nas estruturas sociais, gerando preocupações sobre como a propriedade deve ser utilizada e distribuída para atender melhor às necessidades e ao bem-estar dos membros da família.

Inicialmente, o direito sucessório não era conhecido e tão pouco praticado pelos povos primitivos, pois essas sociedades tinham uma visão comunitária de propriedade, onde os bens eram coletivamente possuídos e redistribuídos entre os membros do grupo após a morte de alguém. Não havia um conceito formal de herança, pois a propriedade individual não era reconhecida. A prática de enterrar objetos pessoais com o morto era comum em algumas culturas, refletindo suas crenças e valores. Foi com o advento das civilizações urbanas que surgiu a necessidade de um sistema formal de direito das sucessões, para regulamentar a transferência de propriedade individual (Lobo, 2024, p. 9).

Logo, há uma progressão clara na forma como a propriedade e a sucessão de bens foram entendidas e praticadas. A estrutura familiar rígida da antiguidade, especialmente na romana, o *pater* era a figura soberana dentro da família, sendo que escolhia o herdeiro mais capacitado para assumir o comando da família, realizar práticas religiosas e administrar o patrimônio. Essa escolha era mais sobre

manter a dignidade, autoridade e funções do falecido do que distribuir bens. Logo após, os bens passam a ser considerados de propriedade coletiva do grupo familiar, da comunidade agrária onde as terras eram da *gens* (grupo familiar ou clã), nessa fase a propriedade era comunitária. Finalmente, firma-se a propriedade individual, onde a transmissão de bens começou a ocorrer não mais para todos os membros da família extensa, mas sim para aqueles diretamente submetidos à autoridade do *pater* (Rizzardo, 2019, p. 3).

Já a atual prática da sucessão, enfrenta críticas de alguns e defesa de outros quanto a sucessão hereditária. Na maioria dos países, a sucessão legítima, ou seja, a sucessão que ocorre na ausência de testamento, os bens se mantêm dentro da família, assegurando uma distribuição equitativa entre os membros. Alguns socialistas contestam a legitimidade da propriedade privada, alegando que essa forma de sucessão perpetua e amplia a desigualdade social, já que permite a acumulação de riqueza nas mãos de algumas famílias, sendo vista como um fator que alimenta a desigualdade e a injustiça social, pois alguns indivíduos recebem recursos significativos sem esforço próprio. De outro lado, a possibilidade de deixar bens aos sucessores motiva os indivíduos a adquirir e acumular riquezas, beneficiando não apenas eles mesmos, mas também a sociedade em geral, já que esse processo tende a aumentar o patrimônio coletivo. Permitir a transmissão de bens aos herdeiros incentiva a produção de riquezas e a preservação de unidades econômicas importantes, que podem continuar a servir ao bem comum, desempenhando a sucessão hereditária uma função social vital ao contribuir para a estabilidade e o crescimento econômico (Carvalho, 2023, p. 14).

Diante disso, cabe destacar que a reserva e proteção da legítima impõe certas restrições à liberdade de testar, pois é fundamentada no dever de cuidado e solidariedade familiar. A reserva da legítima

se baseia na obrigação moral e legal de um chefe de família de não despojar completamente aqueles a quem deu vida ou que dependem dele. Este princípio, conhecido como *officium pietatis* na Roma antiga, justifica por que irmãos e outros parentes colaterais não são considerados herdeiros necessários, já que não há essa relação direta de dependência ou obrigação alimentar. O direito à legítima reflete o dever de solidariedade entre membros da família, visando a proteção integral da pessoa humana, conforme o princípio da solidariedade estabelecido na Constituição Federal. A lei sucessória garante uma igualdade hereditária formal entre os herdeiros necessários, sem considerar peculiaridades pessoais como dependência financeira, vínculo afetivo ou capacidades, tudo isso baseado no princípio da solidariedade familiar (Madaleno, 2020, p. 337).

Aliado a isso, as regras sobre a vocação hereditária são de ordem pública, estabelecidas pelo Estado para garantir o interesse coletivo e a estabilidade social, pois estão intimamente ligadas à proteção da família, considerada uma instituição fundamental da sociedade. A ordem sucessória estabelecida pela lei é considerada uma estimativa do que é justo, refletindo os valores e o pensamento da sociedade na época em que foi formulada (Nader, 2016, p. 152).

A liberdade de dispor do patrimônio é um tema complexo, visto que, ao estabelecer um limite, a legislação baseia-se em princípios éticos, religiosos, econômicos e morais da sociedade. Assim, a reserva da legítima busca um equilíbrio, garantindo que herdeiros próximos recebam uma parte da herança, enquanto permite maior liberdade em relação a herdeiros distantes. A história, desde o direito romano até os códigos modernos, mostra uma evolução contínua na tentativa de balancear o direito individual com a proteção familiar e a justiça social (Venosa, 2024, p. 565).

Para tanto, a manutenção dos bens na família, em razão da transmissão sucessória, é uma forma eficiente de preservação da propriedade privada, pois todos contribuem para o bem comum, estimulando o trabalho, a poupança e a economia para consolidar a estrutura familiar (Dias, 2015, p. 29).

A sucessão legítima é um tema complexo e multifacetado, suscitando tanto críticas quanto defesas. Por um lado, a sucessão hereditária sem testamento garante que os bens permaneçam dentro da família, promovendo uma distribuição equitativa entre os membros e incentivando a acumulação e preservação de riqueza, o que pode beneficiar a sociedade como um todo ao promover o crescimento econômico e a estabilidade social. Por outro lado, essa prática pode contribuir para manter desigualdades sociais ao permitir que a acumulação de riqueza permaneça sempre entre as pessoas do círculo familiar, potencialmente ampliando a injustiça social.

4. COLISÃO ENTRE DIREITOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A NORMA INFRALEGAL

Diante do problema de pesquisa levantado, observa-se uma possível colisão entre os direitos e os princípios assegurados na Constituição Federal, quais sejam, a solidariedade, a autonomia privada, a liberdade de testar e a função social da propriedade e o direito previsto no Código Civil, este sendo a metade dos bens da herança garantido aos herdeiros necessários. Nessa senda, será analisado argumentos favoráveis e argumentos contrários a manutenção da reserva da legítima, bem como as possíveis hipóteses para solucionar o problema em questão, por conseguinte, acerca da necessidade de uma revisão da legítima no ordenamento jurídico brasileiro.

Explicando melhor, o sistema da legítima encontra relação direta com a autonomia privada, uma vez que aquele limita este, já que o testador não pode dispor livremente de seus próprios bens e patrimônio, atentando-se para a porção do patrimônio que deve ser destinada aos herdeiros necessários, os quais a lei presume que há existência de laços afetivos baseados em vínculos parentais, presunção essa que pode se tornar injusta, pois nem sempre esses laços existem de fato. Desse modo, a presunção absoluta de afeto que fundamenta a legítima, com base no vínculo de parentesco, revela-se intangível, porquanto deixa de considerar situações reais, como os que se encontram em situações de vulnerabilidade e aqueles que são financeiramente independentes, tudo isso dentro do mesmo grupo familiar. À vista disso, assegurar a ampla liberdade de celebrar testamentos, alçada na autonomia privada, poderia servir de instrumento para alcançar a igualdade material entre os herdeiros do *de cuius*, corrigindo as injustiças que decorrem da lei ao tratar todos os herdeiros legítimos de forma igual, sem levar em conta as diferenças individuais e as necessidades reais, fixando uma parte igual do patrimônio a cada um (Rosa, 2023, p. 291).

Nessa mesma linha, entende-se que a norma positivada, ao restringir o direito do testador, afronta diretamente o direito constitucional de propriedade, o qual, possui o poder legal de usar, gozar, dispor e reaver os bens de sua titularidade, sendo que a imposição da reserva da legítima estaria em desacordo com tais faculdades, colidindo, especialmente, com a faculdade real de disposição. Ademais, questiona-se acerca da eficácia social e da justiça da norma que resguarda esse instituto nos tempos atuais, vez que poderia gerar conflitos e desavenças familiares, pois, poderia, o legislador preservar esse direito aos incapazes, ocasião em que se teria uma justificativa plausível ao ater a faculdade de disposição do autor da herança, entretanto, o que vigora atualmente (proteção

patrimonial aos maiores e capazes) é, sem sombra de dúvidas, irrazoável (Gagliano e Pamplona, 2024, p. 161 e 162).

Nesse contexto, levando em consideração os tempos de afetos líquidos e de vínculos fluidos, ao ampliar a liberdade testamentária, poderia conferir uma solidariedade familiar mais fidedigna, permitindo que a pessoa disponha dos seus bens como bem entender e escolha a quem destiná-los, escolha essa que poderia estar fundada nas suas relações mais afetuosas e relevantes. Assim, garantindo a liberdade de testar e substituindo essa transmissão patrimonial forçada pela lei, sobreporia uma distribuição patrimonial mais consciente e pautada em laços afetivos reais, reforçando uma solidariedade familiar baseada no afeto, e não apenas no cumprimento de obrigações legais (Delgado, 2018, n.p).

Nessa senda, tem-se o Projeto de Lei nº 3799/2019, proposto pela senadora Soraya Thronicke, formulado em parceria com o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Em síntese, apresentou-se como justificativa do projeto a modernização do direito das sucessões, sendo que em caso de aprovação implicará em alterações na sucessão em geral, sucessão legítima, sucessão testamentária, inventário e partilha. Percebe-se que os motivos apresentados no projeto estão em sintonia com o problema investigado nesta pesquisa:

O anteprojeto, ainda, pretende ampliar a liberdade do testador em prol dos herdeiros vulneráveis, inspirando-se na codificação argentina de 2015, propondo dispositivo que autoriza ao testador destinar um quarto da legítima a descendentes, ascendentes, ao cônjuge ou companheiro com deficiência. Com efeito, trata-se de uma ampliação da liberdade testamentária qualitativa em benefício dos vulneráveis, mantendo hígida a quota disponível correspondente à metade da herança (Brasil, 2019).

Atualmente, a Constituição Federal garante o direito o direito à herança, não só com o objetivo de impedir que o Estado venha a adquirir os bens, mas também de impor ao *de cujus*, por meio da legislação infralegal, a destinação de parte do seu patrimônio a determinados destinatários que integram a família. Entretanto, esse rol de herdeiros definidos em lei, com base em laços de parentesco ou união conjugal, de forma genérica e abstrata, sem considerar as circunstâncias individuais e vulnerabilidades dos sucessores, não estaria em harmonia com os valores constitucionais. Dessa forma, a redução da legítima, que reserva parte da herança a herdeiros necessários, apenas para herdeiros que se encontram em situações de vulnerabilidade não violaria a garantia constitucional (Almeida Júnior e Souza, 2021, p. 7).

Ademais, em sede de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.715 do Distrito Federal, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou acerca do tema, enfatizando a ideia da possibilidade de adaptação da forma como a herança é distribuída, desde que os princípios constitucionais sejam devidamente respeitados (Brasil, 2004).

A proteção do instituto da reserva da legítima, tal como a sua vedação integral ao titular do patrimônio em dispor livremente de seu acervo por meio de testamento, deve ser revisitada, com exceção a proteção aos herdeiros que se encontrem em situações de vulnerabilidade, necessitando do dever de sustento ou de prestação alimentícia, de modo que pudesse assegurar uma vida digna a essas pessoas. À vista disso, aqueles que defendem a manutenção da legítima se baseiam na solidariedade familiar e na função social da propriedade, mas essas correntes são passíveis de questionamento, pois o parente mais próximo nem sempre mantém um vínculo afetivo significativo com o falecido ou se encontra em situação de

vulnerabilidade que justifique a obrigação de proteção e sustento. Além disso, o herdeiro necessário nem sempre será a pessoa mais apta a utilizar a propriedade de acordo com os objetivos sociais esperados. Esse alinhamento com a função social da propriedade ocorre no uso efetivo do bem, e não pela mera transmissão compulsória de patrimônio para pessoas determinadas pela lei (Hironaka, 2019, p. 104).

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade daquele que detém patrimônio utilizar dele como bem entender, ainda que de forma irrelevante ou sem altruísmo, contudo, não é permitido dispor livremente de seus bens quando o assunto é testamento. A justificativa da solidariedade familiar, muitas vezes citada por autores tradicionais, não se sustenta plenamente, pois beneficiar automaticamente os herdeiros necessários nem sempre é um ato solidário, sendo o verdadeiro significado deste quando os herdeiros são economicamente vulneráveis, uma vez que transmitir patrimônio a alguém capaz de se sustentar não caracteriza solidariedade (Catalan, 2010, p. 145 e 146).

Assim, faz-se necessário uma revisão no direito sucessório, ajustando-o aos princípios constitucionais de solidariedade e redução das desigualdades. Concedendo a liberdade de testar e eliminando a legítima, desde que se garanta o mínimo existencial aos dependentes do falecido, entretanto, herdeiros vulneráveis, como crianças, adolescentes, idosos ou pessoas com deficiência que dependam economicamente do falecido, devem receber proteção especial para garantir sua dignidade. Limitar a liberdade de testar para proteger essas pessoas é coerente, mas restringir a herança para herdeiros capazes de se sustentar não se justifica. Assim, defende-se uma reforma da legítima, visando a proteção dos economicamente vulneráveis, permitindo ampla autonomia privada sobre o restante do

patrimônio na ausência de herdeiros vulneráveis, tutelando situações existenciais, amparadas pelos princípios de solidariedade, igualdade e proteção da dignidade humana (Borges e Dantas, 2017, p. 88-90).

De outro lado, considera-se a reserva da legítima um instituto intocável, o qual deve ser respeitado e destinado a quem de direito, os herdeiros necessários, e somente o que ultrapassar a quota pode ser objeto de deliberação pelo testador. Ainda, estabelece-se que a norma imposta pela legislação pode ser considerada sensata e aceitável, pois visa proteger os familiares mais próximos do falecido em face das decisões decorrentes do seu próprio desejo. Isso porque, sem essa forma de sistema, a propriedade não cumpriria sua função, pois ficaria à merce da vontade do testador, tornando-se irrelevante e deixando de garantir aos seus parentes mais próximos uma parte do patrimônio para assegurar a função social da propriedade (Telles, 1996, p. 277).

Quanto a total liberdade testamentária (sem a proteção da legítima), esta enfrenta fortes críticas, sendo considerada uma “desastrosa inovação”, tanto no âmbito moral quanto jurídico, tendo em vista os seguintes argumentos: a) a plena liberdade de testar acabaria sendo uma extensão a livre disposição atribuída ao exercício do direito de propriedade, contudo, este direito não é absoluto, em razão da sua função social; b) a ideia de injustiça prevista na legislação atual (imposição da cota parte aos herdeiros necessários) não merece prosperar, pois objetiva a proteção da família em face das decisões do testador, as quais poderiam ser tomadas por impulso, comprometendo o bem-estar familiar; c) a liberdade testamentária poderia gerar conflitos entre os familiares, visto que ao escolher um ou alguns entes para herdar o patrimônio, o testador estaria afrontando o princípio da igualdade e o art. 227, § 6º, da Constituição Federal, acarretando em certa discriminação em relação aos filhos; e d) no que tange a iniciativa individual dos filhos e/ou familiares como consequência da

liberdade de testar, poderia ser solucionado por meio da educação adequada durante a vida, gerando o mesmo resultado sem os efeitos negativos da liberdade irrestrita, como o egoísmo e a fragmentação familiar (Beviláqua, 1978, p. 751).

Outrossim, defende-se que o instituto da reserva da legítima deve permanecer intacto como vem ocorrendo nos últimos tempos, *in verbis*: “a legítima ou reserva deve ser mantida em seu percentual já consolidado, e de maneira fixa, o que é nossa realidade jurídica desde a Lei Feliciano Pena, de 1907” (Tartuce, 2024, p. 29).

Nessa toada, a legítima encontra amparo no vínculo familiar, assim como no princípio da intangibilidade da quota necessária, o qual assegura a proteção concedida à família pelo Estado. Ainda, verifica-se que há uma concretização dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, na medida em que preconiza a distribuição compulsória dos bens entre os membros mais próximos da comunidade familiar em virtude da morte de um deles (Tepedino, Nevares e Meireles, 2023, p. 23).

O instituto da reserva da legítima é acolhido por diversos países assegurando uma porção àqueles considerados importantes ao titular do patrimônio, sob a ótica de que amparar a família, a qual possui grande importância sociofamiliar e desfruta de proteção do Estado, sendo bem mais do que uma tutela ao direito de propriedade (Madaleno, 2020, p. 266).

A supressão ou redução da legítima pelo legislador ordinário poderia ser considerada incompatível com a garantia constitucional brasileira do direito à herança, conforme o art. 5º, inciso XXX da Constituição Federal de 1988. A legítima, que assegura uma parte da herança aos herdeiros necessários, não pode ser eliminada ou modificada de forma a perder seu caráter essencial. Em sede de direito comparado, o Tribunal Constitucional da Alemanha declarou a

constitucionalidade da legítima como um limite à liberdade de testar. A corte alemã justificou a legítima com base na solidariedade entre gerações e na proteção da família, garantindo ao herdeiro uma parte da herança, independentemente de qualquer necessidade específica. Para o referido Tribunal, as relações entre o testador e seus familiares formam uma “comunidade de toda a vida”, com responsabilidades e deveres mútuos. Essas responsabilidades justificam a garantia de uma base econômica, representada pela legítima. No entanto, o Tribunal reconheceu, também, que o legislador ordinário pode ajustar a proporção da legítima, aumentando-a ou diminuindo-a, já que essa proporção não é protegida diretamente pela garantia constitucional. O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao Brasil, pois tanto a Constituição Federal brasileira quanto a alemã asseguram o direito à herança, prevendo a legítima como um instituto de proteção familiar e intergeracional, ainda que com flexibilidade quanto à sua proporção (Lobo, 2024, p. 73 e 74).

Ademais, o princípio da autonomia privada não deve ser considerado absoluto, “sem normas, a que obedeça, senão suas próprias determinações, sem limites, que a restrinjam, sem bússola, que a norteie” (Beviláqua, 1978, p. 174). Nesse sentido, a lei se insurge para orientar o comportamento dos indivíduos, fixando-se parâmetros para garantir os interesses do núcleo familiar e da coletividade.

Para além de todo debate teórico, reconhece-se que a legítima importa em limitação à autonomia privada, com certa intervenção estatal na disposição de última vontade do autor da herança e deve-se pensar na articulação entre as normas vigentes e aquelas pretendidas. Afinal, como adaptar toda a proposta discutida anteriormente para efetivar os direitos que se mostram violados?

Pensando nisso, pode-se cogitar em duas hipóteses de intervenção no campo jurídico:

A primeira está relacionada ao sistema da legítima móvel ou flexível. Nesse sentido, cogita-se que a adoção do método de flexibilização, no qual a liberalidade para dispor sobre o patrimônio recai, exclusivamente, sobre o autor da herança, o qual poderá atribuir diferentes percentuais aos herdeiros, de acordo com a realidade fática de cada um, como ocorre na Espanha (Veiga, 2017, p. 72 e 73).

Em segundo lugar, como aderido pelos países de sistema jurídico *common law*, propõe-se a liberdade testamentária de forma absoluta, sendo que o titular do patrimônio poderá dispor deste como melhor lhe convém, assegurada a sua liberdade e autodeterminação, sem submissão às limitações legais e garantindo o devido cumprimento da autonomia privada (Veiga, 2017, p. 74).

Portanto, observa-se a possibilidade de promover uma alteração legislativa no Código Civil, a fim de reformar o instituto da legítima previsto no artigo 1.846 do referido diploma legal, amoldando-se à sociedade contemporânea.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa tratou sobre a herança e a reserva da legítima que dela emana. O estudo se mostrou relevante vez que examinou se há uma restrição a autonomia de vontade do titular dos bens ao reservar metade do seu patrimônio aos herdeiros necessários à luz dos princípios constitucionais e, ainda, se a intervenção do Estado se mostra justificada em comparação a demais princípios e direitos constitucionais.

Ao longo da pesquisa, foi possível alcançar os seguintes objetivos almejados no início do trabalho: foi possível averiguar um conflito entre a norma infralegal e princípios constitucionais, pois o Estado, ao intervir na liberdade do indivíduo em dispor do seu patrimônio para

após a sua morte, fere o princípio constitucional da autonomia privada e da liberdade de. Ainda, verifica-se possível flexibilização da cota referente a reserva da legítima destinada aos herdeiros necessários, tendo em vista a evolução do direito de família e a contemporaneidade da sociedade.

A limitação da liberdade de testar na legislação brasileira surge da necessidade de conciliar o princípio da autonomia privada e o direito de propriedade com a proteção da família como núcleo essencial da sociedade. Embora o Código Civil brasileiro reconheça o direito do indivíduo de dispor de seus bens livremente, essa liberdade encontra restrições para garantir a proteção dos direitos dos familiares, especialmente os herdeiros necessários. Assim, o Estado intervém de forma a proteger os interesses familiares, considerando o caráter fundamental da família na estrutura social, ao mesmo tempo em que respeita a autonomia do testador, mas dentro dos limites que garantam a justiça e o equilíbrio entre os direitos individuais e coletivos.

Nesse sentido, a limitação da liberdade de testar na legislação brasileira está intimamente ligada à proteção da ordem pública e à preservação da função social da família. A lei busca equilibrar o direito individual de dispor de bens e patrimônio com a necessidade de assegurar a estabilidade e a continuidade das relações familiares, prevenindo que disposições testamentárias possam prejudicar membros da família ou comprometer a coesão familiar. A norma brasileira, ao impor restrições à liberdade de testar, visa proteger os direitos de herança dos familiares mais próximos, garantindo que esses direitos não sejam arbitrariamente excluídos ou diminuídos em benefício de terceiros, promovendo assim a justiça e a harmonia no âmbito familiar.

Diante disso, as hipóteses levantadas, quais sejam, instituição do sistema da legítima móvel ou flexível e/ou adesão a liberdade testamentária de forma absoluta, foram confirmadas.

Considerando o problema da pesquisa, este sendo: em atenção a redação dada ao artigo 1.846 do Código Civil, é possível afirmar que o Estado pode intervir na liberdade do indivíduo em poder dispor do seu patrimônio sem ferir os princípios constitucionais atinentes ao direito sucessório, como a autonomia da vontade, a liberdade e ao direito de propriedade? – pode-se chegar, à seguinte resposta – não é possível afirmar, pois ao impor a legítima, restringe a liberdade de testar, sendo que essa limitação fere, explicitamente, o princípio constitucional da autonomia privada, além de encontrar-se em descompasso com o direito contemporâneo e as novas formas de relação familiar.

Como proposta para efetivar a solução do problema, sugere-se uma alteração legislativa no Código Civil, a fim de reformar o instituto da legítima previsto no artigo 1.846 do referido diploma legal, passando a instituir o sistema da legítima móvel ou flexível. Nesse sentido, a adoção deste método de flexibilização, confere liberalidade para o autor da herança dispor na integralidade sobre o seu patrimônio, o qual poderá atribuir diferentes percentuais aos herdeiros, de acordo com a necessidade de cada um, pois o sistema limitativo da legítima, que se mantém sob a insurgência de que é preciso assegurar a manutenção do grupo familiar do titular do patrimônio, até mesmo para que a obrigação não recaia sobre o Estado, atualmente não se amolda à nova concepção moderna do direito civil.

Portanto, a pesquisa apresentou uma análise aprofundada sobre o equilíbrio entre a autonomia privada do testador e a proteção dos direitos dos herdeiros necessários, à luz dos princípios constitucionais e da evolução do direito de família. Ao abordar a limitação imposta pelo instituto da legítima, foi possível constatar que a intervenção

estatal, ao restringir a liberdade de dispor de bens, colide com princípios fundamentais como a autonomia da vontade, a liberdade e o direito de propriedade. A flexibilidade na aplicação da legítima, por meio da proposta de uma legítima móvel ou flexível, se mostra como uma solução viável, permitindo que o testador ajuste as disposições testamentárias conforme as necessidades de seus herdeiros, alinhando-se com as transformações das estruturas familiares contemporâneas. Assim, a proposta de alteração legislativa no Código Civil brasileiro visa modernizar o sistema sucessório, adequando-o às novas realidades sociais e familiares, garantindo, ao mesmo tempo, o respeito aos direitos individuais e coletivos de forma mais justa e equilibrada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo; SOUZA, Vanessa Ribeiro C. Sampaio. Legítima e liberdade testamentária no direito civil contemporâneo: entre a autonomia e a solidariedade. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**. v. 6. n. 2. 2021. Disponível em: https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/11484/pdf_1. Acesso em: 27 set. 24.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro. Editora Rio, 1978.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; DANTAS, Renata Marques Lima. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. **Revista Brasileira de Direito Civil**. [S. l.], v. 11, n. 01, 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/9>. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil – 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 mai. 2024.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, Diário Oficial da União, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 08 mai. 2024.

BRASIL. **Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Brasília, 01 de janeiro de 1916, Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 11 mar. 2024.

BRASIL. **Senado Federal.** Projeto de Lei nº 3799 de 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?d-m=7973456&ts=1674177560202&disposition=inline>. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF. 2011. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 08 mai. 2024.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Medida Cautelar. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.715/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. 21 mai. 1998, publ. 30 abr. 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347228>. Acesso em: 27 set. 24.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário 878.694/MG. Minas Gerais. 2017. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1430064>. Acesso em: 15 jun. 2024.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das sucessões: inventário e partilha.** São Paulo: SRV Editora LTDA, 2023. *E-book*. ISBN 9786553625914. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625914/>. Acesso em: 10 jun. 2024.

CATALAN, Marcos. Direito das Sucessões: por que e para quem? Reflexões a partir da realidade brasileira. **RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil.** Vol. 44. Ano 11. out/dez 2010. Disponível em: file:///C:/Users/USER/Downloads/Direito_das_sucessoes_por_que_e_para_que.pdf. Acesso em: 29 set. 24.

CAVALCANTI, Izaura Fabíola Lins de Barros Lôbo. **Sucessão: do falecido para os herdeiros**. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. 2022. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1801/Sucessão%3A+do+falecido+para+os+herdeiros>. Acesso em: 09 set. 24.

DELGADO, Mario Luiz. **Chegou a hora de revisitar a legítima dos descendentes e ascendentes**. Conjur. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-13/processo-familiar-preciso-revisitar-legitima-descendentes/>. Acesso em: 19 ago. 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 4. Ed. Rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 9788520361030.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil, volume unico**. 8. São Paulo Saraiva Jur 2024 1 recurso online ISBN 9788553620210. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620210/epubcfi/6/192\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo92.xhtml\]/4/2/48/4/1:19\[s%20d%2Ca%20m\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553620210/epubcfi/6/192[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo92.xhtml]/4/2/48/4/1:19[s%20d%2Ca%20m]). Acesso em: 07 mai. 2024.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Manual de direito civil**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9788553620210. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620210/>. Acesso em: 10 jun. 2024.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. v.7. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786553629677. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629677/>. Acesso em: 19 ago. 2024.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os herdeiros legítimos no direito civil contemporâneo: ampliação da liberdade de testar e proteção dos vulneráveis. v. 21. n. 03. 2019: **Revista Brasileira de Direito Civil** - Vol. 21. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view>. Acesso em: 28 set. 2024.

LOBO, Paulo. **Direito civil: sucessões. v.6.** S.I. SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9788553622979. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553622979/>. Acesso em: 10 jun. 2024.

MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 13. Rio de Janeiro Forense 2023 1 recurso online ISBN 9786559648511. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559648511/epubcfi/6/40\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml20\]!/4/38/1:818\[eir%2Ca.\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559648511/epubcfi/6/40[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml20]!/4/38/1:818[eir%2Ca.]). Acesso em: 08 de maio de 2024.

MADALENO, Rolf. **Sucessão Legítima.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530990558. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990558/>. Acesso em: 24 ago. 2024.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v.6: direito das sucessões.** 7. Rio de Janeiro Forense 2016 1 recurso online ISBN 9788530968748. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530968748/epubcfi/6/48\[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter12\]!/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530968748/epubcfi/6/48[%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter12]!/4). Acesso em: 1 de abril de 2024.

PEREIRA, Renata Ramos Carrara. PEGHINI, Cesar Calo. A legítima dos herdeiros necessários e proteção constitucional à herança. **Revista Cient. Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento.** 2006, Ed. 12, Vol. 01. ISSN: 2448-0959. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/protecao-constitucional>. Acesso em: 11 mar. 2024.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões,** 11ª edição. S.I: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530984762. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984762/>. Acesso em: 15 jun. 2024.

ROSA, Conrado Palino da. **Planejamento Sucessório: teoria e prática/** Conrado Paulino da Rosa – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Ed. Juspodivm, 2023.

ROSA, Conrado Paulino da. **Inventário e Partilha/** Conrado Paulino da Rosa, Marco Antonio Rodrigues. – 5 ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2023.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. S.I. SRV Editora LTDA, 2024. *E-book*. ISBN 9788553620234. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620234/>. Acesso em: 05 jun. 2024.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v.6. S.I. Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559649662. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649662/>. Acesso em: 05 jun. 2024.

TELLES, Inocência Galvão. **Direito das Sucessões: noções fundamentais**. 6. Ed. Coimbra, 1996.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza M.; MEIRELES, Rose Melo V. **Fundamentos do Direito Civil: Direito das Sucessões**. v.7. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559647552. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647552/>. Acesso em: 19 ago. 2024.

VEIGA, Melissa Ourives. **A possibilidade de flexibilização da legítima no direito sucessório à luz da técnica da derrotabilidade das normas**. Uni7. 2017. Disponível em: <https://www.uni7.edu.br/wpcontent/uploads/2021/06/Disserta.o.Vers.o.Final.Melissa.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2024.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Família e Sucessões**. v.5.: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559775712. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775712/>. Acesso em: 15 jun. 2024.

OS DESAFIOS DA IMPLANTAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Fabiana Coradi¹

Magda Cristiane Detsch da Silva²

RESUMO

O presente trabalho aborda os desafios enfrentados pela Administração Pública na implementação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no Brasil. A pesquisa adota uma abordagem qualitativa, utilizando revisão bibliográfica e análise de dados coletados de agentes públicos em municípios do meio-oeste catarinense. A LGPD visa garantir a proteção dos dados pessoais e regular o tratamento dessas informações tanto no setor público quanto no privado. Na Administração Pública, a lei busca conciliar a transparência exigida pelas funções estatais com a necessidade de resguardar a privacidade dos cidadãos. O estudo revela que a aplicação da LGPD na Administração Pública apresenta particularidades decorrentes da compatibilização das prerrogativas estatais típicas com os mandamentos da Lei. Além disso, a aplicação prática apresenta entraves como a falta de capacitação dos servidores. Embora a LGPD tenha trazido avanços na proteção dos direitos dos titulares de dados, ainda há desafios quanto à implementação efetiva na Administração Pública, especialmente em municípios menores. Depreende-se que é possível e necessária a coexistência harmônica entre o planejamento e execução de serviços e políticas públicas e a garantia aos direitos à proteção de dados pessoais e à privacidade, todavia, o treinamento contínuo e aperfeiçoamento dos agentes públicos traria mais eficiência, conformidade e segurança no tratamento de dados no âmbito público.

Palavras-chave: Dados Pessoais; Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais; Administração Pública; Tratamento de Dados.

¹ Discente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Email: fabicoradi5@gmail.com

² Docente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Email: magda.dasilva@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

A proteção de dados pessoais é um tema de crescente relevância em todo o mundo, especialmente com o avanço da tecnologia e a digitalização de informações. No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) surgiu como um marco regulatório para garantir a segurança das informações pessoais, assegurando o direito à privacidade, conforme estabelecido na Constituição Federal. Inspirada em legislações internacionais, como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia, a LGPD foi concebida para preencher lacunas legais, disciplinando a matéria de maneira específica. A Administração Pública, como um dos principais agentes de tratamento de dados pessoais, enfrenta o desafio de implementar a LGPD de maneira eficaz, equilibrando a necessidade de transparência com a proteção da privacidade dos cidadãos.

O estudo tem como objetivo analisar os desafios e as implicações da implementação da LGPD na administração pública, com foco em quatro municípios do meio-oeste catarinense: Catanduvas, Jaborá, Herval d'Oeste e Zortéa. A pesquisa de campo foi conduzida através de um questionário aplicado a agentes públicos de diversas áreas, como educação, saúde, finanças e controle interno, buscando compreender suas percepções sobre a lei e os obstáculos práticos para sua plena aplicação. O questionário, composto por perguntas subjetivas, explorou o conhecimento dos servidores sobre a LGPD, se receberam treinamentos adequados, quais tipos de tratamento de dados realizam em suas atividades diárias e os desafios enfrentados no uso e compartilhamento de dados pessoais.

A pesquisa também se apoia em uma revisão bibliográfica, contextualizando a evolução da proteção de dados no Brasil. Antes

da promulgação da LGPD, a proteção de dados pessoais era tratada de forma fragmentada por diferentes legislações setoriais, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) e o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). Contudo, essas normativas mostraram-se insuficientes para lidar com as complexidades de uma sociedade digitalizada, exigindo uma legislação específica e unificada, que consolidasse os direitos dos titulares e definisse obrigações claras para os agentes de tratamento, incluindo a Administração Pública.

A LGPD trouxe consigo a necessidade de mudança nas práticas institucionais e culturais, especialmente no setor público, onde o volume de dados tratados é considerável e as finalidades de uso variam desde a execução de políticas públicas até o cumprimento de obrigações legais e regulatórias. A lei estabelece, entre outros princípios, a finalidade, a adequação, a necessidade e a transparência, que são fundamentais para garantir que os dados pessoais sejam tratados de forma ética e segura. Na Administração Pública, a aplicação desses princípios exige a criação de novas rotinas administrativas e a capacitação dos agentes públicos para que estejam aptos a manusear dados de forma compatível com os ditames legais.

Os resultados indicam que, embora a LGPD traga avanços significativos na proteção de dados, sua implementação no setor público ainda enfrenta obstáculos. A falta de capacitação específica para os servidores públicos é uma das barreiras identificadas. Contudo, a aplicação da LGPD tem potencial para fortalecer a confiança entre o cidadão e o Estado, desde que acompanhada de medidas educativas e estruturais que facilitem sua correta aplicação.

A efetividade da LGPD na Administração Pública depende de um esforço coordenado entre o governo, os agentes públicos e a sociedade, a fim de garantir a conformidade legal e a proteção adequada dos

dados pessoais. Neste sentido, este estudo busca contribuir para a compreensão dos desafios que envolvem a implementação da LGPD na Administração Pública, destacando a importância de políticas de capacitação contínua e a necessidade de uma estrutura adequada para garantir a conformidade com a lei. A aplicação efetiva da LGPD no setor público é essencial não apenas para proteger os direitos dos cidadãos, mas também para fortalecer a confiança na administração pública e promover uma gestão de dados mais segura e eficiente.

2 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL

A proteção de dados no Brasil passou por uma evolução significativa ao longo das últimas décadas, impulsionada pelas crescentes demandas por privacidade e segurança da informação, em resposta às transformações tecnológicas que redefiniram as relações sociais e econômicas. Essa evolução foi marcada pela promulgação da Constituição Federal de 1988, que elevou o direito à privacidade ao status de direito fundamental³, servindo como base para a legislação subsequente. Com o avanço dessas normativas, observa-se uma progressão que culminou na criação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), uma resposta necessária à complexidade do tratamento de dados pessoais em uma sociedade cada vez mais digitalizada e interconectada.

³ Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 7 mar. 2023.

Antes da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, diversas leis setoriais e regulamentações específicas tratavam da proteção de dados de forma fragmentada no Brasil. O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), por exemplo, já previa a proteção das informações dos consumidores e estabelecia direitos relacionados ao acesso, correção e exclusão de dados pessoais em cadastros de consumidores. Esta Lei foi uma das primeiras a reconhecer a importância da proteção de dados no contexto das relações de consumo, garantindo transparência e segurança aos consumidores (Finkelstein e Finkelstein, 2019, p. 8).

A evolução legislativa continuou com a edição de leis específicas que abordaram aspectos variados da proteção de dados e da privacidade. A Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, foi uma referência significativa ao estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, incluindo a proteção dos dados pessoais e a privacidade dos usuários. O Marco Civil da Internet consolidou a necessidade de um tratamento adequado dos dados pessoais e preparou o terreno para a criação de uma legislação específica voltada exclusivamente para a proteção de dados (Lima, 2021, p. 306).

A Lei nº 12.527/2011, Lei de Acesso à Informação (LAI), também contribuiu para a proteção de dados ao estabelecer diretrizes para a transparência e acesso a informações públicas, preservando, contudo, a privacidade dos dados pessoais contidos nas informações solicitadas. A LAI promoveu a cultura da transparência e o direito de acesso à informação, ao mesmo tempo em que reforçou a necessidade de proteção dos dados pessoais dos cidadãos (Gasiola, Machado e Mendes, 2021, p. 2). Com o avanço da tecnologia e novas formas de coleta, armazenamento e processamento de informações pessoais, essas legislações, embora importantes, mostraram-se insuficientes

para abranger todas as nuances e complexidades do tratamento de dados pessoais em uma sociedade digitalizada.

Inspirada em legislações internacionais, como o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia, a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) foi concebida para preencher essa lacuna, estabelecendo um marco regulatório unificado, abrangente e específico para o tratamento de dados pessoais no Brasil. O Regulamento Geral teve um impacto significativo em todo o mundo, rompendo com as barreiras territoriais. Ele conferiu ao indivíduo vários direitos em relação aos seus dados pessoais, como acesso, retificação e exclusão, com vistas a conferir maior segurança e controle aos cidadãos (Lorenzon, 2021).

A LGPD não apenas sistematizou as normas existentes, mas também introduziu novas obrigações, reforçando a importância da proteção de dados em todos os setores da sociedade. Estruturalmente, a Lei foi elaborada com o objetivo de corrigir a assimetria informacional entre os titulares de dados pessoais e os agentes de tratamento, reconhecendo o acúmulo de poder nas mãos destes últimos devido à configuração das tecnologias de informação. Essa natureza protetiva é direcionada exclusivamente à proteção da pessoa enquanto titular de dados pessoais (Doneda, Sarlet e Mendes, 2022, p. 136-137). Outro aspecto relevante da LGPD é possibilitar à sociedade (titulares, controladores e operadores) ter regras claras para o tratamento de dados pessoais, algo que até então era sutil ou, dependendo da situação específica, inexistente (Guerreiro e Teixeira, 2022, p. 44).

Indo além, a Emenda Constitucional nº 115, promulgada em 10 de fevereiro de 2022, incluiu formalmente a proteção de dados na Constituição Federal como um direito fundamental. A emenda

acrescentou o inciso LXXIX ao artigo 5º⁴ e reforçou a importância do direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais, vinculados diretamente à dignidade humana e à liberdade individual (Brasil, 2022).

Pode-se perceber que o desenvolvimento da proteção de dados no Brasil reflete uma trajetória jurídica e normativa de crescente sofisticação, especialmente impulsionada pelo reconhecimento do direito à privacidade como um direito fundamental pela Constituição Federal de 1988. A promulgação da LGPD e a inclusão da proteção de dados no rol dos direitos fundamentais pela Emenda Constitucional nº 115/2022 representam marcos essenciais para assegurar a tutela dos direitos dos cidadãos em face das novas dinâmicas tecnológicas, reforçando a importância de um regime jurídico robusto e efetivo no âmbito da proteção de dados pessoais.

3 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS BRASILEIRA: CONCEITO, ÂMBITO DE APLICAÇÃO E PRINCÍPIOS

A Lei nº 13.709/2018 ou Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD constitui um marco normativo central no ordenamento jurídico brasileiro, regulando o tratamento de dados pessoais com o intuito de proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade. Com uma abordagem ampla e detalhada, a LGPD define conceitos essenciais para a aplicação da lei, delimita seu âmbito de incidência e estabelece princípios que orientam as atividades de tratamento de dados, tanto no setor público, quanto no privado. O estudo dos principais conceitos, bem como das definições

⁴ Art. 5º, LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 7 mar. 2023.

e princípios delineados pela Lei, é imprescindível para a compreensão do regime jurídico que regula a proteção dos dados pessoais no Brasil.

A Lei, em seu art. 5º, apresenta definições de termos utilizados ao longo do texto legislativo. Os conceitos e terminologias trazidos pela LGPD são fundamentais para seu entendimento e para delimitar a aplicabilidade da norma, pelo que, serão abordados detalhadamente a seguir. Os dados tutelados pela Lei nº 13.709/2018 são dados pessoais, ou seja, tão somente aqueles inerentes à pessoa física. Ademais, inobstante a nomenclatura utilizada, o que se visa proteger não são os dados em si, e sim o seu titular, com vistas a resguardar essencialmente os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (Soler, 2021, p. 24). Ainda, os dados pessoais tratam de informações relacionadas a pessoa identificada ou identificável, ou seja, referem-se a dados pessoais diretos, como nome e documentos pessoais, mas também aos dados pessoais indiretos, aqueles com os quais seria possível identificar uma pessoa a depender das circunstâncias, como por exemplo a geolocalização (Guerreiro e Teixeira, 2022, p. 17).

A Lei também traz a conceituação de dados pessoais sensíveis, que recebem essa denominação devido à previsão de tratamento diferenciado, com uma proteção mais rigorosa, pois envolvem informações de caráter mais íntimo, sendo consideradas informações que poderiam gerar algum tipo de discriminação. Esses dados se referem à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (Soler, 2021, p. 36). O art. 11 da LGPD especifica em rol taxativo quais as hipóteses possíveis para seu tratamento, dividindo-as em hipóteses em que há o consentimento do titular, de forma específica e para finalidades específicas e hipóteses

em poderá ocorrer mesmo sem o consentimento do titular, quando o tratamento for indispensável.

Uma dessas possibilidades é o tratamento pelo Poder Público, para execução de políticas públicas (Pinheiro, 2022, p. 55).

A LGPD, ao regular o tratamento de dados pessoais, preocupa-se em estabelecer critérios claros para diferentes categorias de informações, buscando equilibrar a proteção da privacidade e a necessidade de utilização desses dados em contextos específicos. Uma categoria de dados que se destaca por sua peculiaridade, é a dos dados anonimizados, que são os dados relativos a um titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião do seu tratamento. A anonimização, por sua vez, refere-se a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo. Importante destacar que dados anônimos não são dados pessoais e, portanto, não são tutelados pela LGPD. São aqueles cuja reidentificação é impossível por qualquer parte e por quaisquer meios razoavelmente possíveis (Guerreiro e Teixeira, 2022, p. 17).

O conceito de “tratamento” de dados, segundo a LGPD, refere-se a toda operação realizada com dados pessoais, desde a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração. Esta definição abrangente, prevista no artigo 5º, inciso X, da LGPD, assegura que todas as etapas do ciclo de vida dos dados pessoais sejam reguladas. Aliás, andou bem o legislador na redação utilizada, abrangendo inclusive, eventuais novas atividades com dados pessoais

que possam surgir diante da constante evolução e desenvolvimento tecnológico (Soler, 2021, p. 42; Guerreiro e Teixeira, 2022, p. 74).

A LGPD se aplica a todos aqueles que realizam o tratamento de dados pessoais, sejam instituições públicas ou privadas, pessoas físicas ou jurídicas, por meio físico ou digital, desde que abranjam algum dos elementos: tratamento dos dados em território nacional, tratamento com objetivo de oferta ou fornecimento de bens ou serviços ou tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional ou dados coletados em território nacional. Por outro lado, a Lei não se aplica ao tratamento de dados realizado por pessoa física para fins exclusivamente particulares e não econômicos, para fins exclusivamente jornalísticos, artísticos (em respeito aos princípios da liberdade de expressão e comunicação) e acadêmicos (com ressalva apontada pela própria Lei) e para fins exclusivos de segurança pública e defesa nacional (Garrido, 2023, p. 18).

A Lei, ainda, traz de forma taxativa as bases legais, ou seja, as hipóteses em que poderá ser realizado o tratamento de dados pessoais. O consentimento do titular dos dados é a base legal mais conhecida de tratamento de dados e trata-se de uma manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada (Soler, 2021, p. 60).

Aqueles que irão efetuar o tratamento de dados são denominados de agentes de tratamento e, conforme descrição legal, são o controlador e o operador. O controlador é a pessoa natural ou jurídica que coleta os dados pessoais dos titulares, seja por consentimento ou por hipóteses de exceção. O operador, por sua vez, é a pessoa natural ou jurídica que realiza o tratamento dos dados pessoais com base em um contrato ou obrigação legal. A distinção entre essas duas figuras é crucial, especialmente no que diz respeito à responsabilização por tratamento indevido de dados (Brasil, 2018). Por fim, o uso compartilhado de

dados é inerente à sociedade da informação, sustentando grande parte das atividades de empresas e órgãos públicos e sendo essencial para seu funcionamento. Esse conceito inclui a comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado (Soler, 2021, p. 138).

Em suma, os dados pessoais possuem um ciclo de vida que abrange as etapas de coleta, retenção, processamento, compartilhamento e eliminação. A coleta deve ser transparente e baseada em uma justificativa legal clara. O armazenamento exige medidas rigorosas de segurança para proteger os dados contra acessos não autorizados. Durante o uso, os dados devem ser processados conforme as finalidades específicas para as quais foram coletados, evitando usos excessivos ou inadequados. O compartilhamento, quando necessário, deve ser feito de maneira segura e apenas com terceiros autorizados ou com base em permissões legais específicas. Finalmente, a eliminação dos dados deve ocorrer quando não forem mais necessários para as finalidades previstas ou a pedido do titular, garantindo que a exclusão seja completa e segura, prevenindo qualquer recuperação ou reutilização indevida (Vieira, 2023, p. 8).

Nonobstante a Lei apresente vários conceitos e definições, a rápida evolução tecnológica e as constantes mudanças nas dinâmicas sociais e econômicas apresentam desafios que dificilmente podem ser totalmente previstos no momento da promulgação de uma lei. Nesse contexto, a aplicação de princípios gerais, como os estabelecidos pela LGPD, assume papel fundamental na interpretação e adaptação da norma frente a novas tecnologias e situações não antecipadas, garantindo a proteção contínua dos direitos dos titulares de dados (Teixeira e Guerreiro, 2022, p. 19).

A LGPD apresenta uma estrutura de base principiológica e traz os princípios dentre os seus artigos, destacando que sua aplicação

deve ocorrer em todo e qualquer caso de tratamento de dados. A boa fé, dada sua importância e relevância, é trazida antes de todos os princípios, aparecendo desde logo no *caput* do art. 6º. Ela orienta a interpretação e aplicação da LGPD, assegurando que o tratamento de dados pessoais seja justo e conforme os interesses legítimos dos titulares, equilibrando direitos individuais e necessidades de tratamento, pautando-se pela honestidade, lealdade e transparência (Teixeira e Guerreiro, 2022, p. 19).

A autodeterminação informativa é um princípio essencial no contexto da proteção de dados pessoais, consolidando-se como um direito fundamental que assegura ao indivíduo o controle sobre suas informações pessoais. Este princípio garante que cada pessoa possa decidir livremente sobre a coleta, processamento e compartilhamento de seus dados, estabelecendo uma relação de transparência e confiança entre os titulares dos dados e os responsáveis pelo seu tratamento. A LGPD adota a autodeterminação informativa como um de seus pilares, reforçando que o tratamento de dados deve ser feito com base no consentimento explícito do titular, ou outras bases legais que respeitem a finalidade específica e o interesse público (De Sousa e Da Silva, 2020, p. 11)

O art. 6º da LGPD traz um rol de princípios dispostos em dez incisos, sendo eles: finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas (Brasil, 2018). Em vista da presente pesquisa estar voltada especialmente para o tratamento de dados pela Administração Pública, alguns princípios possuem maior relevância quando do tratamento de dados neste âmbito, pelo que serão abordados detalhadamente a partir de agora.

O princípio da finalidade relaciona-se com o uso dos dados pessoais nos limites para os quais foram coletados, devendo

permanecer adstritos a ela. Adicionalmente, no âmbito do setor público, o tratamento de dados pessoais deve atender a uma finalidade pública, conforme dispõe o art. 23⁵. A partir da promulgação da LGPD, o tratamento de dados pessoais não pode mais ocorrer com finalidades genéricas ou indeterminadas. O tratamento deve ser realizado com fins específicos, legítimos, explícitos e informados (Lima, 2020, p. 129). Juntamente com a necessidade e a adequação, formam o que se chama de mínimo essencial, ou seja, utilizar a menor quantidade de dados pessoais necessária para que se chegue ao fim pretendido, de maneira adequada (ANPD, 2023, p. 22). Nessa esteira, não se admite a prática de coleta indistinta de dados pessoais, em particular de dados para os quais não se tenha identificado uma finalidade específica e legítima para o tratamento.

O princípio da transparência assegura ao titular o direito de obter informações claras, precisas e acessíveis sobre o tratamento de seus dados pessoais e os respectivos agentes de tratamento. De forma similar, o princípio do livre acesso garante aos titulares a possibilidade de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais. Esses princípios são fundamentais para garantir o direito fundamental à informação administrativa. Em conformidade com o que estabelecem tais princípios, o art. 9º da LGPD define as informações que devem ser disponibilizadas aos titulares, dentre elas: a forma, a duração e a finalidade específica do tratamento; a identificação e os dados de contato do controlador; informações sobre o compartilhamento de dados e suas finalidades; as responsabilidades

⁵ Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público [...] deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que [...] (grifo nosso). BRASIL, Lei n. 13.709/ 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm

dos agentes que realizarão o tratamento; e os direitos do titular, com menção explícita aos direitos previstos no art. 18 (ANPD, 2023, p. 27; Teixeira e Guerreiro, 2022, p. 20).

Ao estabelecer conceitos, definições e princípios claros, a LGPD oferece diretrizes essenciais para garantir a segurança jurídica tanto para o setor privado quanto para o público, ressaltando a importância de um tratamento ético e transparente dos dados. Além disso, os princípios delineados pela Lei, como especificamente, adequação, necessidade e transparência, mostram-se imprescindíveis para garantir a proteção contínua dos titulares de dados em um cenário de rápida evolução tecnológica. Esses elementos serão cruciais ao analisar, no próximo capítulo, as particularidades da aplicação da LGPD no âmbito da Administração

4 APLICAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DA INTEGRAÇÃO E PARTICULARIDADES

A aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no âmbito da Administração Pública envolve a complexa tarefa de equilibrar a transparência exigida das instituições públicas com a necessidade de resguardar a privacidade dos cidadãos. Enquanto a publicidade é um princípio fundamental na administração estatal, garantindo o acesso amplo às informações públicas e assegurando a fiscalização dos atos governamentais, a proteção dos dados pessoais impõe limites ao acesso irrestrito a certas informações, em conformidade com os direitos fundamentais de privacidade e intimidade.

Definir a Administração Pública é essencial para compreender as particularidades e os desafios da aplicação da Lei Geral de

Proteção de Dados nesse setor. A Administração Pública costuma ser conceituada a partir de duas perspectivas, a subjetiva e a objetiva. Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, a Administração Pública refere-se aos sujeitos que exercem atividade administrativa. Esse sentido abrange pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos responsáveis por desempenhar uma das funções que compõem a atividade estatal, a saber, a função administrativa. Em sentido objetivo, material ou funcional, a Administração Pública define-se pela natureza da atividade realizada. Nessa perspectiva, a Administração Pública representa a própria função administrativa, a qual é atribuída, predominantemente, ao Poder Executivo (Di Pietro, 2024, p. 61).

O princípio da publicidade, expresso no art. 37, *caput*, da Constituição Federal é um dos fundamentos norteadores da Administração Pública, impondo a necessidade de transparência e garantindo o acesso à informação pelos cidadãos. O dever de informar inclui, de modo geral, o dever de disponibilizar as informações armazenadas em seus bancos de dados, desde que sejam solicitadas. Assim, é clara a conclusão de que o administrador não pode armazenar informações para fins pessoais, devendo fazê-lo apenas para a preservação do interesse público (Spitzcovsky, 2024, p. 31).

No mesmo sentido, é assentado em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, inclusive quando do julgamento da ADPF 872, em 14 de agosto de 2023, com relatoria da Ministra Carmem Lúcia, que o princípio predominante no Estado Republicano é o da publicidade e do acesso aos documentos públicos de todos os poderes. O segredo é uma exceção legítima apenas quando devidamente justificado. A norma da publicidade só é excepcionada pela Constituição Federal em casos específicos, como aqueles em que é imprescindível para a segurança dos cidadãos, da sociedade e do Estado, e quando

necessário para resguardar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (Brasil, 2023, p. 22).

Como visto, a regra geral de publicidade dos atos administrativos apresenta exceções dentro da própria Constituição Federal, permitindo que determinadas situações ou informações permaneçam em sigilo. O art. 37, § 3º c/c art. 5º, da Constituição Federal, dispõe, *in verbis*:

Art. 37, § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...]

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; [...] (Brasil, 1988).

Portanto, ao decidir pelo fornecimento ou não de informações, o Poder Público deverá respeitar o direito à intimidade da pessoas (art. 5º, X, da Constituição Federal) e a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal). Para regulamentar o art. 5º, XXXIII, da CF, foi editada a Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

O gênero ‘direito de acesso à informação’ pode ser subdividido em duas espécies, quais sejam, direito de acesso a informações ou dados de interesse público e direito de acesso aos próprios dados pessoais. No sistema jurídico brasileiro, o direito de acesso aos próprios dados pessoais, ou dados personalíssimos, é assegurado constitucionalmente pelo *habeas data* e legalmente pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Por outro lado, o direito de acesso à informação pública é regulamentado pela Lei de Acesso à Informação – LAI e abrange qualquer informação em posse do poder público, com vistas ao controle social da administração pública e à materialização dos princípios da publicidade e transparência (Limberger, 2022, p. 12).

O livre acesso à informação pública é essencial para o funcionamento eficaz das democracias. Ele possibilita aos cidadãos avaliar políticas públicas, exercer controle social e participar dos processos políticos de maneira qualificada. O direito à informação deve seguir algumas premissas fundamentais, incluindo a máxima divulgação, acesso facilitado e gratuito para os cidadãos, e limitação das exceções ao acesso à informação. Por isso, a Lei de Acesso à Informação (LAI), aplicável em todoo território brasileiro, foi construída com a publicidade como regra e o sigilo como exceção (art. 3º, I da LAI) e as informações de interesse público devem ser divulgadas independentemente de solicitação. Além disso, qualquer pessoa pode solicitar e receber das entidades e órgãos públicos informações públicas por eles produzidas ou custodiadas, em conformidade com o princípio da publicidade da Administração Pública (Bioni, Da Silva e Martins, 2022, p. 2).

Segundo a diretora da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), Miriam Wimmer, a LAI determina que a informação pessoal, equivalente ao dado pessoal, terá seu acesso restrito por um prazo máximo de 100 anos, independentemente de classificação de sigilo. No entanto, a própria LAI prevê exceções que permitem a divulgação de informações pessoais em certas situações. Essa divulgação pode ocorrer não apenas com o consentimento do titular, mas também por previsão legal e outras hipóteses, incluindo a necessidade de divulgação para proteger o interesse público e geral preponderante. Nessa seara, a transparência continua sendo a regra, e o sigilo, a exceção (Brasil, 2021).

Conforme infere-se, um dos principais sujeitos da LGPD é a Administração Pública, isto é, o setor público é um dos que mais realiza a coleta de dados pessoais, incluindo dados sensíveis, devido à necessidade de gerenciar um volume específico de informações para

o desempenho de suas atividades rotineiras, especialmente no que se refere à execução de políticas públicas e à prestação de serviços assistenciais à população (Tomasevicius Filho, 2021, p. 71).

Mister delimitar, inicialmente, quais são os entes públicos a que a Lei faz referência. O artigo 23 da Lei Geral de Proteção de Dados, que inaugura o Capítulo IV – Do Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público, promove um diálogo com a Lei de Acesso à Informação delineando de forma ampla o termo “poder público”, incluindo nos mandamentos da LGPD os órgãos públicos integrantes da administração direta dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, incluindo cortes de contas, Judiciário e Ministério Público, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Também se incluem no conceito de Poder Público os serviços notariais e de registro (Di Biase e Aguilera, 2021, p.8-9).

Esses entes públicos, ao realizarem o tratamento de dados, devem observar as bases legais determinadas na LGPD, que norteiam o uso legítimo dessas informações. A Lei estabeleceu bases legais próprias para o tratamento de dados pelo Poder Público e um capítulo específico para o tema, declarando tão logo que tal tratamento deve ter por objetivo o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público. As principais hipóteses legais aplicáveis são o consentimento, o cumprimento de obrigação legal ou regulatória, o legítimo interesse, e a execução de políticas públicas. Essas bases legais estão previstas nos artigos 7º e 11 da LGPD e devem ser interpretadas de forma sistemática com os critérios adicionais estabelecidos no artigo 23 da lei (Rodarte e Condé, 2021, p. 15).

A primeira base legal é o consentimento, entendido como a manifestação livre, informada e inequívoca do titular concordando com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada. No caso de dados sensíveis, o consentimento deve ser fornecido de forma específica e destacada. Contudo, o consentimento pode não ser a base legal mais apropriada para o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, especialmente quando o tratamento é necessário para o cumprimento de obrigações legais. Nesses casos, o consentimento deve assegurar ao titular a possibilidade de autorizar ou não o tratamento dos dados, sem que a recusa resulte em restrições significativas ao exercício de seus direitos (ANPD, 2023, p. 10-13).

A base legal do consentimento deve ser utilizada com cautela pelo Poder Público devido à relação de assimetria entre o cidadão e o Estado. O consentimento deve ser livre, o que nem sempre é garantido na interação com a administração pública. Além disso, a possibilidade de revogação do consentimento a qualquer momento pode gerar instabilidade na implementação de políticas públicas (Bioni, 2020).

A obrigação legal ou regulatória é outra base importante, permitindo o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público quando necessário para o cumprimento de uma obrigação estabelecida por lei ou regulamento. Isso inclui normas que estruturam órgãos e entidades e estabelecem suas competências e atribuições. O tratamento de dados nessa base legal é parte essencial do exercício de prerrogativas estatais típicas e deve ser realizado para viabilizar a execução das atribuições legais da entidade pública. Essa interpretação é reforçada pelo artigo 23 da LGPD, que orienta que o tratamento deve ser feito com o objetivo de executar competências legais ou cumprir atribuições legais do serviço público (ANPD, 2023, p.15-18).

O legítimo interesse pode ser uma base legal válida para o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, desde que não seja

realizado de forma compulsória ou em situações onde a atuação estatal se baseia no exercício de prerrogativas estatais típicas. Nesses casos, é necessário realizar uma ponderação entre os interesses legítimos do controlador e os direitos e expectativas dos titulares dos dados. O legítimo interesse deve ser utilizado de forma restrita e criteriosa, com a adoção de medidas para garantir a transparência e a segurança no tratamento dos dados (Freitas e Rezende, 2023, p. 11)

Segundo a doutrina majoritária, o legítimo interesse não deve ser utilizado como base principal pelo Poder Público, mas pode ser aplicado em situações específicas onde não há imposição direta sobre o titular dos dados. A interpretação dessa base legal exige uma análise cuidadosa dos interesses envolvidos e das expectativas dos titulares, sempre observando os princípios da finalidade, necessidade e adequação (Bioni, 2020).

Por fim, a execução de políticas públicas é uma base legal relevante para o tratamento de dados pessoais pela administração pública. Essa base legal permite o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres. A execução de políticas públicas deve ser realizada com o objetivo de atender a finalidade pública e perseguir o interesse público, conforme estabelecido no artigo 23 da LGPD. Exemplos dessa aplicação incluem o planejamento e a execução de políticas de saúde pública, controle do tabagismo, e programas de assistência social (ANPD, 2023, p. 18-21).

A interpretação da base legal para a execução de políticas públicas é apoiada pela doutrina e pela jurisprudência. Conforme decisão do STF no julgamento da ADI 6387, o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público para execução de políticas públicas é constitucional, desde que seja realizado dentro dos limites

estabelecidos pela LGPD e com respeito aos direitos fundamentais dos titulares (Brasil, 2020, p. 11). Essas bases legais fornecem um arcabouço jurídico essencial para o tratamento de dados pessoais pela administração pública, assegurando que tais atividades sejam realizadas de maneira transparente, segura e em conformidade com os direitos dos titulares. A correta aplicação dessas bases é fundamental para garantir a proteção dos dados pessoais e a privacidade no âmbito das atividades governamentais.

Além das bases legais, a LGPD também estabelece uma série de direitos aos titulares de dados, que visam garantir o controle sobre suas informações pessoais. Entre esses direitos estão o acesso, a correção, a eliminação e a revogação do consentimento, conforme previsão do art. 18 da LGPD. No contexto da administração pública, esses direitos adquirem uma relevância ainda maior, uma vez que o poder público detém vastas quantidades de dados pessoais dos cidadãos, coletados para diversas finalidades, como prestação de serviços, segurança pública e execução de políticas públicas. Garantir o exercício pleno desses direitos é essencial para a promoção da transparência e da confiança entre o Estado e os indivíduos (Guerreiro e Teixeira, 2022, p. 32).

Entre os principais direitos assegurados pela LGPD, destaca-se o direito de acesso aos dados, que é essencial para garantir a transparência no tratamento das informações pela Administração Pública. Tal direito permite que o titular obtenha informações sobre os dados que o poder público possui a seu respeito, incluindo a finalidade do tratamento, a forma e a duração do armazenamento, bem como a identificação dos responsáveis pelo tratamento. Esse direito é fundamental para assegurar a transparência e possibilitar que os cidadãos monitorem o uso de suas informações pessoais. No âmbito público, é crucial que os órgãos governamentais disponham

de mecanismos eficientes para atender a esses pedidos de acesso de forma rápida e clara, respeitando os prazos estabelecidos pela LGPD (Korkmaz e Sacramento, 2021, p. 5-7).

Outro direito importante, diretamente relacionado à precisão das informações, é o de correção de dados, garantindo que o cidadão possa manter seus dados sempre atualizados e corretos, ao permitir que titular solicite a retificação de informações incorretas, desatualizadas ou incompletas. Esse direito garante a exatidão dos dados mantidos pelo poder público, o que é essencial para a eficácia das políticas públicas e a prestação de serviços. A administração pública deve estabelecer procedimentos claros e acessíveis para que os cidadãos possam corrigir seus dados, garantindo que essas solicitações sejam processadas de maneira eficiente e transparente (Korkmaz e Sacramento, 2021, p. 8-10).

A eliminação de dados pessoais, outro direito assegurado pela LGPD, permite ao titular solicitar a remoção de suas informações quando estas não forem mais necessárias para os fins para os quais foram coletadas, ou quando o consentimento for revogado. No contexto da administração pública, esse direito deve ser balanceado com as obrigações legais e regulatórias que demandam a retenção de certos dados por períodos específicos. Portanto, é essencial que os órgãos públicos realizem uma avaliação criteriosa dos pedidos de eliminação, considerando a necessidade de cumprimento de suas obrigações legais e a proteção dos direitos dos cidadãos (Vieira, 2023, p. 7).

Por fim, o direito à portabilidade permite que o titular solicite a transferência de seus dados pessoais para outro fornecedor de serviço ou produto, sem impedimentos. Embora este direito seja mais frequentemente associado ao setor privado, ele também possui implicações importantes para o setor público. A administração

pública deve garantir que os cidadãos possam exercer a portabilidade de seus dados de forma eficaz, promovendo a interoperabilidade entre sistemas e serviços governamentais. Isso não apenas facilita o exercício dos direitos dos titulares, mas também contribui para a modernização e a eficiência dos serviços públicos (Cravo, 2020, p. 5).

Como visto, o compartilhamento de dados pessoais pelo Poder Público é uma prática essencial para a execução de diversas atividades governamentais, incluindo prestação de serviços públicos, a implementação de políticas públicas e a garantia da segurança nacional. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) define o “uso compartilhado de dados” como a comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados (Brasil, 2018).

A LGPD estabelece que o uso compartilhado de dados deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e entidades públicas, respeitando os princípios de proteção de dados pessoais, como necessidade, transparência e segurança. Para assegurar a conformidade com esses princípios, o compartilhamento deve ser formalizado e registrado, especificando a base legal, a finalidade, e a duração do tratamento. É essencial que os dados compartilhados sejam limitados ao mínimo necessário para alcançar os objetivos propostos, em conformidade com o princípio da necessidade (ANPD, 2023, p. 29-30).

Além disso, a transparência é um aspecto crucial no compartilhamento de dados pelo Poder Público. As entidades governamentais devem disponibilizar informações claras e acessíveis

sobre a natureza e a finalidade do compartilhamento de dados, bem como sobre os direitos dos titulares e os meios para exercê-los. A divulgação dessas informações contribui para a confiança do público e para a promoção de uma administração pública mais aberta e responsável (Botelho e Camargo, 2021, p. 13).

Os agentes de tratamento, assim como qualquer pessoa envolvida nas fases do ciclo de vida do tratamento de dados pessoais, têm a obrigação de garantir a segurança da informação para proteger os dados pessoais, uma vez que ambos estão diretamente interligados. De acordo com o art. 46 da LGPD, a proteção dos dados pessoais é alcançada por medidas de segurança, técnicas e administrativas:

Art. 46 Os agentes de tratamento devem adotar **medidas de segurança, técnicas e administrativas** aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito (grifo nosso) (Brasil, 2019)

As medidas de segurança devem ser observadas desde a fase de concepção, passando por todo o ciclo de vida de tratamento do dado. A privacidade desde a concepção é feita por meio de medidas como a adoção de altos padrões de privacidade, a emissão de avisos claros e o desenvolvimento de interfaces amigáveis que promovem o empoderamento dos titulares. Capacitar os titulares a assumir um papel ativo no gerenciamento de suas informações pessoais pode ser uma das maneiras mais eficazes de prevenir abusos e o uso indevido dos dados. O respeito à privacidade dos titulares é garantido pelos seguintes aspectos: consentimento ou hipótese de tratamento previsto em lei, precisão, por meio de dados completos e atualizados para cumprir finalidades específicas, acesso dos dados pelos titulares, bem como de seu uso e divulgação e conformidade (Guia de Boas Práticas, 2020).

O cumprimento da LGPD no contexto da administração pública representa um avanço na gestão e proteção das informações dos cidadãos, ao estabelecer diretrizes que integram transparência, segurança e respeito aos direitos dos titulares de dados. A LGPD exige que o setor público adote práticas rigorosas para o tratamento de dados, especialmente no que tange ao uso compartilhado de informações, ao direito de correção, eliminação e portabilidade, bem como à implementação de medidas de segurança robustas. Dessa forma, a Lei não apenas promove uma cultura de responsabilidade e respeito pela privacidade dos cidadãos, mas também contribui para a eficiência e a confiança na administração pública, ao alinhar-se aos princípios democráticos e de boa governança.

5 A PERCEPÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM MUNICÍPIOS DO MEIO-OESTE CATARINENSE

A aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no setor público brasileiro envolve não apenas a adaptação de processos administrativos, mas também a conscientização e o envolvimento dos agentes públicos. Compreender como esses profissionais percebem e interpretam os impactos da LGPD é essencial para avaliar o grau de adesão às normas, os desafios práticos enfrentados e o nível de conhecimento sobre os direitos e deveres que a Lei impõe. Este capítulo apresenta uma pesquisa de campo realizada com servidores públicos de diversas áreas da Administração Pública, buscando capturar as percepções, experiências e preocupações que permeiam o cotidiano da implementação da LGPD no serviço público.

Foi aplicado um questionário a vinte e dois agentes públicos voluntários de quatro cidades catarinenses – Catanduvas, Jaborá, Herval d'Oeste e Zortéa – por meio da plataforma Google Forms. A coleta de dados ocorreu entre os dias 23 a 30 de outubro de 2024 e dentre os cargos/funções ocupados pelos entrevistados, estão: Secretário(a) Municipal de Assistência Social, Secretário(a) Municipal de Controle Interno, Secretário(a) Municipal de Finanças, Tesoureiro(a), Contador(a), Auxiliar Administrativo, Diretor(a) Geral de Patrimônio, Licitações e Contratos, Chefe de Departamento, Chefe de Departamento/Contabilidade, Diretor(a) de Administração e Finanças, Chefe de Gabinete, Professor(a), Médico(a) e Fisioterapeuta.

O questionário foi composto de sete perguntas obrigatórias, a serem respondidas de maneira subjetiva, a saber:

1. Você sabe o que é a Lei Geral de Proteção de Dados e como ela se aplica na Administração Pública?
2. Você recebeu algum treinamento ou orientação sobre a Lei Geral de Proteção de Dados?
3. Você efetua algum tipo de tratamento de dados pessoais ao desenvolver seu trabalho (coleta, classificação, utilização, acesso, arquivamento, avaliação etc)?
4. Dentre as seguintes bases legais “consentimento, legítimo interesse, cumprimento de obrigação legal e regulatória e execução de políticas públicas”, qual(is) você utiliza para o tratamento de dados pessoais? Cite um exemplo.
5. Qual a finalidade de uso desses dados?
6. Os dados pessoais com os quais você trabalha são compartilhados com outros setores?
7. Quais desafios/dificuldades você percebe no uso e compartilhamento de dados pessoais do titular?

Ao analisar os dados, os participantes variam no nível de conhecimento. Embora alguns afirmem conhecer a lei e sua aplicação

no contexto público, há respostas que indicam uma compreensão vaga/limitada ou, ainda, ausência de conhecimento, especialmente entre aqueles que não receberam orientação formal. A maioria dos entrevistados não recebeu treinamento específico sobre a LGPD, com apenas uma minoria confirmando ter tido alguma forma de capacitação. Houve, ainda, quem teve contato com o tema em cursos anteriores, como graduação ou pós-graduação, mas não diretamente relacionado às suas atividades atuais.

Em relação ao tratamento de dados pessoais, mais de 90% (noventa por cento) dos participantes afirmaram realizar atividades de tratamento, como coleta, acesso e arquivamento de dados. Apenas 9,09% (nove vírgula zero nove por cento) responderam que não realizaram qualquer tipo de tratamento de dados em suas funções.

As bases legais mencionadas incluem principalmente o “cumprimento de obrigações legais e regulatórias”, o “consentimento” e “a execução de políticas públicas”. A análise das respostas sobre a finalidade do uso dos dados pessoais revela uma diversidade de objetivos específicos de acordo com as funções de cada entrevistado na Administração Pública. Entre os entrevistados, foram mencionadas finalidades sociais, como avaliação e acompanhamento da superação de vulnerabilidades e viabilização de cadastro e assistência às famílias com necessidades específicas. No setor educacional, os dados são utilizados para fins de lista de presença e avaliação dos alunos. Nas áreas administrativas e financeiras, os dados são tratados para a efetivação de pagamentos e para a realização de contratações de empresas e pessoas físicas.

No setor de recursos humanos, o uso dos dados inclui o cadastro no sistema de folha de pagamento, envio de dados ao Tribunal de Contas do Estado (TCE) e ao sistema e-Social. No âmbito tributário são usados como base para vinculação de cobrança

tributária e para fins de lançamentos. Por fim, para os setores da saúde, os dados são registrados e arquivados em prontuários com o objetivo de acompanhar o atendimento dos usuários. Esses exemplos destacam como a finalidade do tratamento de dados varia conforme as responsabilidades e áreas de atuação dos entrevistados, visando o uso de dados com objetivos claros.

A análise das respostas sobre o compartilhamento de dados com outros setores revela que muitos realizaram essa prática, geralmente justificando-a por necessidades funcionais ou pela execução de políticas públicas. Alguns participantes destacam que o compartilhamento de dados é feito exclusivamente entre profissionais técnicos ou departamentos relacionados e apenas quando necessário para a conclusão de processos específicos ou desempenho de determinados atos, o que sugere um nível de cuidado para preservar a privacidade dos titulares. Outros mencionam situações de dependência funcional, onde o compartilhamento é vinculado e indispensável para a execução de suas atividades. Essa diversidade nas práticas de compartilhamento evidencia que o compartilhamento é frequente e, muitas vezes, necessário.

As respostas sobre os desafios e dificuldades no uso e compartilhamento de dados pessoais destacam uma série de preocupações dos entrevistados. Muitas apontaram a falta de treinamento específico e de orientação clara sobre a aplicação da LGPD como fontes de insegurança ao lidar com dados pessoais, temendo o uso inadequado ou o não cumprimento da legislação. Outros mencionaram práticas, como a resistência dos titulares no fornecimento de informações pessoais, especialmente devido ao receio de exposição ou uso indevido dos dados. Por fim, alguns relataram não encontrar nenhum desafio ou dificuldade no desempenho de atividades do seu setor.

A análise das respostas demonstra que grande parte dos agentes públicos que operam dados pessoais o faz sem treinamento ou capacitação específica sobre a legislação pertinente. Embora exista o reconhecimento da importância e relevância da LGPD e apesar de o tratamento de dados ser parte essencial das atividades dos entrevistados, ainda há desafios na adaptação às exigências da LGPD. Isso reforça a necessidade de estratégias de treinamento e medidas de apoio prático para melhorar o tratamento e a proteção dos dados pessoais, bem como para proporcionar maior segurança jurídica aos agentes públicos, garantindo, assim, maior confiabilidade e conformidade na aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no âmbito da Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) no âmbito da Administração Pública representa um importante avanço no que diz respeito à proteção da privacidade dos cidadãos. No entanto, como demonstrado ao longo deste estudo, ainda existem desafios significativos a serem enfrentados para que a implementação da Lei seja plenamente eficaz.

Uma das principais dificuldades enfrentadas pelo setor público está na conciliação entre a obrigação de publicidade dos atos administrativos e a necessidade de resguardar a privacidade dos dados pessoais. A Constituição Federal de 1988 estabelece a publicidade como um dos pilares da Administração Pública, o que muitas vezes entra em um conflito aparente com os requisitos de proteção de dados previstos na LGPD. A Lei permite que o poder público trate dados sem o consentimento do titular quando necessário para a execução

de políticas públicas ou o cumprimento de obrigações legais, mas essa exceção deve ser aplicada de forma cautelosa e proporcional, evitando o uso excessivo ou inadequado das informações pessoais. Assim, a Administração Pública deve adotar medidas técnicas e administrativas rigorosas para proteger os dados, garantir que o tratamento seja sempre adequado às finalidades específicas, e que a coleta de informações seja limitada ao estritamente necessário para o desempenho das suas funções institucionais, respeitando os princípios da finalidade, necessidade e adequação.

Além do mais, a pesquisa realizada com agentes públicos de municípios do meio-oeste catarinense revelou que a principal barreira para a efetividade da LGPD é a falta de capacitação e treinamento dos servidores. Esses obstáculos indicam que a LGPD, apesar de sua importância, ainda não é plenamente compreendida nem aplicada em sua totalidade no setor público, especialmente em municípios menores. É necessário que o governo promova uma maior conscientização sobre a Lei e invista em treinamentos contínuos para os agentes públicos, de forma a garantir que estes estejam preparados para lidar com as complexidades do tratamento de dados pessoais, além de protegê-los de possíveis responsabilizações pelo tratamento inadequado de dados.

Em suma, a plena implementação da LGPD na Administração Pública exige não apenas mudanças organizacionais e estruturais, mas também um compromisso contínuo com a educação e a capacitação dos agentes públicos. Somente assim será possível garantir que a Lei cumpra seu objetivo de proteger os direitos dos cidadãos, promovendo a transparência e a confiança no tratamento de dados pessoais pelo Estado, ao mesmo tempo em que fornece a segurança jurídica adequada para os agentes públicos exercerem suas funções.

REFERÊNCIAS

ANPD, 2023. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Tratamento de dados pessoais pelo poder público**: guia orientativo. Ed. 2.0 Brasília, DF. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/documentos-de-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf>. Acesso em: 01 jul 2024

BIONI, Bruno Ricardo; DA SILVA, Paula Guedes Fernandes; MARTINS, Pedro Bastos Lobo. **Intersecções e relações entre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei de Acesso à Informação (LAI)**: análise contextual pela lente do direito de acesso. Cadernos Técnicos da CGU, v. 1, 2022. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Cadernos_CGU/article/view/504/284 . Acesso em: 20 mai2023

BIONI, Bruno Ricardo. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais** [São Paulo]: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530992200. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 13jul. 2023

BOTELHO, Marcos César; CAMARGO, Elimei Paleari do Amaral. **O tratamento dedados pessoais pelo poder público na LGPD**. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), v. 9, n. 3, p. 549-580, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessoem: 7 mar. 2023.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Acesso à informação não pode ser prejudicado por conta de Lei de Proteção de Dados**. Agência Câmara deNotícias, publicado em 18/11/2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/828370-acesso-a-informacao-nao-pode-ser-prejudicado-por-conta-de-lei-de-protecao-de-dados-dizem-especialistas/>. Acesso em: 7 mar 2023.

BRASIL, Emenda Constitucional nº 115/2022. **Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 fev 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm#art1 Acesso em: 12 fev. 2023

BRASIL, Lei nº 12.965/2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 abr 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 12 fev. 2023

BRASIL, Lei nº 8.078/1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 12 fev. 2023

BRASIL, Lei n. 13.709/ 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm . Acesso em: 05 abr 2023

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 872.** Min. Rel. Carmen Lúcia. Brasília, DF, 14 ago 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=770163529> Acesso em: 15 fev 2024

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade 6387.** Min. Rel. Rosa Weber. Brasília, DF, 24 abr 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf> . Acesso em: 15 mar 2024

CRAVO, Daniela Copetti. **Direitos do titular dos dados no poder público:** análise da portabilidade de dados. Revista da ESDM, v. 6, n. 11, p. 51-61, 2020.

DI BIASE, Nicholas Furlan; AGUILERA, Daniel Fortes. **Dificuldades interpretativas no regime de tratamento de dados pelo poder público:** lacunas, contradições e atecnias da lgpd. Revista Eletrônica da PGE-RJ, v. 4, n. 2, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 37ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. ISBN 9786559649440. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649440/>. Acesso em: 25 out. 2024.

DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel. **Estudos sobre Proteção de Dados Pessoais**. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. Disponível em: [https://bds.minhabiblioteca.com.br/epub/b047708c-68e3-4ea7-86d1-](https://bds.minhabiblioteca.com.br/epub/b047708c-68e3-4ea7-86d1-d15cb5086522?title=Estudos%20Sobre%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20De%20Da%20dos%20Pessoais)

[d15cb5086522?title=Estudos%20Sobre%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20De%20Da dos%20Pessoais](https://bds.minhabiblioteca.com.br/epub/b047708c-68e3-4ea7-86d1-d15cb5086522?title=Estudos%20Sobre%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20De%20Da%20dos%20Pessoais) Acesso em: 12 fev. 2023

FINKELSTEIN, Maria Eugenia; FINKELSTEIN, Claudio. **Privacidade e lei geral de proteção de dados pessoais**. Revista de Direito Brasileira, v. 23, n. 9, p. 284-301, 2019.)

FREITAS, Cinthia Obladen De Almendra; REZENDE, Laura Wihby. **A Aplicação Da Lei Geral De Proteção De Dados Pessoais Na Administração Pública Indireta:** O Consentimento E O Tratamento De Dados. Lex Humana (ISSN 2175-0947), v. 15, n.4, p. 566-589, 2023.

GARRIDO, Patricia P. **Proteção de dados pessoais:** comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD). [São Paulo]: SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786555599480. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599480/>. Acesso em: 30 jun. 2024.

GASIOLA, Gustavo Gil; MACHADO, Diego; MENDES, Laura Schertel. **A administração Pública entre transparência e proteção de dados**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Ed. RT, ano, v. 30, p. 179-201.

GUERREIRO, Ruth Maria; TEIXEIRA, Tarcísio. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**: comentada artigo por artigo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Disponível em: <https://bds.minhabiblioteca.com.br/epub/2463f315-19d3-429f-9002-2536ff7f9041?title=Lei%20Geral%20De%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20De%20Da%20dos%20Pessoais>. Acesso em: 30 jun. 2024.

KORKMAZ, Maria Regina Rigolon; SACRAMENTO, Mariana. **Direitos do titular dedados**: potencialidades e limites na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Revista Eletrônica da PGE-RJ, v. 4, n. 2, 2021.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **ANPD e LGPD**: Desafios e perspectivas . [Digite o Local da Editora]: Grupo Almedina, 2021. E-book. ISBN 9786556272764. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272764/>. Acesso em: 28 jun. 2024.

LIMBERGER, Têmis. **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei de Acesso à Informação Pública (LAI)**: um diálogo (im) possível? As influências do direito europeu. Revista de Direito Administrativo, v. 281, n. 1, p. 113-144, 2022.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais**: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD) 4. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022. Disponível em: <https://bds.minhabiblioteca.com.br/epub/965752c-3-0d5b-4081-bfce-e97aa0ac2e09?title=Prote%C3%A7%C3%A3o%20De%20Dados%20Pessoais> .Acesso em: 25 mai 2023

RODARTE, Ana Paula Muggler; CONDÉ, Yago. **O regime jurídico de proteção dedados pessoais na Administração pública**. Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. Vol.18 N.1 Ano 2021

SOLER, Fernanda Galera. **Proteção de Dados**: reflexões práticas e rápidas sobre a LGPD. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: <https://bds.minhabiblioteca.com.br/epub/88822513-2c67-4440-a9bd-4331ee311959?title=Prote%C3%A7%C3%A3o%20De%20Dados:%20Reflex%C3%B5es%20Pr%C3%A1ticas%20E%20R%C3%A1pidas%20Sobre%20A%20Lgpd> . Acesso em: 12 mai 2023

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo**. (Coleção esquematizada®). [São Paulo]: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9788553622719. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553622719/>. Acesso em: 06 jul.2023.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira**. São Paulo: Grupo Almedina, 2021. E-book. ISBN 9786556271705. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556271705/>. Acesso em: 22 out. 2024.

VIEIRA, Lucas Pacheco. **Direitos Do Titular De Dados Pessoais No Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Revista dos Tribunais| vol, v. 1058, n. 2023, p. 119-140, 2023.

DE SOUSA, Rosilene Paiva Marinho; DA SILVA, Paulo Henrique Tavares. **Proteção de dados pessoais e os contornos da autodeterminação informativa**. Informação & Sociedade, v. 30, n. 2, 2020.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O ELEMENTO SUBJETIVO E AS IMPLICAÇÕES NA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE APÓS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 14.230/21

Fabiana Coradi¹

Magda Cristiane Detsch da Silva²

RESUMO

O presente trabalho aborda as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), com ênfase na análise do elemento subjetivo e suas implicações na responsabilização dos agentes públicos. A pesquisa, de natureza qualitativa, baseou-se em revisão bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, visando compreender as mudanças legislativas e os seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. Entre as principais modificações está a exclusão da modalidade culposa e a necessidade de comprovação de dolo específico para a configuração dos atos de improbidade administrativa. Com isso, questiona-se se a nova exigência dificulta a responsabilização dos agentes públicos e compromete a eficácia da Lei no combate à corrupção e à má gestão. O estudo busca analisar, ainda, como o entendimento doutrinário e jurisprudencial tem se posicionado diante das novas disposições legais. Os resultados indicam que a introdução do dolo específico trouxe maior segurança jurídica aos agentes públicos, ao reduzir as ações infundadas e proteger os gestores de acusações por meros erros administrativos. No entanto, a exigência de prova mais rigorosa para o dolo específico também impôs desafios práticos para a punição de condutas desonestas, especialmente quando não há provas diretas da intenção ilícita. Extrai-se que, embora a reforma legislativa tenha aumentado a segurança jurídica para os agentes públicos, ela pode, em certos casos, comprometer

¹ Discente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Email: fabicoradi5@gmail.com

² Docente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Email: magda.dasilva@unoesc.edu.br

a eficácia dos mecanismos de controle, exigindo uma avaliação deveras dificultosa das provas para garantir a devida responsabilização.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa; Lei nº 8.429/1992; Lei nº 14.230/2021; Dolo Específico; Responsabilização.

1 INTRODUÇÃO

A improbidade administrativa é uma figura central no Direito Administrativo brasileiro, concebida para garantir a probidade, a moralidade e a transparência no exercício das funções públicas. Regulada pela Lei nº 8.429/1992, também conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), esse instituto tem como objetivo principal a proteção do patrimônio público e o combate a comportamentos que comprometam a ética no exercício da administração pública. Desde sua promulgação, a LIA foi um instrumento eficaz no combate à corrupção e à má gestão, permitindo a responsabilização de agentes públicos que praticassem atos contrários aos princípios da Administração Pública, causassem dano ao erário ou se beneficiassem de enriquecimento ilícito.

Ao longo das quase três décadas de vigência da Lei nº 8.429/1992, verificou-se uma expansão do entendimento sobre as condutas que poderiam configurar atos de improbidade administrativa. Nesse contexto, a responsabilização não exigia necessariamente a comprovação de dolo, sendo permitida a responsabilização por culpa grave, o que incluía atos cometidos com negligência, imprudência ou imperícia. Esse entendimento mais abrangente proporcionava maior flexibilidade para o Judiciário e o Ministério Público na busca pela responsabilização de agentes públicos. Entretanto, tal amplitude também gerava incertezas e insegurança jurídica, especialmente no que tange à distinção entre erros administrativos e atos de improbidade,

o que frequentemente resultava na punição de agentes por condutas culposas, sem clara intenção de lesar o patrimônio público ou violar os princípios da Administração Pública.

Nesse cenário, a promulgação da Lei nº 14.230/2021, que reformou substancialmente a LIA, trouxe profundas alterações, especialmente no que diz respeito à configuração do elemento subjetivo necessário para a responsabilização por atos de improbidade administrativa. A principal mudança promovida pela nova Lei foi a exclusão da modalidade culposa, estabelecendo a exigência de dolo específico para a caracterização dos atos de improbidade. Tal modificação impactou diretamente a forma como os agentes públicos são responsabilizados, uma vez que a nova norma passou a exigir que, além de agir de forma voluntária, o agente tenha a intenção deliberada de causar prejuízo ao erário, violar os princípios da Administração Pública ou obter enriquecimento ilícito.

A reforma legislativa representa uma mudança paradigmática no tratamento jurídico da improbidade administrativa, gerando intensos debates na doutrina e na jurisprudência. De um lado, argumenta-se que a exigência de dolo específico reforça a segurança jurídica, evitando que atos meramente culposos, sem intenção de lesar o erário ou violar a moralidade administrativa, sejam punidos com as severas sanções previstas na LIA. Por outro lado, críticos apontam que a nova exigência pode dificultar a responsabilização de agentes públicos, uma vez que a comprovação do dolo específico é mais complexa e envolve um elevado ônus probatório, o que poderia, em última instância, enfraquecer o combate à corrupção e à má gestão pública.

Nesse contexto, a presente pesquisa insere-se na análise das alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021, com foco específico no elemento subjetivo e suas implicações na responsabilização dos agentes públicos. A exigência de dolo específico, ao retirar

a possibilidade de punição por culpa, trouxe um novo desafio interpretativo e prático para o sistema de controle da Administração Pública, exigindo uma análise mais cuidadosa das condutas dos agentes para que seja demonstrada a intenção deliberada de causar um resultado ilícito.

A metodologia adotada neste trabalho foi de natureza qualitativa, fundamentada em revisão bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial. A pesquisa foi construída a partir da análise de obras jurídicas, artigos científicos, decisões judiciais e legislação pertinente ao tema, com o objetivo de fornecer uma compreensão ampla e crítica das mudanças legislativas e suas implicações. A revisão de jurisprudência também foi essencial para identificar como os tribunais vêm aplicando as novas disposições da Lei de Improbidade Administrativa, especialmente no que diz respeito à exigência de dolo específico.

O objetivo geral deste estudo é compreender as principais alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa, com especial ênfase na análise do elemento subjetivo e suas implicações para a responsabilização dos agentes públicos. A pesquisa busca examinar como a nova exigência de dolo específico afeta a tipificação de atos de improbidade e, consequentemente, a eficácia da lei no combate à corrupção e à proteção do patrimônio público.

Para alcançar esse objetivo geral, foram definidos os seguintes objetivos específicos: (i) compreender a natureza, o conceito e as bases legais da improbidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, destacando sua importância no contexto da proteção à probidade e à moralidade no exercício da função pública; (ii) analisar as disposições da Lei nº 8.429/1992 à luz das modificações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021, com foco nas mudanças referentes ao elemento subjetivo; e (iii) investigar como a exigência de

dolo específico influencia a caracterização de condutas ímprobas e as consequências dessa mudança para a responsabilização dos agentes públicos.

O problema de pesquisa que norteia este trabalho questiona se a eliminação da improbidade culposa e a exigência de dolo específico dificultam a caracterização de atos de improbidade administrativa e, por conseguinte, a responsabilização dos agentes públicos. A necessidade de demonstrar a intenção deliberada de praticar atos ímprobos impõe novos desafios ao sistema de controle da Administração Pública, pois exige uma maior sofisticação na coleta de provas e uma análise mais detalhada das condutas dos agentes. O estudo busca, portanto, avaliar se essas mudanças legislativas contribuem para o fortalecimento da segurança jurídica dos agentes públicos ou se, ao contrário, podem comprometer a efetividade da Lei de Improbidade Administrativa no combate à corrupção e à má gestão pública.

A relevância deste tema se justifica pela importância da Lei de Improbidade Administrativa como ferramenta de controle da Administração Pública e pela necessidade de um equilíbrio entre a proteção do patrimônio público e a garantia de segurança jurídica para os agentes públicos. Ao analisar as mudanças trazidas pela Lei nº 14.230/2021, especialmente no que se refere ao elemento subjetivo, este trabalho contribui para o debate sobre os limites e as potencialidades da nova legislação, proporcionando uma reflexão crítica sobre o papel do Direito Administrativo na promoção da probidade no setor público.

2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA, NATUREZA JURÍDICA E BASES LEGAIS NO DIREITO BRASILEIRO

A improbidade administrativa, enquanto conceito jurídico, ocupa um papel central no ordenamento brasileiro, sendo regulada pela Constituição Federal e pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). Esta figura jurídica visa proteger a integridade e a moralidade da Administração Pública. Com o passar do tempo, o conceito de improbidade evoluiu, ampliando sua compreensão e suas bases normativas, especialmente após as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021. Assim, torna-se indispensável compreender as raízes históricas, o conceito e a natureza jurídica da improbidade administrativa, além de suas bases legais, para avaliar adequadamente seu papel na responsabilização de agentes públicos.

Etimologicamente, o termo “probidade”, derivado do latim *probitate*, refere-se a algo que é bom, estando diretamente associado à honradez, honestidade e integridade (Michaelis, 2015). Ser *probo* é ser honesto, respeitador dos valores éticos que regem a vida em sociedade. Por outro lado, a improbidade (do latim, *improbitas*) indica algo mau, de má qualidade e significa falta de probidade, desonestidade, imoralidade (Michaelis, 2015). A improbidade retrata comportamentos desonestos, usualmente ofensivos aos direitos de outrem (Carvalho Filho, 2019, p. 95).

Diverge a doutrina a respeito da definição da (im)probidade administrativa. Alguns autores sustentam que a probidade é um subprincípio da moralidade administrativa (Martins Junior, 2009, p. 101). Outros, afirmam que a moralidade é princípio constitucional e

que a improbidade resulta da violação deste princípio (Di Pietro, 2024, p. 909).

Há uma íntima ligação entre a moral e o “bom administrador”, que é aquele que conhece as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto (Meireles, 2007, p. 90). Ademais, a improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem (Silva, 2005, p. 669).

Inobstante a dificuldade da conceituação da improbidade administrativa, ela pode ser entendida como um ato ilícito doloso cometido por um agente público ou terceiro contra entidades públicas e privadas que gerenciam recursos públicos, podendo resultar em enriquecimento ilícito, lesão ao erário e violação dos princípios da Administração Pública (Oliveira, 2024, p. 876). A tipificação da improbidade depende, pois, da demonstração da má-fé ou da desonestidade, do elemento subjetivo do infrator, não se limitando à mera ilegalidade ou irregularidade, mas também da grave lesão aos bens tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa (Neves e Oliveira, 2021, p. 4, 2022, p. 22).

Outrossim, importante destacar que os indivíduos possuem o direito subjetivo à probidade administrativa. Trata-se de direito de terceira geração caracterizado por ser universal e coletivo, com titularidade indefinida e indeterminável. Apesar de ser um direito fundamental atribuível a um indivíduo, sua proteção beneficia toda a sociedade, que é, afinal, a destinatária da função do Estado (Carvalho Filho, 2019, p. 95; Costa e Barbosa, 2023, p. 27).

Até o advento da Constituição Federal de 1988, a improbidade administrativa era considerada infração prevista somente para agentes políticos³, enquanto para os demais agentes, punia-se

³ Art. 54 São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra: [...] 6º) a probidade da administração; [...] (grifo nosso). BRASIL. [Constituição (1891)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1891. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 fev. 1891.

apenas o enriquecimento ilícito no exercício do cargo⁴. Com a inserção do princípio da moralidade na Constituição Federal, reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público, sua exigência foi estendida a toda a Administração Pública, e a improbidade passou a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos, abrangendo infrações além do enriquecimento ilícito (Brasil, 1988).

Entre as disposições introduzidas pelo Texto Constitucional, destaca-se o artigo 37, § 4º⁴, o qual estabelece as medidas aplicáveis aos agentes ímprobos, cuja forma e gradação serão disciplinadas por lei, além da ação penal cabível (Brasil, 1988).

Assim, mediante norma de eficácia limitada, a Constituição Federal abriu caminho para que o legislador ordinário criasse uma lei específica para regulamentar e sancionar os atos de improbidade, sistematizando esse instituto. Nesse contexto, foi promulgada a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) – Lei nº 8.429/1992 que, mesmo diante de substanciais alterações legislativas, vigora até os dias atuais, dispondo sobre os autores, as sanções e os mecanismos de apuração e de punição na improbidade administrativa.

A LIA tem natureza jurídica de lei nacional, vez que é aplicável simultaneamente em todos os âmbitos federativos. A abrangência

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 13 mai. 2024.

⁴ Art. 141, §31 [...] A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica (grifo nosso). BRASIL. [Constituição (1946)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1946. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 set. 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 13 mai. 2024.

⁵ Art. 37, § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. BRASIL. [Constituição (1988)].

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 7 jun. 2024.

nacional decorre das matérias tratadas pela Lei, que têm natureza primordialmente civil ou política, além de normas processuais e sancionatórias, todas incluídas na competência legislativa privativa da União, conforme art. 22, I, da Constituição Federal (Brasil, 1988). Excepcionalmente, os dispositivos da Lei que possuem conteúdo eminentemente administrativo serão considerados normas específicas ou federais, aplicáveis apenas à União. Assim, é preciso reconhecer a autonomia dos entes federados para elaboração de suas próprias normas em matéria administrativa, posto que a Constituição Federal não reconheceu a competência da União para fixação de normas gerais sobre o tema (Oliveira, 2024, p. 876).

O microssistema normativo da improbidade administrativa tutelar a organização do Estado e o desempenho de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, abrangendo, para tanto, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além da administração direta e indireta de todos os entes federativos (Brasil, 1992).

Por questão didática, pode-se classificar os seguintes pontos principais na disciplina da Lei de Improbidade Administrativa: 1- configuração jurídica do ato de improbidade; 2- o sujeito passivo; 3- o sujeito ativo; 4- a tipologia da improbidade; 5- as sanções e medidas aplicáveis; 6- o procedimento administrativo; 7- o procedimento judicial (Carvalho Filho, 2023, p. 923).

Devido à natureza complexa da improbidade, aplicam-se os pressupostos e princípios atinentes aos diversos ramos do direito, na medida em que sejam aplicáveis. Neste sentido, o art. 1º, § 4º da Lei de Improbidade dispõe expressamente que aplicam-se ao sistema de improbidade administrativa os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador (Brasil, 1992). Este, em essência, regula o sistema de infrações e sanções administrativas, cujos princípios

reguladores, frequentemente, são os mesmos aplicáveis ao regime do Direito Penal. Entre esses princípios, destacam-se a proibição de provas ilícitas, o devido processo legal, a garantia do contraditório e da ampla defesa, a presunção de inocência, a individualização sancionatória e a competência da autoridade punitiva (Almeida, 2022, p. 303).

Inobstante sejam aplicados os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema de improbidade, o Supremo Tribunal Federal já fixou entendimento de que o ilícito de improbidade administrativa é considerado um ilícito civil, ou seja, tem natureza extrapenal (Brasil, 2005). Nessa esteira, o procedimento adequado para aplicar as sanções previstas no art. 37, §4º, da Constituição Federal é o processual civil, sem prejuízo da ação penal cabível (Di Pietro, 2024, p. 915). Para que determinada conduta seja caracterizada como um ato de improbidade administrativa, passível de acarretar as medidas sancionatórias respectivas, são necessários alguns elementos essenciais, tais como, sujeito passivo, sujeito ativo, ato danoso previsto em lei e dolo como elemento subjetivo (Di Pietro, 2024, p. 918).

Sujeito passivo é aquele que sofre os efeitos do ato de improbidade, a “vítima”. Podem ocupar esta condição as pessoas jurídicas da administração pública direta e indireta, as entidades privadas que recebam subvenção, benefício ou incentivo, provenientes de entes públicos ou governamentais, e as entidades privadas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra (Brasil, 1992).

Sujeito ativo é aquele que pratica o ato de improbidade. O autor ímprobo que perpetra a conduta é, como regra, um agente público, eis o que dispõe o art. 2º da Lei nº 8.429/1992⁶. Ainda, consoante teor do parágrafo único do referido artigo, também poderá figurar como sujeito ativo o agente público por equiparação, isto é, o particular,

pessoa física ou jurídica, que mediante vínculo com a Administração Pública, seja beneficiado e/ou faça a gestão de recursos públicos. Admite-se, também, a sujeição de particulares às penalidades da LIA desde que, dolosamente, induzam ou concorram para a prática do ato ímprobo (Brasil, 1992).

Com relação a tipologia, a LIA adotou o critério *ratione materiae*, ou seja, classificou os atos de improbidade administrativa de acordo com os valores ofendidos por eles. O legislador empregou uma técnica pouco comum na definição das condutas de improbidade, escolhendo mencionar no *caput* as condutas genéricas e fundamentais relacionadas aos valores protegidos, enquanto nos incisos detalhou as condutas específicas, todas estas abrangidas por àquelas (Carvalho Filho, 2019, p. 97).

Os atos de improbidade administrativa encontram-se tipificados gradativamente em relação a sua gravidade nos arts. 9º (enriquecimento ilícito), 10 (dano ao erário) e 11 (violação aos princípios da Administração) da Lei nº 8.429/1992⁵, sendo os primeiros de rol exemplificativo e o último de rol taxativo. Logo, ainda que o ato não se enquadre nas hipóteses expressas dos incisos dos arts. 9º e 10, irá incorrer em improbidade administrativa aquele que cometer ato que se amolde ao seu *caput*. Os atos que acarretam enriquecimento ilícito (art. 9º da LIA) referem-se às condutas dolosas que resultem em qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade, em qualquer das entidades mencionadas no art. 1º da LIA. O recebimento da vantagem patrimonial indevida, quando do exercício da função

⁵ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei. BRASIL, Lei nº 8.429/1992. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 jun 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 17 jun. 2024

pública, é pressuposto para a configuração do enriquecimento ilícito, independentemente da ocorrência de dano ao erário (Oliveira, 2024, p. 886).

O elenco exemplificativo que abrange os doze incisos do art. 9º retrata a maioria das hipóteses concebíveis de enriquecimento ilícito. Outrossim, conforme leciona Justen Filho (2023, p. 808), por tratarem-se de situações heterogêneas, é possível dividi-las em subgrupos, a saber: atos de percepção de vantagens indevidas de terceiros (art. 9º, incisos I, II, III, V, VI, IX e X), atos de apropriação indevida de bens ou serviços (art. 9º, incisos IV, XI e XII), atos em conflito de interesses (art. 9º, inciso VIII) e atos evidenciadores de enriquecimento sem justificativa (art. 9º, inciso VII).

Os atos que causam lesão ao erário, consagrados no art. 10 da LIA, relacionam-se à ação ou omissão dolosa, que acarreta efetiva e comprovada perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da Administração Pública e demais entidades citadas no art. 1.º da LIA. Trata-se de infração que envolve elemento material de resultado, ou seja, sem prejuízo ao erário, não há que se falar na infração do art. 10. Esse tipo genérico vem acompanhado dos tipos específicos arrolados nos vinte e um incisos do dispositivo (Brasil, 1992).

O termo “perda patrimonial” constitui gênero, do qual são espécies: o desvio, que indica o direcionamento indevido de bens ou haveres, a apropriação, que refere-se a transferência indevida da propriedade, o malbaratamento, que significa desperdiçar, dissipar, e a dilapidação que sugere a destruição, o estrago (Carvalho Filho, 2023, p. 935).

Os atos ímprobos que violam os princípios da Administração Pública dizem respeito à conduta dolosa, comissiva ou omissiva, que viole os deveres de honestidade, imparcialidade e de legalidade, nos

termos do art. 11 da LIA (Brasil, 1992). Ademais, exige-se, para que haja sancionamento, lesividade relevante ao bem jurídico tutelado, sendo dispensável para caracterização da infração o enriquecimento ilícito e o dano ao erário. (Oliveira, 2024, p. 886-892).

A Lei nº 8.429/1992 relaciona, no art. 12, incisos I a III, as sanções aplicáveis no caso de condenação pela prática de atos de improbidade. Em verdade, cada artigo refere-se ao sancionamento de uma categoria de atos (por enriquecimento ilícito, por prejuízo ao erário e por atentado contra os princípios da Administração Pública), diferenciando-se basicamente no que tange ao quantitativo de algumas sanções ou ao período de sua duração. São modalidades de sanções: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público, proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente e ressarcimento integral do dano (Carvalho Filho, 2019, p. 100).

As sanções, como visto, caracterizam-se pela grande heterogeneidade. Em algumas se sobressai o aspecto político, como a suspensão dos direitos políticos, outras têm caráter eminentemente civil, como a perda de bens, o ressarcimento do dano e o pagamento de multa civil. Há aquelas em que há nítido cunho disciplinar- funcional, como a perda da função pública. Outras, por fim, evidenciam a natureza administrativa, como a proibição de contratar ou receber benefícios do Poder Público. A natureza civil e política das medidas sancionatórias é reforçada pelo fato de que podem ser aplicadas a particulares que não se enquadram como servidores ou agentes públicos, e sobre os quais a Administração Pública não teria autoridade para exercer o poder disciplinar (Carvalho Filho, 2024, p. 939-940).

O *caput* do art. 12 da LIA dispõe que as sanções de improbidade administrativa são aplicáveis independentemente das sanções penais comum e de responsabilidade, civis e administrativas, previstas em legislação específica (Brasil, 1992). Todavia, importante destacar, que em obediência ao princípio da vedação à duplicidade punitiva (*ne bis in idem*), não é lícito aplicar duas sanções idênticas ao sujeito ativo pela prática do mesmo ato (Justen Filho, 2024, p. 796).

Para apuração da prática de ato de improbidade, os art. 14 a 16 da LIA regulamentam o procedimento administrativo. Conforme o art. 14, qualquer pessoa pode representar à autoridade administrativa competente para que seja iniciada uma investigação destinada a apurar a prática do ato de improbidade. Atendendo aos requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos, seguindo a legislação que regula o processo administrativo disciplinar aplicável ao agente. Segundo o art. 15, a comissão processante informará ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas sobre a existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade (Brasil, 1992).

Se a representação não abranger as formalidades legalmente previstas, a autoridade administrativa poderá, por decisão fundamentada, rejeitá-la. Todavia, a negativa administrativa não impede que o interessado ofereça representação ao Ministério Público. Este, que também poderá agir de ofício ou a requerimento da autoridade administrativa, possui atribuição para instaurar inquérito civil ou procedimento investigativo assemelhado e requisitar a instauração de inquérito policial, nos termos do art. 22 da LIA (Alves, 2024, p. 328).

Quanto ao procedimento judicial, a LIA prevê uma ação de improbidade com regras processuais próprias, proibindo a aplicação das normas da ação civil pública e o uso da ação de improbidade para controlar a regularidade de políticas públicas. Ademais, o STF

declarou inconstitucional a inovação da Lei nº 14.230/2021, que atribuía exclusivamente ao Ministério Público a legitimidade ativa para promover a ação de improbidade. A Suprema Corte reconheceu a legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas lesadas para a propositura da ação de improbidade (Justen Filho, 2023, p. 814).

3 REFORMA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 8.429/1992 PELA LEI Nº 14.230/2021

A reforma da Lei de Improbidade Administrativa, promovida pela Lei nº 14.230/2021, trouxe transformações substanciais no tratamento jurídico dos atos de improbidade, especialmente no que concerne ao elemento subjetivo das condutas imputadas aos agentes públicos. Antes da reforma, a responsabilização por atos ímprobos abrangia tanto o dolo quanto a culpa, o que permitia uma maior flexibilidade na punição de agentes por suas ações ou omissões. Essa mudança representa uma verdadeira reestruturação do regime de responsabilização, sendo objeto de intensos debates na doutrina e nos tribunais quanto à sua adequação constitucional e aos efeitos práticos que trará para a aplicação da Lei. Assim, o presente capítulo visa examinar as principais alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021, discutindo seus impactos práticos e jurídicos na aplicação da LIA.

A reforma promovida pela Lei nº 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa (LIA) representa um marco significativo no Direito Administrativo brasileiro. Esta reforma não apenas atualizou dispositivos da Lei nº 8.429/1992, como também modificou profundamente a estrutura e o alcance da responsabilização por atos

de improbidade. Embora a numeração da Lei nº 8.429/1992 tenha sido formalmente mantida, seu conteúdo material foi intensamente transformado, configurando, na prática, uma nova lei sob a mesma numeração (Neves e Oliveira, 2021, p. 1).

De acordo com Di Pietro (2024, p. 916) e Mazza (2024, p. 272), dentre as principais alterações decorrentes da reforma da LIA, pode-se citar: exigência de dolo para configuração do ato de improbidade administrativa, excluindo a conduta ou omissão culposa, anteriormente prevista nos arts. 5º e 10; enumeração taxativa das hipóteses de ato de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11); prescrição no prazo de oito anos, com indicação expressa dos casos de suspensão e interrupção (art. 23, §§ 1º e 4º); e, previsão de prescrição intercorrente com prazo de quatro anos.

A alteração legislativa, por sua vez, ensejou a discussão acerca da constitucionalidade material de seus dispositivos. Tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 7236, ainda pendente de julgamento. O Ministro Relator Alexandre de Moraes, em decisão liminar *ad referendum* do plenário da Suprema Corte, em 27/12/2022, suspendeu a eficácia de cinco dispositivos legais da Lei nº 14.320/2021 (arts. 1º, § 8º, 12, § 1º, 12, § 10, 17-B,

§ 3º e 21, § 4º), que dispõem resumida e respectivamente sobre: a improbidade decorrente de divergência interpretativa de lei; o vínculo funcional do agente ativo do ato ímprobo na aplicação da sanção de perda de função pública nos casos de enriquecimento ilícito e dano ao erário; a contagem de prazo da sanção de suspensão dos direitos políticos; a oitiva do Tribunal de Contas competente para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido; e a (in)comunicabilidade entre as instâncias (Brasil, 2022).

O *caput* do art. 11 da nova LIA também está sendo impugnado na ADI 7236. A nova redação legislativa torna taxativo o rol de atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública, excluindo da abrangência da Lei outros atos que, embora contrários à probidade administrativa, não foram incluídos no rol do art. 11. Para Di Pietro (2024, p. 939), a inconstitucionalidade do dispositivo é flagrante, uma vez que restringe a aplicação do art. 37, § 4º da Constituição Federal.

Em contrapartida, os pedidos de declaração de inconstitucionalidade referentes ao art. 1º, §§ 1º, 2º e 3º, e 10 da LIA, os quais referem-se a revogação da previsão legal de ato de improbidade administrativa culposo, foram julgados prejudicados em sede liminar pelo Ministro Relator, uma vez que já estão abrangidos pela tese fixada no Tema 1199 da Repercussão Geral, que será detalhado adiante.

A relevância do elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa se dá pelo próprio objetivo do microssistema normativo da improbidade administrativa, qual seja, assegurar a probidade, a moralidade e a honestidade no âmbito da Administração Pública. Além do mais, não se admite responsabilidade objetiva no âmbito de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa desde a edição da Lei nº 8.429/92 (Souza, 2023, p. 10).

A redação inicial da Lei nº 8.429/1992 previa, no art. 10, a possibilidade de cometimento de improbidade administrativa por prejuízo ao erário na modalidade culposa, quando o agente não pretendesse atingir o resultado danoso, mas atuasse com negligência, imprudência ou imperícia:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou **culposa**, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens

ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] (Brasil, 1992) (grifo nosso).

As hipóteses dos arts. 9º e 11 eram omissas quanto à natureza do elemento subjetivo, todavia, tanto a doutrina quanto a jurisprudência⁶ manifestavam-se majoritariamente no sentido de que ambos os tipos demandavam o elemento dolo para sua caracterização. Além do mais, a conduta tipificada no art. 10 deveria ser eivada, no mínimo, de culpa grave. Como percebe-se, o exame da subjetividade da conduta do agente sempre foi fundamental na perquirição da improbidade, não bastando a simples existência de nexos causal entre ato e resultado delitivo.

Corroborando com esse entendimento, foi promulgada em 2018 a Lei nº 13.655 que adicionou, entre outros, o art. 28 à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), *in verbis* “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de **dolo ou erro grosseiro**.” (Brasil, 2018, grifo nosso). O art. 28 adicionado à LINDB reforçou a compreensão de que o agente público não poderia ser submetido às rigorosas penas da lei de improbidade devido à culpa leve ou levíssima. Esse novo dispositivo contribuiu para atualizar os parâmetros interpretativos da LIA, direcionando-os ainda mais para a diminuição de sua aplicação em casos de culpa.

Acerca da intenção do legislador ao reformar a LIA, a Comissão de Juristas para a Reforma da Lei de Improbidade Administrativa, na Câmara dos Deputados, sob a presidência do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Mauro Campbell Marques, consolidou as seguintes compreensões na exposição de motivos do anteprojeto:

⁶ “É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei nº 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário” BRASIL, 2015a, grifo nosso. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/jt.jsp>. Ed. nº 38 Acesso em: 16 mai. 2024

[...] da observação da realidade, não é dogmaticamente razoável compreender como ato de improbidade o equívoco, o erro ou a omissão decorrente de uma negligência, uma imprudência ou uma imperícia. Evidentemente tais situações não deixam de poder se caracterizar como ilícitos administrativos que se submetem a sanções daquela natureza e, acaso haja danos ao erário, às consequências da lei civil quanto ao ressarcimento. O que se compreende neste anteprojeto é que tais atos desbordam do conceito de improbidade administrativa e não devem ser fundamentado de fato para sanções com base neste diploma e nem devem se submeter à simbologia da improbidade, atribuída exclusivamente a atos dolosamente praticados [...] (Marques, 2018, p. 19).

Sob essa perspectiva, a improbidade, caracterizada pela má-fé, não pode ser compatibilizada com a mera culpa. Na ação ou omissão culposa, o agente falha no cumprimento de seus deveres de cuidado, resultando na produção de um resultado ilícito. Assim, mesmo que o indivíduo tenha contribuído para a ocorrência de um evento antijurídico, ele não agiu intencionalmente ou de forma consciente, mas sim por imprudência, imperícia ou negligência, violando um dever de cuidado objetivo que lhe era atribuído. De mais a mais, inobstante o entendimento da insuficiência da atuação culposa para caracterização de improbidade administrativa, isso não significa que tais condutas sejam aceitáveis. Pelo contrário, é perfeitamente possível, senão obrigatória, a punição de condutas irregulares e ilícitas, ainda que culposas, praticadas por agentes estatais (Carvalho Filho, 2023, p. 811).

No caso da Lei de Improbidade, a relevância do elemento subjetivo é ainda mais acentuada, pois o objetivo primordial do legislador constituinte é garantir a probidade, moralidade e honestidade no âmbito da Administração Pública. Sem a comprovação de, ao menos, má-fé, não é viável a aplicação de penalidades tão severas como a

suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública (Di Pietro, 2024, p. 927).

A Lei nº 14.230/2021, ao alterar a redação original da Lei nº 8.429/1992, passou a prever, de forma expressa e inequívoca, a exigência de dolo como elemento subjetivo caracterizador dos atos de improbidade administrativa: “Art. 1º [...] §1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas **dolosas** tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais” (Brasil, 1992, grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal ratificou a necessidade de dolo para caracterização de todo e qualquer ato de improbidade, em acórdão proferido no Tema 1.199⁷, sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, ao julgar agravo em recurso extraordinário ARE 843989. A escolha do legislador ao modificar a Lei de Improbidade Administrativa, suprimindo a modalidade culposa, foi clara e plenamente legítima, visto que é a própria Constituição Federal que atribui à legislação ordinária a competência para definir a forma e a tipificação dos atos de improbidade administrativa, bem como a graduação das sanções previstas constitucionalmente (CF, art. 37, §4º) (Brasil, 2023).

Ademais, diversos doutrinadores posicionam-se no sentido de o dolo ser elemento constitutivo do ato de improbidade administrativa, ou seja, integrar o próprio tipo do ilícito. Para Justen Filho (2023, p. 809), a improbidade pressupõe a atuação mal-intencionada preordenada ao alcance de um resultado conhecido como indevido. No mesmo

⁷ Tese: 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO [...] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário com agravo 843989. Tese 1.199. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Certidão de Trânsito em Julgado em 16 fev. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4652910&numeroProcesso=843989&classeProcesso=ARE&numeroTema=1199>. Acesso em: 19 mai. 2024.

sentido, dispõe Alves (2024, p. 206): “se improbidade é sinônimo de desonestidade, ninguém é desonesto por culpa, apenas por dolo”.

Outrossim, não se admite que a ineficiência e a inaptidão do gestor, por si só, sejam confundidas com improbidade. Apesar de sua gravidade, não se pode pressupor que uma gestão ineficiente seja resultado de desonestidade por parte do agente. Apenas na presença de indícios que comprovem o dolo, uma vez que este não se presume, é que se poderá imputar a prática de improbidade (Batista, 2024, p. 7). Destarte, sem um mínimo de má-fé não há que se cogitar a aplicação de penalidades tão severas (Di Pietro, 2024, p. 926).

O dolo é elemento essencial em várias áreas do direito, especialmente no Direito Penal, no qual representa o componente central da teoria do delito, existindo, portanto, maior profundidade teórica nessas doutrinas. Destarte, aproveitar todo o desenvolvimento doutrinário do Direito Penal parece ser a abordagem mais adequada a ser seguida pelo Direito Administrativo sancionador, considerando suas peculiaridades (Justen Filho, 2023, p. 921). Nessa seara, afirma Marques (2010, p. 26) que a culpabilidade, princípio norteador do Direito Penal, deve ter plena aplicação no campo do Direito Administrativo sancionador, segundo o qual a punição de qualquer pessoa depende do elemento subjetivo, não devendo ser aceita a responsabilização objetiva. Ademais, há previsão constitucional da responsabilidade subjetiva dos agentes públicos nas ações regressivas⁸, não sendo admitida, dessa forma, a responsabilidade objetiva (Carvalho Filho, 2023, p. 932).

⁸ Art. 37, § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (grifo nosso). BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 mai. 2024.

A necessidade de comprovação de intenção deliberada do agente público para a configuração de atos ímprobos introduz um critério mais rigoroso na responsabilização desses atos. Essa mudança traz à tona discussões sobre a adequação desse requisito para a proteção do patrimônio público e o combate à má gestão, além de suas implicações práticas para a aplicação da lei. Assim, a análise da necessidade de dolo específico torna-se essencial para compreender os novos contornos da improbidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro.

A LIA estabelece para a caracterização da improbidade o chamado dolo direto, identificado quando a vontade do agente é dirigida especificamente à produção do resultado típico. Nesse contexto, o dolo direto exige que o agente público atue com plena consciência e intenção deliberada de alcançar o resultado ilícito previsto na norma.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada a partir da interpretação da redação originária da LIA, bastaria o dolo genérico para caracterização da improbidade⁹, sendo este traduzido na vontade de praticar a conduta típica, sem qualquer finalidade especial (Capez, 2022, p. 113).

Todavia, com a Lei nº 14.230/2021, em seu art. 1º, § 2º, o legislador foi além e determinou o dolo caracterizador da improbidade administrativa como sendo “a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta lei, não bastando a voluntariedade do agente” (Brasil, 2021).

Nesse prisma, é importante esclarecer que voluntariedade e vontade não se confundem. A vontade necessariamente pressupõe

⁹ O ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 não requer a demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, mas exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico (grifo nosso). BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses, n. 11, ed. n. 40. Brasília, 05 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/11270/11399>. Acesso em: 11 jun. 2024.

uma conduta com resultado pretendido. Já a voluntariedade refere-se à capacidade de um movimento corporal e suas implicações poderem ser conduzidos a um ato voluntário, independentemente das consequências que o autor desejava produzir (Marques, 2010, p. 28). Destarte, extrai-se da alteração legislativa a determinação de que a voluntariedade – o *animus* de praticar a conduta - é insuficiente para caracterizar o dolo no contexto da improbidade (Castilho, 2021, p. 67).

Em suma, para que um ato seja tipificado como improbidade administrativa, a par de sua gravidade, deve restar comprovado o dolo específico do agente público no sentido de conscientemente querer praticar ato que importe em enriquecimento ilícito, cause prejuízo ao erário ou atente contra os princípios da Administração Pública. Neste sentido, o dolo específico é a vontade de praticar a conduta típica, visando a um fim especial previsto no tipo normativo (Capez, 2022, p. 113).

Na mesma esteira, outros dispositivos da LIA dispõem sobre a necessidade de que a intenção do agente esteja direcionada à realização de uma finalidade ilícita, configurando o dolo específico:

Art. 1º, § 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso **com fim ilícito**, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. [...] Art. 11, § 1º [...] somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovada na conduta funcional do agente público **o fim de obter proveito ou benefício indevido** para si ou para outra pessoa ou entidade (Brasil, 2021, grifo nosso)

O dolo específico, tanto no âmbito do Direito Penal quanto no Direito Administrativo sancionador, representa uma forma qualificada de dolo, que exige a comprovação de que o agente, além de querer praticar o ato ilícito, visa a um fim especial previsto na norma. Enquanto

o dolo genérico se satisfaz com a mera intenção de realizar a conduta tipificada, o dolo específico requer que o agente tenha a vontade direcionada à obtenção de um resultado ilícito particular (Nucci, 2024, p. 306).

A exigência de dolo específico reforça o princípio da culpabilidade, dando mostras de que a responsabilização não deve ser objetiva, mas subjetiva, afastando a possibilidade de responsabilização por meros erros de gestão, negligência, imperícia ou imprudência, e assegurando que a improbidade administrativa seja aplicada apenas em casos de condutas dolosas, que demonstrem má-fé ou desonestidade clara e deliberada. O Superior Tribunal de Justiça já manifestou-se no sentido de que a imputação por improbidade administrativa requer dolo específico:

[...] 4. O afastamento do elemento subjetivo de tal conduta dá-se em razão da dificuldade de identificar o dolo genérico, situação que foi alterada com a **edição da Lei n. 14.230/2021**, que conferiu tratamento mais rigoroso, ao estabelecer não mais o dolo genérico, **mas o dolo específico como requisito para a caracterização do ato de improbidade administrativa**, ex vi do seu art. 1º, §§ 2º e 3º, em que é necessário aferir a especial intenção desonesta do agente de violar o bem jurídico tutelado. [...] (Brasil, 2022, grifo nosso).

Alguns autores não coadunam com o entendimento do Tribunal Superior, argumentando que adotar a tese do dolo específico na caracterização da improbidade administrativa, especialmente nos casos de enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário, contraria diretamente o princípio da proibição de proteção deficiente. Esse princípio, viés do princípio da proporcionalidade, não permite uma proteção insuficiente de direitos fundamentais, seja pela exclusão de figuras típicas, pela imposição de sanções desproporcionais ao valor do bem jurídico

protegido, ou pela aplicação de medidas que favoreçam indevidamente os agentes responsáveis (Tourinho, 2022, p. 9).

4 O DOLO ESPECÍFICO E A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE ÍMPROBO

O elemento subjetivo dolo é fator essencial para a caracterização dos atos de improbidade administrativa após a alteração legislativa. A exigência de dolo nas condutas tipificadas pela LIA reflete a intenção do legislador em diferenciar as ações meramente ineficazes ou negligentes, ainda que graves, das que realmente possuem uma carga de desonestidade e má-fé. Com essa alteração, a improbidade administrativa na modalidade culposa foi extinta, restringindo a possibilidade de responsabilização apenas àqueles atos em que houver a clara intenção de praticar uma conduta ímproba.

A Lei nº 14.230/2021 foi além ao exigir o dolo *específico* para a responsabilização do agente ímprobo. Nesse sentido, fica evidenciado que a responsabilidade por improbidade requer uma análise detida da vontade do agente em causar o resultado ilícito, não bastando a simples verificação de uma conduta voluntária que, por si só, tenha causado dano. Diante disso, torna-se imprescindível avançar na discussão sobre o dolo específico, elemento subjetivo qualificado, que visa comprovar a intenção deliberada do agente ímprobo de atingir o resultado ilícito previsto na LIA. Tal conceito é o eixo central da responsabilização do agente público e será aprofundado a seguir, com foco nas implicações trazidas pela Lei nº 14.230/2021 para a delimitação do dolo específico como pressuposto para o cometimento de atos ímprobos abarcados pela Lei de Improbidade Administrativa.

A exigência de dolo com especial fim de agir estabelece um critério mais rígido para a configuração dos atos de improbidade administrativa. Diferentemente da configuração anterior, onde bastava o dolo genérico para a responsabilização, agora é necessário demonstrar que o agente público agiu com a intenção clara de alcançar um resultado ilícito. O dolo específico vai além da mera vontade de praticar o ato, exigindo uma intenção deliberada de obter enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou violação aos princípios da Administração Pública (Capez, 2022, p.113).

A alteração legislativa demanda do aplicador do direito um esforço crescente para comprovar a subsunção da conduta à norma. As condutas previstas no artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa não exigem um aprofundamento probatório mais extenso quanto ao elemento subjetivo do agente, uma vez que não há enriquecimento ilícito de forma culposa ou com finalidade diversa daquela prevista no tipo. Em contrapartida, os atos que resultam em prejuízo ao erário exigem a comprovação tanto do resultado naturalístico quanto do elemento subjetivo, a fim de distinguir o ato de improbidade da simples inaptidão do gestor. As condutas que afrontam os princípios, mesmo após o estabelecimento de rol taxativo, requerem o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade e evidências da lesividade relevante (Cremonesi e Cambi, 2024, p. 5).

Embora essa mudança tenha trazido maior precisão à tipificação dos atos de improbidade, ela também impõe desafios práticos para a responsabilização dos agentes ímprobos. A necessidade de demonstrar o dolo específico dificulta a obtenção de provas, uma vez que é preciso comprovar que o agente público não apenas agiu de forma ilícita, mas que sua conduta foi orientada para a obtenção de um resultado ilícito. Essa exigência eleva o grau de dificuldade na

caracterização da improbidade administrativa, o que pode resultar em uma menor efetividade das ações de responsabilização (Uchiyama, 2022, p. 6).

Da mesma forma, será necessário analisar as circunstâncias específicas da conduta do agente, incluindo seu conhecimento dos fatos, a existência ou não de recomendações técnicas (como as dos Tribunais de Contas) e as condições reais enfrentadas no momento da decisão. Todo o contexto envolvido deverá ser considerado para avaliar o elemento subjetivo. Em outras palavras, a verificação da presença ou ausência de dolo dependerá da análise das características externas e perceptíveis da conduta, investigando o significado da ação praticada, o que demandará uma análise mais aprofundada das provas e uma fundamentação adequada no julgamento das ações (Cortez, 2023, p. 11).

O aumento da dificuldade em comprovar o dolo específico pode resultar na impunidade de agentes que causem graves prejuízos ao erário. A análise detalhada das circunstâncias e a necessidade de provas robustas tornam o processo de responsabilização mais complexo, o que pode comprometer a eficácia da Lei na punição de atos ímprobos. A nova legislação, ao exigir esse nível elevado de prova, reduz as possibilidades de êxito em ações de improbidade, dificultando a responsabilização dos agentes que, embora tenham causado dano, não tiveram uma intenção específica comprovada (Uchiyama, 2022, p. 7).

A exclusão da improbidade na modalidade culposa também levanta questões importantes sobre a capacidade da nova legislação em combater de forma eficaz a corrupção e a má gestão pública, visto que atos negligentes ou imprudentes, embora danosos, deixam de ser passíveis de punição no âmbito da improbidade administrativa. Essa alteração pode, inclusive, comprometer a confiança da sociedade nas instituições públicas. Todavia, excluir, como regra, a presunção de conduta ímproba e a responsabilização objetiva não impede que se

busque garantir a proteção máxima aos bens jurídicos resguardados pelo *status* constitucional da probidade administrativa (Tourinho, 2022, p. 11).

Com efeito, o agente que concorrer culposamente para a dilapidação do erário continua submetido ao sancionamento por outras esferas. Ele ainda será responsável pelo ressarcimento de danos, consoante se depreende do art. 37, § 6º da Constituição Federal, pela responsabilização no âmbito administrativo, mediante instauração de processo administrativo disciplinar. Ademais, poderá ser ajuizada ação popular, por qualquer cidadão, com vistas a anular o ato lesivo ao patrimônio público e à moralidade administrativa e promover o respectivo pagamento de perdas e danos pelos responsáveis, bem como a ação de indenização por dano moral coletivo, a qual dispensa a aferição de responsabilidade subjetiva. Em síntese, a má atuação dos gestores é reprimida por inúmeros regramentos, sendo a Lei de Improbidade Administrativa apenas um deles (Batista, 2024, p. 12).

Em verdade, a reforma da LIA gerou várias controvérsias, especialmente no que tange ao seu impacto no combate à corrupção. Ao exigir a comprovação de dolo específico, a nova Lei pode dificultar a responsabilização de agentes desonestos, já que a prova da intenção deliberada se torna mais complexa. Essa mudança tem sido vista por alguns como um enfraquecimento dos mecanismos de punição de atos ímprobos, levantando debates sobre a eficácia da Lei em continuar combatendo de forma eficiente a corrupção no setor público (Fernandes, 2022, p. 4)

Sob outro vértice, como já mencionado, a inclusão do dolo específico como requisito para a responsabilização por improbidade administrativa contribui também para a segurança jurídica dos agentes públicos, ao delimitar com maior precisão as condutas passíveis de responsabilização. O agente, para ser responsabilizado, deve ter agido

com consciência e intenção de obter vantagem ilícita, causar prejuízo ao erário ou violar os princípios da Administração Pública, nos termos dos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Isso evita que a Lei seja aplicada de maneira indiscriminada e protege os agentes públicos de acusações injustas ou indevidas (Da Paz, 2023, p. 12).

Ao longo das quase três décadas desde a promulgação da Lei 8.429/92, observou-se uma espécie de tensão nas condutas dos agentes públicos, especialmente entre aqueles com maior discricionariedade, como os membros do Poder Executivo. O rigor excessivo que prevaleceu anteriormente, aliado aos abundantes mecanismos de controle, em algumas situações, levou até mesmo agentes honestos a se inibirem em suas ações, resultando, em certa medida, em uma atuação menos eficiente (Souza, 2023, p. 8). Trata-se do fenômeno denominado “apagão das canetas”, inserido na cultura do Direito Administrativo do Medo e no discurso do excesso punitivo, segundo o qual haveria uma paralisação dos agentes públicos por medo de decidir, em face do alto risco de responsabilização (Cremonezi e Cambi, 2024, p. 4).

Com a tutela exacerbada e a consequente inação dos agentes públicos diante do receio desencadeado pelas eventuais sanções aplicáveis pela prática de atos naturais ao exercício da Administração Pública, o interesse público, bem maior a ser resguardado, restava prejudicado. Nesse contexto, as alterações introduzidas pela Lei de Improbidade Administrativa (LIA) visam, além de sua função precípua de punir os agentes comprovadamente desonestos, conferir maior segurança jurídica ao agente público íntegro, de modo que este possa exercer suas funções sem o receio de que, por simples erro ou culpa, será sancionado nos termos da referida Lei (Souza, 2023, p. 8).

A exigência de dolo específico contribui igualmente para garantir a proporcionalidade das sanções impostas. A improbidade administrativa pode acarretar consequências severas ao agente ímprobo, como a perda do cargo público e a suspensão dos direitos políticos, sendo certo que o ressarcimento integral do dano causado não constitui sanção decorrente do ato de improbidade, mas sim uma consequência direta de sua ocorrência. Desta forma, a comprovação do dolo específico garante que tais sanções sejam reservadas apenas aos casos em que se verifique a intenção deliberada de praticar atos ímprobos (Da Paz, 2023, p. 12)

Está-se diante de duas vertentes que possuem argumentos plausíveis para sua validação. De um lado se assegura maior proteção aos agentes públicos e, de outro, pode-se estar limitando a responsabilização adequada de condutas prejudiciais à Administração Pública, enfraquecendo o combate à corrupção. Destarte, é necessário utilizar da ponderação para avaliar o que gera mais prejuízo à Administração Pública (Tourinho, 2022, p. 11).

Diante disso, é fundamental que a aplicação do dolo específico seja acompanhada de uma análise rigorosa e criteriosa das circunstâncias do caso e da conduta do agente, a fim de evitar interpretações que possam comprometer o combate à corrupção. A responsabilização dos agentes ímprobos deve garantir que aqueles que agem com má-fé ou desonestidade sejam devidamente punidos, sem criar obstáculos excessivos à proteção da Administração Pública. Assim, o equilíbrio entre a aplicação justa da lei e a proteção do interesse público deve ser a base para a interpretação e aplicação da Lei de Improbidade Administrativa em seu novo formato. Conforme destacado, a reforma da LIA, introduzida pela Lei nº 14.230/2021, consolidou várias disposições mais benéficas aos acusados de improbidade administrativa, como a eliminação da modalidade

culposa e a exigência de dolo específico para a caracterização dos atos ímprobos (Oliveira, 2023, p. 991).

Por sua vez, o princípio da retroatividade da lei penal, previsto no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”), não se aplica automaticamente à responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa. Isso ocorre pela ausência de previsão legal expressa e pelo risco de desrespeito às normas constitucionais rígidas que regem a Administração Pública, comprometendo a responsabilização de agentes públicos corruptos e enfraquecendo o Direito Administrativo sancionador (Brasil, 2023).

Ao revogar a modalidade culposa dos atos de improbidade administrativa, a Lei nº 14.230/2021 não instituiu qualquer forma de “anistia” geral para aqueles que, na vigência da redação inicial, foram condenados com base na culpa prevista no artigo

10. A Lei também não estabeleceu de forma expressa sua retroatividade, nem trouxe uma regra de transição que orientasse o intérprete na aplicação dessa revogação em contextos distintos, como processos em andamento, condenações ainda não transitadas em julgado e sentenças já transitadas em julgado (Brasil, 2023).

O Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema 1.199 da repercussão geral, ao julgar Agravo em Recurso Extraordinário (ARE 843989), fixou a seguinte tese:

[...] 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal¹⁰, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem

¹⁰ Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada [...] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 8 set 2024.

tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; [...] (Brasil, 2023).

Alguns autores como Oliveira (2023, p. 992) entendem que a aplicação retroativa das normas mais benéficas introduzidas pela Lei nº 14.230/2021 à Lei de Improbidade Administrativa (LIA) é possível de maneira integral, considerando o princípio da retroatividade da lei mais favorável, previsto no art. 5.º, XL, da Constituição Federal, aplicável não apenas ao Direito Penal, mas também ao Direito Administrativo sancionador. De acordo com o autor, a norma sancionadora mais benéfica deveria retroagir para beneficiar o réu, resultando na extinção de processos fundados em improbidade culposa, com resolução de mérito pela impossibilidade jurídica do pedido. Além de também considerar possível a propositura de ação rescisória, dentro do prazo decadencial de dois anos, para desconstituir sanções aplicadas sob o regime anterior, o que diverge do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Em suma, a Lei nº 14.230/2021 trouxe mudanças significativas no regime de responsabilização por atos de improbidade administrativa, ao eliminar a modalidade culposa. No entanto, a aplicação retroativa dessas disposições é limitada, conforme o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal. Ao considerar a irretroatividade da norma benéfica em relação à coisa julgada e a possibilidade de sua aplicação a processos ainda não transitados em julgado, o STF estabelece um equilíbrio entre a proteção aos agentes públicos e a preservação da eficácia das decisões judiciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma da Lei de Improbidade Administrativa, promovida pela Lei nº 14.230/2021, constitui um marco relevante no tratamento jurídico dos atos de improbidade, principalmente quanto à responsabilização dos agentes públicos. A exigência de dolo específico trouxe maior rigor na aplicação da Lei, evitando que agentes que cometam erros administrativos sem intenção de lesar o patrimônio público ou obter vantagem pessoal sejam injustamente responsabilizados. Essa alteração visa proteger a atuação dos gestores públicos, permitindo que tomem decisões complexas e assumam riscos inerentes à função, sem o temor de punição por atos culposos.

Por outro lado, a introdução do dolo específico também apresenta desafios importantes para o combate à corrupção e à má gestão. O aumento do rigor probatório torna mais difícil a condenação de agentes que agem de forma desonesta, mas cuja intenção ilícita não é claramente demonstrável. Isso pode resultar em um enfraquecimento da responsabilização, especialmente em casos em que o prejuízo ao erário é causado, mas a prova de uma intenção deliberada é insuficiente. Consequentemente, há um risco de que a nova exigência legal crie uma sensação de impunidade e abale a confiança pública nas instituições de controle.

Ademais, a reforma modifica o regime sancionatório, restringindo a aplicação de penalidades severas, como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, apenas aos casos em que o dolo específico seja comprovado. Isso exige uma análise minuciosa de cada caso, levando em consideração não apenas a conduta do agente, mas também o contexto em que as decisões foram tomadas.

A exclusão da modalidade culposa dos atos de improbidade administrativa representou uma tentativa clara de delimitar com mais precisão as condutas passíveis de responsabilização. Essa mudança foi vista como um avanço para garantir que os agentes públicos não fossem punidos de forma desproporcional por erros administrativos, reforçando a necessidade de provar a intenção deliberada de cometer um ilícito. No entanto, essa medida também gerou debates sobre sua possível influência negativa no controle da corrupção e na gestão pública. Há receios de que atos graves que resultem em danos ao erário, mas que não possam ser comprovados como dolosos, fiquem sem a devida penalização, gerando uma sensação de impunidade.

A reforma também impacta diretamente o papel do Ministério Público e demais órgãos de controle na promoção de ações de improbidade administrativa. Com o aumento da exigência probatória e a necessidade de se comprovar a intenção dolosa, esses órgãos enfrentam um desafio maior na produção de provas que demonstrem a má-fé do agente público. Isso pode gerar um cenário de maior cautela nas investigações e no ajuizamento de ações, com possíveis reflexos no número de condenações e no tempo necessário para se concluir um processo de improbidade.

A hipótese de pesquisa foi confirmada parcialmente. A exigência de dolo específico realmente aumenta a segurança jurídica dos agentes públicos, reduzindo o risco de ações infundadas. No entanto, os efeitos dessa alteração sobre o combate à corrupção e à má gestão ainda apresentam desafios. Uma análise quantitativa das novas ações de improbidade e condenações após a alteração legislativa, em comparação com o período anterior à reforma, seria essencial para uma avaliação mais precisa do impacto das mudanças e para responder plenamente ao problema levantado nesta pesquisa.

Em última instância, o desafio será encontrar um equilíbrio entre a proteção dos direitos dos agentes públicos e a efetiva punição dos atos de corrupção, garantindo que a lei seja aplicada de forma justa e proporcional, sem comprometer a integridade da gestão pública.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Manual de direito administrativo**. [São Paulo]: SRV Editora LTDA, 2022. E-book. ISBN 9786553620421. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620421/>. Acesso em: 18 jun. 2024.

ALVES, Felipe Dalenogare. **Manual de direito administrativo**. [São Paulo]: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9788553620760. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620760/>. Acesso em: 19 mai. 2024.

BATISTA, Letícia Mara Galvão. O elemento subjetivo no tipo de Improbidade Administrativa: uma análise comparativa das alterações promovidas pela Lei Nº 14.230/2021. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 11, n. 1, p. 102-121, 2024. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/214148>. Acesso em: 18 jun. 2024

BRASIL. [Constituição (1891)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1891. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 fev. 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 13 mai. 2024.

BRASIL. [Constituição (1946)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1946. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 set. 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 13 mai. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 mai. 2024.

BRASIL, Lei nº 8.429/1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 jun 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 14 mai. 2024

BRASIL, Lei nº 14.230/2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 out. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm. Acesso em: 12 mai. 2024.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Jurisprudência em Teses, ed. n. 38. Brasília, 05 de agosto de 2015a. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2038%20-%20Improb%20Administrativa%20l.pdf. Acesso em: 16 mai. 2024

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Jurisprudência em Teses, n. 11, ed. n. 40. Brasília, 05 de agosto de 2015b. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/11270/11399>. Acesso em: 11 jun. 2024.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo regimental no agravo em recurso especial No. 606.352-SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães. RSTJ, a. 28, (241): 217-427, Brasília, janeiro/março 2016 Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RevSTJ/author/proofGalleyFile/6398/6524>. Acesso em: 11 jun. 2024.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso especial nº 1.913.638 – MA, Rel. Ministro Gurgel de Faria. Julg. 1ª sessão em 27 abr 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003436012&dt_publicacao=24/05/2022. Acesso em: 7 set. 2024

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Julgamento Ação Direta de Inconstitucionalidade 2792. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 19 de setembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acesso em: 19 mai. 2024

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Julgamento Ação Direta de Inconstitucionalidade 7236. Medida Liminar. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 27 dez. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6475588>. Acesso em: 19 jun. 2024

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Recurso extraordinário com agravo 843989. Tese 1.199. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Certidão de Trânsito em Julgado em 16 fev. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4652910&numeroProcesso=843989&classeProcesso=ARE&numeroTema=119>. Acesso em: 19 mai. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral – arts. 1º a 120. v.1 . [Rio de Janeiro]: SRV Editora LTDA, 2022. E-book. ISBN 9786555596021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596021/>. Acesso em: 13 jun. 2024

CARVALHO FILHO, José dos Santos . **Improbidade Administrativa - Prescrição e outros prazos extintivos**. [SP]: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788597021950. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021950/>. Acesso em: 18 mai. 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos . **Manual de Direito Administrativo**. [São Paulo]: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774265. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774265/>. Acesso em: 19 mai. 2024

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 38ª edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2024. E-book. pág.939. ISBN 9786559776078. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559776078/>. Acesso em: 18 nov. 2024.

CASTILHO, Paulo Roberto da Costa. **O dolo na improbidade administrativa**: modernas teorias e nova legislação. 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3575>. Acesso em: 15 jun. 2024.

CORTEZ, Luis Francisco Aguilar Cortez. **O elemento subjetivo e a tipicidade da lei de improbidade no art. 11 da nova lei.** Escola Paulista da Magistratura – Obras Jurídicas, São Paulo, 2023.

COSTA, Rafael de O.; BARBOSA, Renato K. **Nova Lei de Improbidade Administrativa:** análise da Lei n. 8.429/92 à luz das alterações empreendidas pela Lei n. 14.230/21. [São Paulo]: Grupo Almedina, 2023. E-book. ISBN 9786556279404. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556279404/>. Acesso em: 18 jun. 2024.

CREMONEZI, Ana Cristina; CAMBI, Eduardo. **Reformulação da Lei de improbidade administrativa e a relevância de adoção de medidas estruturantes pelo Ministério Público.** Revista Internacional Consinter de Direito, p. 785-806, 2024.

DA PAZ, Cristiane de Sousa Campos. **Dolo específico na improbidade administrativa:** utilização da recomendação pelo Ministério Público como instrumento de prova¹. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº, v. 90, out./dez. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** [Rio de Janeiro]: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649440. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649440/>. Acesso em: 13 mai. 2024

FERNANDES, Jhonatan Rolliann Chaves. **A nova lei de improbidade administrativa:** instrumento útil ao combate à corrupção?. RCMOS-Revista Científica Multidisciplinar O Saber, v. 2, n. 2, p. 449-454, 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** [Rio de Janeiro]: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559645770. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/>. Acesso em: 19 mai. 2024

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo - 15ª Edição 2024.** 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book. ISBN 9786559649822. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559649822/>. Acesso em: 18 nov. 2024.

MARQUES, Mauro Campbell. Comissão de Juristas para a Reforma da Lei de Improbidade Administrativa. **Câmara dos Deputados**. Brasília – DF, 2018. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=PL%202505/2021%20\(N%C2%BA%20Anterior:%20pl%2010887/2018\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=PL%202505/2021%20(N%C2%BA%20Anterior:%20pl%2010887/2018)). Acesso em: 19 mai. 2024

MARQUES, Mauro Campbell. REsp n. 765.212/AC. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília – DF, DJe 23/06/2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200501086508&dt_publicacao=23/06/2010. Acesso em: 18 jun. 2024

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZA, Alexandre. **Curso de direito administrativo**. [São Paulo]: Editora Saraiva, 2024. E-book. ISBN 9788553620296. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620296/>. Acesso em: 15 mai. 2024.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed., atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. 831 p. ISBN 9788574207926.

MICHAELIS: **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2015. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=improbidade>. Acesso em: 17 mai. 2024

NEVES, Daniel Amorim A.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. [Rio de Janeiro]: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642960. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642960/>. Acesso em: 18 mai. 2024.

NEVES, Daniel Amorim A.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual**. [RJ]: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645367. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645367/>. Acesso em: 18 mai. 2024.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral: arts. 1º a 120. v.1 .Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646852/>. Acesso em: 19 jun. 2024.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral: Arts. 1º a 120 do Código Penal. v.1. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649228. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649228/>. Acesso em: 08 set. 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647347. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647347/>. Acesso em: 08 conjuntos. 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Curso de Direito Administrativo**. [Rio de Janeiro]: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649600. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649600/>. Acesso em: 18 mai. 2024.

PENTEADO, Jaques de Camargo. **Improbidade Administrativa e a lei nº 14.230/21**: brevíssimas e atualizadas notas. Revista LEX de Direito Administrativo - Ano II - nº 4 - jan./abr. 2022

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 42 São Paulo: Malheiros, 205, 936 p.

SOUZA, Vinícius Dutra. **Novos paradigmas na caracterização do ato de improbidade administrativa a partir da lei nº 14.230/21**. 2023. RECIMA21 - Revista Científica Multidisciplinar. Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

TOURINHO, Rita. **O elemento subjetivo do tipo na nova Lei de Improbidade Administrativa**: avanço ou retrocesso. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 84, p. 147-169, 2022.

UCHIYAMA, Maria Eduarda Freitas. **A (des) necessidade do dolo específico na improbidade administrativa**. Boletim CEPGE, v. 46, n. 4, p. 38-48, 2022.

(IM)POSSIBILIDADE DA RENÚNCIA À HERANÇA POR MEIO DO PACTO ANTENUPCIAL/CONVIVENCIAL

Júlia Carolina de Moraes¹

Magda Cristiane Detsch da Silva²

RESUMO

A partir da análise da legislação vigente e das contribuições doutrinárias pertinentes, busca-se estabelecer posições acerca da eventual possibilidade de renúncia antecipada à herança por meio de pacto antenupcial ou convivencial celebrado entre os nubentes ou conviventes, diante da proibição inserida no Código Civil. Através de uma abordagem qualitativa, com utilização do método dedutivo e pesquisa bibliográfica, foram analisados os aspectos gerais sobre o direito sucessório, os elementos atinentes ao pacto antenupcial/convivencial no ordenamento jurídico e, por fim, os dispositivos pertinentes acerca do instituto *pacta corvina*, além dos princípios da autonomia privada, da liberdade contratual, direito de família mínimo, boa-fé e função social do contrato. Por essa razão, constatou-se a existência de correntes divergentes sobre o tema. A primeira delas entende que inexistente proibição expressa sobre os pactos sucessórios abdicativos no ordenamento jurídico, de forma que o artigo 113, § 2º, do Código Civil é claro ao afirmar que os contratantes podem atribuir regras de interpretação, preenchimento de lacunas e integração dos negócios jurídicos, distintas das estabelecidas em lei. Em contrapartida, a segunda corrente doutrinária defende que o artigo 426 do Código Civil prevê expressamente a impossibilidade de disposição sobre cláusulas contratuais que versem sobre a herança de pessoa viva, combinado com o teor do artigo 1.655 do Código Civil, que estipula sobre a nulidade imediata de qualquer disposição inserida no pacto antenupcial/convivencial que seja contrária às normas absolutas estabelecidas em lei, incluindo aquelas que violam normas cogentes ou de ordem pública.

Palavras-chave: Renúncia; Herança; Pacto Antenupcial; Pacto Convivencial.

¹ Discente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Email: julia.carolina.morais@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Email: magda.dasilva@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

Diante das constantes evoluções na dinâmica familiar contemporânea, acompanhada pelo desejo subsequente de proteger e organizar o patrimônio, denota-se a importância social do tema, tendo em vista que busca garantir a harmonia entre as liberdades individuais e as necessidades familiares, assegurando a preservação do vínculo emocional entre os membros da família, evitando assim, conflitos relacionados à sucessão hereditária. Trata-se de um instituto que pretende proteger o patrimônio de seu titular, seja sobre os bens adquiridos antes do matrimônio, ou os conquistados na constância da união, a depender do regime de bens. Isso porque, se mostram evidentes as transformações nas visões em relação ao casamento, à união estável, à família e ao papel individual na administração do próprio patrimônio. Analisar essas mudanças culturais é fundamental para compreender a evolução das práticas de planejamento sucessório ao longo do tempo.

Assim, considerando a modernização da estrutura familiar nos dias atuais, com o consequente desejo de proteção e planejamento patrimonial, vigente o instituto da *“pacta corvina”*, previsto no artigo 426 do Código Civil, ao tempo em que instituídos os princípios da autonomia da vontade privada e o direito de família mínimo, é legítima a vontade dos cônjuges/companheiros de renunciar ao direito de herança por meio de um pacto antenupcial/convivencial, a fim de formalizar o desejo em não compartilhar bens particulares no momento do falecimento?

Por essa razão, o primeiro tópico do presente trabalho abrange os aspectos gerais sobre o direito sucessório, notadamente sua evolução histórica, as características da sucessão, bem como a transmissão, aceitação e renúncia da herança. Em seguida, serão compreendidos

os elementos atinentes ao pacto antenupcial/convivencial no ordenamento jurídico, especialmente suas características e cláusulas permissivas, além das modalidades de famílias previstas na Constituição Federal. Ao final, serão analisados os dispositivos pertinentes acerca do instituto *pacta corvina*, além dos princípios da autonomia privada, da liberdade contratual, direito de família mínimo, boa-fé e função social do contrato, bem como os aspectos previstos em lei, especificamente o artigo 426 do Código Civil, e as correntes doutrinárias que questionam a viabilidade de inclusão de cláusulas referentes a renúncia da herança em pacto antenupcial/convivencial.

Nesse contexto, serão analisadas duas hipóteses ao longo do trabalho. A primeira delas questiona a viabilidade de inclusão de cláusulas referentes a renúncia da herança em pacto antenupcial/convivencial, apontando a previsão expressa do artigo 1.655 do Código Civil, que estabelece a nulidade de cláusula contrária às disposições legais, combinado com o artigo 426 do mesmo dispositivo legal, que dispõe sobre a impossibilidade da herança de pessoa viva ser objeto de contrato, como fundamento para tal restrição. Por essa razão, os estudiosos enfatizam que tal possibilidade só seria válida após uma reforma no sistema legal vigente.

Entretanto, na segunda hipótese, outros doutrinadores defendem a possibilidade de inclusão de tais cláusulas no pacto antenupcial/convivencial, desde que garantam a total igualdade de direitos e responsabilidades entre os cônjuges e conviventes. Sustentam que a autonomia da vontade individual deve ser respeitada, contanto que não entre em conflito com os princípios legais essenciais.

A metodologia de pesquisa utilizada adota uma abordagem qualitativa, utilizando o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica. Tal escolha visa facilitar a compreensão da problemática

em questão e promover um entendimento abrangente do assunto, contudo, não possui pretensão de esgotar o tema.

Ante o exposto, ao analisar os aspectos gerais sobre o direito sucessório, bem como os apontamentos sobre pacto antenupcial, verificar-se-á eventual possibilidade de renúncia antecipada ao direito concorrencial por meio de pacto antenupcial/convivencial, tendo em vista que, em princípio, tal instituto demonstra contraposição com o artigo 426 do Código Civil. Nesse sentido, em razão da complexidade e divergência sobre o assunto, o presente trabalho é imprescindível para a clarificação do dissenso doutrinário em face da legislação vigente.

2 ASPECTOS GERAIS SOBRE O DIREITO SUCESSÓRIO

A origem do direito sucessório remonta o ano 451 a. C., com a instituição da Lei das XII Tábuas no direito romano, que concedia ampla liberdade ao *pater familias* para dispor de seus bens após a morte. Caso não houvesse testamento, a sucessão passava por três classes de herdeiros: os *sui* (filhos, netos e esposa), os *agnati* (parentes mais próximos de origem paterna) e os *gentiles* (membros da gens ou grupo familiar). Séculos depois, em meados de 534 d. C., foi criado o Código de Justiniano (*Corpus Juris Civilis*), onde a sucessão ocorria apenas pelo vínculo de consanguinidade, com uma ordem hierárquica de vocação hereditária que priorizava descendentes, ascendentes, irmãos e outros parentes colaterais, bem como a sucessão testamentária foi criada como forma de distribuir o patrimônio de acordo com a vontade do testador. No direito germânico, apenas os herdeiros por laços de sangue eram considerados legítimos. Já o direito francês, desde o século XIII, estabeleceu o princípio da *saisine*, onde a propriedade da herança passava automaticamente aos herdeiros com a morte do falecido (Gonçalves, 2024a, p. 8).

O período do Brasil colônia, que perdurou durante os anos de 1530 a 1822, era regido pelas Ordenações Reais de Portugal, que compilava as Ordenações Afonsinas de 1446, as Ordenações Manuelinas de 1521 e as Ordenações Filipinas de 1603. As disposições acerca do Direito Civil faziam parte do livro IV, que mencionava sobre propriedade, família, contratos e obrigações (Wolkmer, 2019, p. 219). Posteriormente, em meados de 1876, o jurista Augusto Teixeira de Freitas criou a Consolidação das Leis Civis, que abarcava sobre a herança no título 3º, e trazia em seus capítulos a sucessão “*a intestado*”, testamentária, substituições, forma e execução dos testamentos, partilha, colações e herança jacente. Ainda, foi o responsável pela elaboração de um projeto de Código Civil, finalizado em meados de 1860, que apesar de nunca ter sido utilizado, serviu como base para a elaboração do conhecido Código Civil de 1916. Dessa forma, o Código Civil de 1916 não previa a concorrência do cônjuge e companheiro com os herdeiros legítimos, e colocava o cônjuge em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária (Gagliano; Pamplona Filho, 2023, p. 63).

Anos depois, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ficou estabelecido em seu artigo 5º os direitos e garantias fundamentais, que incluem o direito de propriedade, que deve observar o cumprimento de sua função social e, também o direito à herança (Tartuce, 2024a, p. 3). Nesse sentido, o Código Civil de 2002, em seu Livro V, a partir do artigo 1784, tratou de estipular as disposições atinentes ao direito das sucessões. No campo jurídico, a sucessão possui várias acepções, mas pode ser definida no sentido amplo e estrito. O primeiro é caracterizado sempre que alguém assume o lugar de outrem na titularidade de determinado bem, chamada de sucessão *inter vivos*, e pode ser visualizada no direito das obrigações, por exemplo, com a compra e venda de determinado bem (Gonçalves, 2024a, p. 8). Já no sentido estrito, é caracterizada como a transmissão

do patrimônio, dos direitos e das obrigações do falecido, em face dos herdeiros, ou seja, só é empregado na *causa mortis* (Venosa, 2024, p. 435).

Assim, segundo preceitua o artigo 1.784 do Código Civil, a abertura da sucessão transmite a herança aos herdeiros e está atrelada à ocorrência do fenômeno natural chamado morte, que além de encerrar a existência da pessoa natural, desencadeia uma série de consequências jurídicas que afetam o patrimônio do falecido e, também, a estrutura das relações familiares e sociais. A morte real, que ocorre na maioria dos casos, é constatada a partir da ausência completa e irreversível de funções cerebrais, diante da presença do corpo falecido. Contudo, em virtude de que nem sempre existirá o corpo para que a morte seja declarada, o legislador preocupou-se em estipular mais duas possibilidades: a morte presumida sem declaração de ausência, onde é extremamente provável o falecimento, como em grandes catástrofes naturais, acidentes e casos de guerra, após encerramento das buscas; e, a morte presumida com declaração de ausência, caracterizada quando alguém está em local incerto ou não sabido (Tartuce, 2023, p. 148-150, 238-239). Nesses casos, o Código Civil formulou previsão específica de como proceder-se-á a curadoria dos bens, a sucessão provisória e a definitiva.

Com o falecimento do *de cujus*³, seus herdeiros legítimos e testamentários, tornam-se, automaticamente, titulares de toda a massa patrimonial no estado em que se encontram, e não apenas de um determinado bem específico. Tal disposição está ancorada no princípio da *saísine*, regra basilar do direito sucessório, que teve

³ Dessa forma, denota-se que “a expressão latina *de cujus* é abreviatura da frase de *cujus successionem* (ou *hereditatis*) *agitur*, que significa “aquele de cuja sucessão (ou herança) se trata”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024a. E-book. ISBN 9788553622375. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553622375/>. Acesso em: 05 maio 2024.

origem na Idade Média a partir do preceito que o morto sucede o vivo (*le mort saisit le vif*). É considerada uma ficção jurídica, pois independe da posse física dos bens, aceitação expressa, capacidade civil e até mesmo conhecimento dos herdeiros sobre a morte do falecido, justamente para evitar que o patrimônio fique desamparado e sem os cuidados necessários para sua conservação. Porém, tal previsão não abrange os herdeiros legatários⁴, tendo em vista a necessidade de confirmação do legado e o cumprimento dos requisitos estipulados, por meio do inventário (Madaleno, 2020, p. 39).

Registra-se que a herança, “do latim *hereditas* (ação de herdar) e *heres* (herdeiro), em sentido geral ou amplo, abrange toda a universalidade de bens, direitos e obrigações. No sentido estrito, é entendida como a quota-parte do herdeiro, a parcela que irá receber, que possui direito (Carvalho, 2023b, p. 61)”. Nesse contexto está o artigo 1.791 do Código Civil, que preceitua que existindo mais de um herdeiro, enquanto não forem partilhados os bens, a herança será indivisível, ou seja, a posse e propriedade dos bens será de todos. Entretanto, cada um dos herdeiros possui uma quota parte de todo o patrimônio, por exemplo, existindo 6 herdeiros, a quota parte da herança de cada um será 1/6 ou 16,66%. Nesse período, a administração da herança observará a legislação pertinente ao condomínio, e os administradores serão, inicialmente, cônjuge ou companheiro. Na inexistência destes, será o herdeiro que já estiver na posse e administração dos bens ou o testamenteiro, pessoa cuja responsabilidade recai sobre a fiscalização e execução do testamento. Não sendo possível nenhuma das pessoas citadas, a escolha do administrador ficará a cargo do magistrado, tudo

⁴ Art. 1.923. Desde a abertura da sucessão, pertence ao legatário a coisa certa, existente no acervo, salvo se o legado estiver sob condição suspensiva. § 1º Não se defere de imediato a posse da coisa, nem nela pode o legatário entrar por autoridade própria. BRASIL. **Lei n. 10.406/2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 mar. 2024.

conforme artigo 1.797 do Código Civil (Gagliano; Pamplona Filho, 2023, p. 123-124).

Todavia, torna-se necessário destacar que o conceito de herança e meação não se confundem, apesar de possuírem o mesmo ponto em comum: a morte. O impacto no casamento é causado pela dissolução do vínculo conjugal, tendo em vista seu caráter personalíssimo. A meação, prevista no âmbito do direito de família, é caracterizada como o direito próprio que o cônjuge/companheiro possui aos bens comuns do casal, quando do falecimento de seu consorte ou pela dissolução da sociedade conjugal. Os bens comuns, como regra, são aqueles conquistados durante o período no qual o matrimônio/união estável perdurou, já os bens particulares, como o próprio nome diz, são os conquistados exclusivamente por cada indivíduo antes da instituição da relação ou os recebidos com cláusula de incomunicabilidade, que não se comunicam. Assim, por ser uma hipótese prevista apenas para contemplar os bens comuns, não possui abrangência em todos os regimes de bens e seu montante dependerá das regras pertinentes de cada um. Dessa forma, no procedimento do inventário, a meação deve ser separada inicialmente, para que só assim o restante do patrimônio integre a herança e seja partilhado entre os herdeiros, em consonância ao artigo 1.685 do Código Civil (Venosa, 2024, p. 545).

Com isso, as hipóteses de transmissão da sucessão encontram amparo na lei, bem como nas disposições de última vontade, com fulcro no artigo 1.786 do Código Civil. Assim sendo, existem duas modalidades de sucessão *mortis causa*: a legítima e a testamentária. Em que pese a redação do artigo supracitado, inicialmente observar-se-á se o falecido manifestou sua vontade em testamento, para que, de forma subsidiária, a partilha ocorra por meio das disposições legais. Mas, na grande maioria das vezes, a sucessão será *ab intestato* ou legítima, conduzida conforme os parâmetros do artigo 1.788 do

Código Civil, que compreende os casos nos quais o falecido não fez testamento, quando este for nulo ou não abranger todos os bens. Com isso, os herdeiros legítimos serão chamados a suceder com base na ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1.829 do Código Civil, que contempla, preferencialmente, os descendentes no grau mais próximo, seguido pelos ascendentes, entretanto, na ausência destes, independentemente do regime de bens adotado e do tempo de convivência do casal, o cônjuge ou companheiro sobrevivente receberá a totalidade da herança, excluindo-se quaisquer direitos dos colaterais, como irmãos, sobrinhos, tios, tios-avós, sobrinhos-netos ou primos do falecido. Isso porque, estes somente serão chamados se não houver herdeiros na classe anterior (Rosa; Rodrigues, 2023, p. 57 e 174).

Já a hipótese da sucessão testamentária ocorre quando o *de cujus*, civilmente capaz, por meio de ato unilateral e revogável, elabora testamento em vida, contemplando de forma total ou parcial a destinação de seus bens, conforme sua livre vontade, a partir da previsão do artigo 1.857 do Código Civil. Destaca-se que os descendentes, ascendentes e cônjuge, além de serem considerados herdeiros legítimos, também são considerados como herdeiros necessários, a teor do artigo 1.845 do Código Civil. Dessa forma, não podem ser afastados da sucessão, pois possuem direito à metade dos bens da herança, considerada legítima, ou seja, a disposição de vontade no momento de testar não pode contemplar mais que a metade dos bens disponíveis pelo testador (artigo 1.846 do Código Civil). Não obstante, os herdeiros serão considerados testamentários, se receberem um montante específico da herança, instituído por fração ou porcentagem, a título universal, e legatários, se contemplados com um ou mais bens específicos, a título singular. Ressalta-se que caso o herdeiro necessário seja contemplado a título universal ou singular,

seu direito na sucessão legítima permanecerá inalterado (Venosa, 2024, p. 534).

Ademais, apesar da transmissão ocorrer de forma imediata, o herdeiro possui a liberdade de aceitar ou renunciar à herança, pois trata-se de ato unilateral que independe de concordância dos demais herdeiros e de justificativa. Todavia, a regra geral que rege as duas modalidades, prevista no artigo 1.808 do Código Civil, estipula que não é possível aceitar ou renunciar apenas uma parte da herança, pois a abrangência deve ser total. A título de exemplo, não é cabível ao herdeiro aceitar um bem livre de ônus, e renunciar àquele que esteja com várias parcelas de financiamento em atraso. Ainda, a mesma vedação incide sobre a condição, quando o negócio fica subordinado a evento futuro e incerto, como nos casos de estipular prazo à condição, ou seja, sujeitar a um acontecimento futuro e certo. Mas como a regra sempre possui suas exceções, o herdeiro legatário e também legítimo, pode aceitar o legado e renunciar a herança ou vice-versa, como também, o herdeiro que possui mais de um quinhão hereditário, em títulos diversos, pode fazer a escolha dos quais aceita, ou não. Uma vez externalizada a vontade de aceitação ou renúncia, tais atos não comportam revogação, segundo o teor do artigo 1.812 do Código Civil (Tartuce, 2024a, p. 83).

Em análise individualizada, a aceitação ou delação nada mais é que a confirmação do desejo de receber a herança, que pode ocorrer de forma direta, quando manifestada pelo próprio detentor do direito, ou de forma indireta, quando demonstrada por meio de terceiros: procurador, com poderes especiais; pelos pais, curador ou tutor de incapaz ou ausente; os sucessores do pós-morto ou ausente; e, os credores (Madaleno, 2020, p. 129). No tocante à forma de aceitação direta, esta pode ser subdividida em: expressa, tácita e presumida.

A aceitação expressa consiste na manifestação de vontade exarada por meio de uma declaração escrita em instrumento público ou particular, sem forma predefinida. Já a forma tácita é entendida como a prática de atos privativos da condição de herdeiro, como, por exemplo, a constituição de um procurador para os autos de inventário. Tal exemplificação é necessária, pois conforme os §§ 1º e 2º do artigo 1.805 do Código Civil, os atos de organização do funeral do falecido, de conservação e administração do patrimônio, bem como a aceitação de cessão gratuita da herança, não pressupõem a aceitação tácita. Na última hipótese, a aceitação presumida do artigo 1.807 do Código Civil, evidencia-se quando um terceiro interessado, denominado credor, faz requerimento nos autos para que o herdeiro, no prazo máximo de 30 dias, exare sua vontade. Transcorrido o prazo sem manifestação, presume-se que aceitou a herança (Gonçalves, 2024a, p. 34-35).

Por outro lado, a renúncia é um ato abdicativo, pois decorre da negativa de vontade do herdeiro em receber os bens transmitidos pela morte do *de cujus*, isto é, como se o herdeiro nunca tivesse existido, em face da retroatividade dos efeitos à data da abertura da sucessão. Conforme os requisitos de validade do negócio jurídico, a renúncia deve ser feita por pessoa capaz e, ao contrário da aceitação, somente admite a forma expressa, vinculada a um instrumento público, redigido em Tabelionato de Notas ou por termo judicial nos autos do inventário (artigo 1.806 do Código Civil). Não havendo observância das formalidades exigidas, dispõe o artigo 166 do Código Civil que o ato jurídico será nulo de pleno direito (Tartuce, 2024a, p. 74).

Passada essa fase, o artigo 1.810 do Código Civil estabelece que a quota parte do herdeiro renunciante irá integrar a porção dos outros herdeiros, desde que se encontrem na mesma classe. Ademais, na hipótese do renunciante ser o único na classe, ou se os demais também renunciaram, os filhos irão suceder por direito próprio e

a partilha será por cabeça, em outras palavras, somente quando cortar toda a linha dos descendentes em 1º grau. Ainda, havendo comprovação que a renúncia ocorreu exclusivamente no intuito de lesar eventuais credores do renunciante, estes deverão habilitar-se nos autos no prazo máximo de 30 dias do conhecimento da renúncia, e após o deferimento nos autos, poderão aceitar a herança em nome do renunciante. Na renúncia de disposição testamentária, ausentes previsões expressas nesse sentido, a quota parte será devolvida aos herdeiros legítimos (Gomes; Faria, 2019, p. 20).

Torna-se necessário destacar que a renúncia da herança não pode ser confundida com a cessão de direitos hereditários. Esta última decorre da premissa que, aberta a sucessão, o herdeiro (cedente) aceitou de fato a herança, mas decidiu transferir sua quota parte, de forma total ou parcial, para um terceiro (cessionário), seja por título gratuito ou oneroso, mediante instrumento público, até antes do trânsito em julgado da partilha. Além disso, possui natureza aleatória, pois pode ser que o cessionário nada receba se as dívidas forem maiores que o patrimônio do *de cujus*. Ainda, os demais herdeiros possuem preferência contra o terceiro na aquisição da quota, e não tendo sido cientificado sobre a cessão, poderá depositar o mesmo valor pago para adquirir a quota, devendo requerer até 180 dias da transmissão, consoante artigos 1.794 e 1.795 do Código Civil (Gonçalves, 2024a, p. 21-22).

Considerando as formalidades legais relativas à renúncia da herança, bem como as estipulações antecipadas em vida, questiona-se a possibilidade de ser incluída no pacto antenupcial/convivencial cláusulas que versem sobre renúncia à herança, tendo em vista se tratar de evento futuro e incerto.

3 PACTO ANTENUPCIAL/CONVIVENCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente, destaca-se que a concepção expressa de família trazida no artigo 226 da Constituição Federal, elenca, de forma exemplificativa, três formas: matrimonial, convivencial e monoparental. Dessa forma, a família matrimonial é instituída a partir do casamento civil entre duas pessoas, regido pelas disposições legais. A família convivencial, também chamada de informal, decorre da união estável entre o homem e a mulher, regulamentada nos artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil. Já a família monoparental é formada por um dos pais, costumeiramente a genitora, que possui a responsabilidade exclusiva de um ou mais filhos. Registra-se que essa modalidade não possui nenhum tipo de regulamentação no ordenamento jurídico vigente. Outrossim, há quem entenda que a família anaparental, deve ser equiparada à família monoparental, que caracteriza-se apenas pelos filhos, quando ausentes ou falecidos os pais e por parentes (ou não) que convivem apoiados por um objetivo em comum (Tartuce, 2024b, p. 33).

O presente trabalho irá abordar as modalidades de famílias matrimoniais e as instituídas por união estável, pois são os que realizam pacto antenupcial/convivencial, tema do presente trabalho. Nesse diapasão, o matrimônio, popularmente conhecido como casamento, é regido por normas de ordem pública e sua acepção jurídica pode ser entendida como a união plena de vida, pautada na igualdade, onde o homem e a mulher se assumem como parceiros e responsáveis pela família. Por essa razão, os deveres recíprocos na vida em comum do casal são fundados na fidelidade, assistência, respeito, sustento, guarda e educação dos filhos. Todavia, com a edição da Resolução n.

175/2013 do Conselho Nacional de Justiça⁵, o artigo 1.565 do Código Civil tornou-se superado ao afirmar que o matrimônio só pode ser celebrado entre homem e mulher. Com esse avanço, o conceito passa a englobar a união entre duas pessoas do mesmo sexo (Carvalho, 2023a, p. 57).

Em observância às formalidades, após a habilitação para o casamento e observada a capacidade civil dos nubentes⁶, a realização dar-se-á a partir da manifestação expressa de vontade perante ao juiz de paz, que irá declarar oficialmente que estão casados, caracterizando o casamento civil. Para tanto, existe também o casamento religioso, que ao ser inscrito no registro oficial produz efeitos desde a data da celebração e torna-se equiparado ao casamento civil. Destaca-se que, havendo habilitação prévia homologada, o celebrante ou seus interessados deverão comunicar ao registro civil, no prazo de noventa dias da realização da celebração, sob pena de realização de nova habilitação em caso de decurso do prazo estipulado (Tartuce, 2024b, p. 76).

No tocante à união estável, seu conceito jurídico está estampado no artigo 1.723 do Código Civil, que preceitua: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (Brasil, 2002)”. Desse modo, extrai-

⁵ Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 175**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Min. Joaquim Barbosa, 14 de maio de 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 03 jun. 2024.

⁶ Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil. BRASIL. **Lei n. 10.406/2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 04 jun. 2024.

se como requisitos ensejadores da união estável são: duas pessoas, de sexo diferente ou igual, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal; publicidade, a fim de demonstrar perante a sociedade que o casal convive publicamente; continuidade e estabilidade, não no sentido de existir um determinado período de tempo para que seja caracterizada, mas sim uma convivência duradoura e sem interrupções durante o relacionamento; e por fim, objetivo de constituição de família, entendido como a vontade de partilhar os momentos da vida com o companheiro(a). Ressalta-se que, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal na Súmula 382, não é necessária a coabitação do casal como requisito de verificação da união estável (Gagliano; Pamplona Filho, 2024, p. 155 e 161).

Para que se promova a oficialização, não podem estar presentes as mesmas causas impeditivas do casamento, conforme leciona o artigo 1.521 do Código Civil, a união entre: ascendentes, descendentes, afins em linha reta, adotante com quem foi cônjuge do adotado e vice-versa, irmãos e colaterais até o terceiro grau, adotado com o filho do adotante, pessoas casadas, e o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu companheiro. Outrossim, as causas suspensivas do artigo 1.523 do Código Civil não impedem a ocorrência da união estável⁷. Como forma de desburocratizar o acesso ao matrimônio, para aqueles que já convivem em união estável, o Código Civil tratou de estipular de maneira expressa a possibilidade de conversão da união estável

⁷ Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. BRASIL. **Lei n. 10.406/2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 04 jun. 2024.

em casamento, tão somente por meio de pedido do casal ao juiz e formalização no cartório de registro civil (Pereira, 2023, p. 174).

Com fundamento nos delineamentos expostos, os cônjuges e companheiros possuem certa autonomia na escolha do regime de bens que regulará as questões patrimoniais de sua união, conforme prevê expressamente o artigo 1.639 do Código Civil. Desse modo, o regime de bens escolhido passará a valer entre o casal desde o momento do casamento. Ademais, ressalta-se que tal decisão é passível de mudança, desde que fundamentada em requerimento legítimo, após a devida autorização judicial. Isso porque, o magistrado deve analisar as justificativas apresentadas a fim de resguardar eventual direito de terceiros. Contudo, a inobservância das causas suspensivas ou a necessidade de concessão judicial para o casamento enseja a obrigatoriedade de regulação do matrimônio pelo regime da separação obrigatória de bens. Todavia, se não houver ajuste prévio ou se este for ineficaz ou nulo, o regime determinado será o da comunhão parcial de bens. Assim, a escolha para a regulação da sociedade conjugal ou marital poderá ser feita por meio de um pacto antenupcial ou convivencial (Rosa, 2022, p. 250-252).

As disposições atinentes ao pacto antenupcial estão previstas no capítulo II do título concernente ao direito patrimonial, elencado no Código Civil. Precipuamente, o pacto antenupcial possui forma prescrita em lei, em razão da necessidade de registro em escritura pública, bem como sua eficácia está subordinada à realização do casamento, onde os nubentes irão escolher o regime de bens que melhor lhes convêm, em conformidade com o princípio da autonomia privada. Além disso, é possível que os cônjuges estabeleçam uma combinação de regras de diferentes regimes, criando um estatuto patrimonial híbrido. Por exemplo, no regime da participação final nos

aquestos, poderão ser combinados outras regras relativas aos bens particulares (Gagliano; Pamplona Filho, 2024, p. 115).

Registra-se que a lei foi omissa ao não estipular um prazo para a realização do casamento após a elaboração e o registro do pacto. No entanto, caso não haja delimitação temporal no próprio acordo, presume-se que após o decurso de período razoável, qualquer das partes pode demandar sobre a questão. Inclusive, para que o pacto antenupcial tenha eficácia em relação a terceiros, é necessário que seja registrado em livro específico no registro de imóveis onde residem os cônjuges, conforme estabelecido pelo artigo 1.657 do Código Civil. Sem o devido registro, o regime de bens escolhido se aplica apenas entre os nubentes, ou seja, possui efeito interno. Perante terceiros o pacto não produz efeitos, sendo considerado inexistente, valendo o regime legal de comunhão parcial de bens. Ademais, caso um dos cônjuges seja empresário, o pacto deverá ser arquivado e averbado no Registro Público de Empresas Mercantis, seguindo o preceito do artigo 979 do Código Civil (Gonçalves, 2024b, p. 213-214).

Por conseguinte, os companheiros celebram um pacto ou contrato de convivência por escrito, com a finalidade de regulamentação de questões patrimoniais e existenciais, que poderá ser realizado de forma prévia ou concomitante à relação. Todavia, o documento está condicionado à efetiva existência da união estável, consoante os requisitos anteriormente citados. Além disso, caso os conviventes não disponham sobre a união em contrato escrito, especialmente sobre o regime de bens, aplicar-se-á o regime patrimonial geral da comunhão parcial de bens. Também, não existia a imposição do regime da separação obrigatória na união estável, pois o caput do artigo 1.641 abrange apenas sobre casamento, tratando-se de norma restritiva que não admite interpretação por analogia ou extensão (Gonçalves, 2024b, p. 298).

Contudo, recentemente no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 1.309.642, discutiu-se sobre a constitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil, que dispõe sobre a obrigatoriedade de imposição do regime da separação de bens, caso um dos nubentes possua mais de 70 anos de idade. Também, questionou-se acerca da abrangência da referida norma para os casos de união estável. Em decisão unânime, entendeu-se que a regra inserida no referido artigo estava em descompasso com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, além da violação ao artigo 3º, IV, da Constituição Federal, em vista de caracterizar-se como uma forma de discriminação em razão da idade. No mesmo sentido, a decisão igualou que as regras aplicadas para o casamento devem ser as mesmas para a união estável. Dessa forma, para que tal regime seja afastado, as partes deverão convencionar o regime que lhes aprouver em escritura pública ou, caso já estejam casados ou convivendo em união estável, a mudança dependerá de autorização judicial. Assim, foi fixada a tese de repercussão geral do tema 1.236, que estabelece a possibilidade de afastamento do regime da separação obrigatória de bens, mediante escritura pública, nos casamentos e uniões estáveis com maiores de 70 anos de idade (Brasil, 2024).

A particularidade do pacto de convivência é a dispensa de forma especial para sua celebração, exigindo-se, apenas, que seja por escrito. Por se tratar de um contrato, devem-se observar as regras gerais do negócio jurídico, apontadas no artigo 104 do Código Civil, que exigem, para a validade do contrato, que o agente seja legalmente capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável, e que a forma utilizada esteja de acordo com o que é prescrito ou não proibido por lei. Nesse contexto, a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. No entanto, é notório que o contrato feito mediante instrumento

público traz maior segurança jurídica para as partes. Outro ponto importante a ser destacado é a desnecessidade de intervenção judicial para a alteração do regime de bens, que poderá ser realizada a qualquer tempo. No entanto, a jurisprudência atualmente consolidada estabelece que as mudanças feitas possuem efeito *ex nunc*, ou seja, não apresentam efeito retroativo (Madaleno, 2023, p. 1.321 e 1.324).

Por conseguinte, no que tange a ambos os pactos, observa-se que a autonomia da vontade não é absoluta. O artigo 122 do Código Civil adota a premissa que: “são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitem ao puro arbítrio de uma das partes (Brasil, 2002)”. Em suma, as cláusulas que estejam em oposição à lei ou à ordem pública não poderão ser estipuladas nos pactos antenupciais e convivenciais, porquanto sua obediência é obrigatória e não pode ser afastada ou excluída pelas partes. Consigna-se que a nulidade de uma cláusula não afeta as demais, bem como a nulidade do ajuste não afeta a validade do matrimônio ou união (Gonçalves, 2024b, p. 213).

No mesmo sentido, o Código Civil estipula expressamente, no capítulo referente ao pacto antenupcial, que apesar de sua natureza contratual, será nula qualquer cláusula, ou mesmo o pacto em si, que esteja em discordância com a previsão legal, conforme consignado no artigo 1.655 (Brasil, 2002). Além disso, o artigo 166 do Código Civil também trata da nulidade do negócio jurídico quando, entre outros requisitos, não seguir a forma prescrita em lei ou não observar solenidade essencial para sua validade. Na ocorrência de eventual nulidade absoluta, esta não é passível de validação e não convalesce com o passar do tempo, bem como pode ser arguida em qualquer período e por qualquer dos interessados, em vista que não contempla a prescrição ou decadência. Também, dependerá da propositura de

ação declaratória de nulidade, e a sentença judicial terá efeito *ex tunc*, ou seja, que retroage à data da celebração do matrimônio ou pactuação da união estável. Denota-se assim, que o legislador foi claro em não deixar dúvidas sobre os requisitos intrínsecos dos acordos de vontade em discussão (Gagliano; Pamplona Filho, 2024, p. 116).

Nesse contexto, a partir das vedações apresentadas e, apesar da controvérsia doutrinária sobre a estipulação de cláusulas existenciais no pacto antenupcial, serão abordadas tanto as cláusulas patrimoniais quanto as existenciais em ambas as modalidades. Isso porque, na VIII Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, foi consolidado o Enunciado n. 635, que entendeu pela possibilidade de abrangência de cláusulas existenciais no pacto antenupcial e convivencial, contanto que respeitem os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade entre os cônjuges e solidariedade familiar. No mesmo sentido, indo mais além, não apenas cláusulas existenciais e patrimoniais poderão ser pactuadas, como também existe a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, segundo entendimento do Enunciado n. 24 do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM (Rosa, 2022, p. 255 e 259).

A principal cláusula patrimonial, conforme já mencionada, é aquela que estipula o regime de bens que irá reger a relação, contudo outras particularidades poderão ser acordadas. A necessidade de proteção patrimonial está cada dia mais presente na vida das pessoas, sobretudo quando existem filhos ou bens de casamento ou união estável anteriores. Com isso, não é permitido que a validade do pacto antenupcial esteja condicionado a termo, mas é possível prever que um dos cônjuges/companheiros adquira direitos a determinados bens ou participações societárias após determinado lapso temporal. Esse caso serve para proporcionar uma solução justa ao cônjuge/companheiro economicamente mais fraco e que passou todo o seu

tempo dedicando-se ao relacionamento, aos cuidados da casa e da prole, geralmente como acontece com a mulher. Ainda, cláusulas proibitivas de reivindicação de direitos, abusivas ou opressivas também não são permitidas, mas é possível exigir o cumprimento de doações entre as partes. Cláusulas sobre alimentos e sua renúncia não têm eficácia, pois a verba alimentar deve considerar a necessidade e possibilidade atuais. O maior dissenso doutrinário reveste-se sobre a possibilidade de pactuação de questões sucessórias, notadamente quesitos atinentes ao direito de herança (Pereira, 2023, p. 135), entretanto, tal divergência será abordada no próximo tópico.

No tocante aos dispositivos existenciais, a nulidade das cláusulas aplica-se às disposições que prejudiquem direitos ou deveres conjugais ou paternos. São ineficazes as cláusulas que permitam infidelidade ou dispensem deveres conjugais⁸ e convivenciais⁹, que imponham determinada religião, orientação política ou profissional a um dos cônjuges, que alterem a ordem de vocação hereditária ou estabeleçam indenização em caso de divórcio. Contudo, não é nula uma cláusula que dispense a coabitação, permitindo que os cônjuges mantenham domicílios separados, no caso do casamento, respeitando a autonomia privada (Madaleno, 2023, p. 822 e 824).

Ainda, é possível tratar de direitos pessoais, como o reconhecimento de paternidade ou maternidade, questões domésticas como administração do lar, divisão de tarefas e habitação separada, sem infringir deveres de cuidado e educação dos filhos. No tocante à

⁸ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos. BRASIL. **Lei n. 10.406/2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 04 jun. 2024.

⁹ Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. BRASIL. **Lei n. 10.406/2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 04 jun. 2024.

prole, por exemplo, não há óbice que a convenção preveja parâmetros para a escolha do nome de eventuais filhos havidos na constância da união, bem como outros aspectos pertinentes à criação de seus descendentes. Ao estabelecer parâmetros claros, a convivência conjugal será exercida de maneira mais leve (Pereira, 2023, p. 136).

Já a possibilidade de celebração dos negócios jurídicos processuais encontra posicionamento minoritário na doutrina pertinente, mas pode ser justificada pelo teor do artigo 190 do Código de Processo Civil. Assim, caso se trate de situação que aborda direitos disponíveis, isto é, aqueles que permitem autocomposição, os interessados poderão ajustar previamente quanto aos encargos, atribuições, prerrogativas e obrigações processuais, a fim de adequar o procedimento da melhor maneira possível. Entretanto, ficará a cargo do magistrado verificar a validade do que foi pactuado, para manter a igualdade das partes no processo. A título de exemplo, o casal poderá definir o foro competente para a ação de divórcio ou dissolução de união estável, bem como para que as intimações processuais sejam feitas por meio eletrônico ou aplicativos de mensagens. Igualmente, conforme preceitua o artigo 471 do Código de Processo Civil, poderá ser designado perito contábil escolhido pelo casal para que faça a verificação e perícia sobre o patrimônio dos cônjuges ou companheiros. Por outro lado, é passível de discussão o direito de mediação no âmbito da arbitragem, tendo em vista que versa sobre direito patrimonial disponível, autorizado pela Lei n. 9.307/1996, que dispõe sobre as regras da arbitragem (Rosa, 2022, p. 260-261).

4 ASPECTOS DA RENÚNCIA À HERANÇA NO PACTO ANTENUPCIAL/CONVIVENCIAL

Primordialmente, destaca-se que as relações familiares devem estar amparadas pelo princípio da intervenção mínima do Estado. Por tal razão, foi editada norma específica, traduzida pelo artigo 1.513 do Código Civil, que veda a intervenção de qualquer ente ou pessoa pública e privada no relacionamento familiar. Isso porque, conforme apontado pela doutrina, o Estado não deve interferir na vida em comum como em outras matérias do direito, mas sim adotar um modelo assistencialista em relação aos indivíduos. A título de exceção, o poder público pode interferir em casos de ameaça ou lesão a direitos, principalmente quando houver crianças, adolescentes, idosos e incapazes na relação, pois tais casos demandam, obrigatoriamente, a intervenção estatal (Gagliano; Pamplona Filho, 2024, p. 69). Em resumo, “o princípio da autonomia privada e da menor intervenção estatal no Direito de Família atua como instrumento de freios e contrapesos da intervenção do Estado e funda-se, ainda, no próprio direito à intimidade e liberdade dos sujeitos (Pereira, 2023, p. 86)”.

Por conseguinte, vem de amparo o princípio da autonomia privada, que a partir da previsão constitucional da dignidade da pessoa humana, busca assegurar a liberdade individual de cada cidadão. Em especial, no âmbito do direito de família trouxe maior protagonismo à pessoa em oposição ao interesse patrimonial, tendo em vista a evolução trazida pela Carta Magna de 1988, que elevou a proteção dos direitos e garantias fundamentais. Porém, é necessário destacar que a autonomia privada e a autonomia da vontade, apesar de possuírem ligação entre si, não são sinônimos, mas dois princípios distintos. Dessa forma, o princípio da autonomia da vontade possui abrangência limitada tão somente à criação de normas e acordos

bilaterais entre as partes. Entretanto, a autonomia privada dispõe de vasto conceito, que pode ser sintetizado como a possibilidade de exercício pleno das vontades individuais. A título exemplificativo, esse princípio está presente quando da formalização do pacto antenupcial/convivencial entre os interessados, visto que podem pactuar o regime de bens que melhor lhes aprouver, além de outros objetivos a serem compartilhados na vida em comum. Com efeito, visto que nenhuma modalidade de liberdade é totalmente absoluta, quando necessário, o Estado pode intervir nas relações familiares (Madaleno, 2024, p. 102).

No mesmo contexto, a fim de ratificar a segurança imposta aos princípios supramencionados, cuidou o legislador em definir que, respeitados os limites da função social, a liberdade contratual poderá ser exercida, consoante artigo 421 do Código Civil. Na ocasião, o parágrafo único previu expressamente a incidência do princípio da intervenção mínima nos contratos realizados por pessoas físicas ou jurídicas, desde que vinculados a uma relação privada, bem como a excepcionalidade do reexame contratual. Em especial, o artigo 425 do mesmo diploma legal, ressalta que, havendo respeito às normas basilares dos contratos, os interessados poderão pactuar contratos diversos, com a finalidade de atender a necessidade existente entre ambos. Ademais, o artigo 113, *caput*, do mesmo texto legal, estabelece que os negócios serão interpretados em concordância com a boa-fé e com os costumes e práticas predominantes no local de sua formalização (Brasil, 2002).

Por conseguinte, o artigo 422 do Código Civil revela a obrigatoriedade que as partes possuem em finalizar e executar os contratos com honestidade e boa-fé, ou seja, devem agir baseados na ética e seguindo os valores morais previstos na sociedade. Dito isto, o princípio da boa-fé é subdividido em duas vertentes pela doutrina, apesar de parecer tratar-se de um único conceito. A boa-fé

subjetiva está relacionada com o íntimo de cada pessoa, ou seja, suas convicções e condutas perante determinada situação, é o oposto da má-fé. No âmbito do direito, destaca-se o princípio da boa-fé objetiva, que diz respeito à observância das cláusulas contratuais, sem que haja necessidade de consignação expressa no instrumento celebrado entre as partes, isto é, uma regra jurídica que obrigatoriamente deve ser seguida (Gagliano; Pamplona Filho, 2024, p. 221).

De igual forma, conforme mencionado no texto legal e com evidente ligação com a boa-fé, a função social do contrato pressupõe obediência às cláusulas pactuadas, não de forma estrita ao texto, mas sim a partir do contexto social no qual os contratantes estão inseridos. Com isso, por se tratar de um preceito de ordem pública, foram concedidos poderes ao Estado para flexibilizar a perspectiva que o contrato faz lei entre as partes, no caso de verificação de prejuízo a uma das partes ou até mesmo com a sociedade. No Código Civil, o artigo 113, § 1º, e incisos seguintes, esclarece que a interpretação dos negócios celebrados deve estar pautada, entre outros aspectos, pelo comportamento das partes após o negócio, e a razoável negociação entre as partes, observadas as demais disposições contratuais e a questão econômica dos celebrantes no momento da negociação (Tartuce, 2023, p. 582-593).

Em que pese os princípios supracitados, o artigo 426 do Código Civil¹⁰ prevê a impossibilidade de dispor em contrato sobre eventual herança de pessoa viva, doutrinariamente caracterizado pela expressão denominada "*pacta corvina*", que possui origem latina e sua tradução literal é entendida como "pacto do corvo". Esse nome tem por fundamento a ave do gênero corvo, pertencente à família dos corvídeos. Tal escolha ocorreu pelos hábitos alimentares que esses

¹⁰ Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. BRASIL. **Lei n. 10.406/2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 04 jun. 2024.

animais possuem, visto que são seres necrófagos, ou seja, alimentam-se, dentre outras coisas, de restos de animais mortos, bem como podem matar outros animais quando estão famintos. No contexto popular, a crença existente é de que os corvos são animais capazes de trazer mau agouro, além de serem um símbolo da morte. Portanto, a analogia que buscou-se trazer pelo conceito de “*pacta corvina*” está ligada com as práticas alimentares dos corvos, pois aproveitam-se da morte de outro animal em benefício próprio, tal qual a vedação do objeto de um contrato versar sobre a herança de pessoa viva (Simão, 2005, p. 38-39).

Em retrospectiva histórica, o referido preceito surgiu no direito romano, através da impossibilidade de renúncia de eventual herança futura e incerta. Todavia, com a instituição do *Corpus Juris Civilis*, também conhecido como Código de Justiniano, em meados de 535 d. C., tornou-se permitida a renúncia em determinados casos, desde que houvesse a concordância do autor da herança, pois assim seria evitado qualquer desejo de morte. Já no direito europeu, os pactos sucessórios surgiram como forma de “substituir” os testamentos. Contudo, entre os anos de 1300 a 1650, a Europa passava por transformações no período renascentista, de forma que mudanças significativas aconteceram no campo do direito, em especial no tocante às sucessões. Com isso, a renúncia passou a ser proibida, exceto se houvesse concordância entre as partes. No período da Revolução Francesa, a prática foi totalmente abolida, passando a ser expressamente proibida. Em contrapartida, a legislação alemã, através do *Bürgerliches Gesetzbuch*, em vigor desde o ano de 1900, bem como o Código Civil suíço e austríaco permitem os pactos antecipados (Monteiro Filho; Silva, 2016, p. 3-4).

Na legislação brasileira, desde a época do Brasil colônia, regido pelas Ordenações Reais de Portugal, que abarcavam um compilado das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, os pactos sucessórios

eram vedados. Posteriormente, em 1º de janeiro de 1917, entrou em vigor o primeiro Código Civil brasileiro, que teve como principal autor o jurista Clóvis Beviláqua. Nesse contexto, as disposições atinentes ao direito contratual foram estipuladas no livro IV, onde constava no artigo 1.089, de forma expressa, a impossibilidade de pactos sucessórios. Seguindo esse caminho, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, em que pese o decurso de aproximadamente 85 anos entre as codificações, não houve nenhuma alteração quanto a matéria. Com isso, a nova codificação civil manteve a mesma redação da legislação anterior, de forma que passou a constar no artigo 426 no atual Código Civil (Madaleno, 2020, p. 4).

Portanto, torna-se necessário trazer os desdobramentos do pacto sucessório à discussão. Conforme já mencionado, os pactos sucessórios são entendidos como estipulações antecipadas em vida, sobre eventual patrimônio que o futuro *de cujus* vier a ter, no momento de seu falecimento. Tradicionalmente, os argumentos clássicos formulados pela doutrina para a proibição de contratos com objeto de herança de pessoa viva eram três. A contrariedade aos bons costumes, pela expectativa de morte do autor da herança, a impossibilidade do exercício da liberdade de forma livre, e, o último, traduz a máxima que não existe herança sem o evento morte (Rosa; Rodrigues, 2023, p. 164-165).

Já na atualidade, a doutrina moderna sintetizou a vedação em apenas dois pilares. A primeira proibição, como na concepção clássica, é de que seria criada uma expectativa negativa em relação ao proprietário da massa patrimonial, em razão do risco de desenvolver a ambição nos futuros beneficiários do patrimônio, bem como a vontade pela morte. Já a segunda vedação, está ligada ao instituto do testamento. Dessume-se que haveria certa dificuldade para dispor dos

bens de forma livre em testamento por haver pacto sucessório prévio (Madaleno, 2020, p. 23).

Dessa forma, os pactos podem ser subdivididos em duas modalidades: atributivos e abdicativos. Dito isso, o pacto atributivo também pode ser encontrado na doutrina pelo nome de aquisitivo ou “*de succedendo*”, de forma que o autor do patrimônio nomeia, de forma unilateral, um ou mais herdeiros testamentários, que irão receber determinada quantidade ou unidade da herança a título universal, dividida por fração ou porcentagem. Também, poderá determinar legados, aos chamados herdeiros legatários, que receberão um ou mais bens específicos, a título singular. É importante consignar que a instituição de pactos atributivos pode ser livre, nos casos de títulos onerosos e restrita às determinações legais, no caso de títulos gratuitos. Por outro lado, o pacto abdicativo, renunciativo ou de “*non succedendo*”, caracteriza-se quando determinado herdeiro, com direito previsto expressamente no Código Civil, renuncia antecipadamente ao direito eventual à herança, que pode existir ou não, já que se trata de evento futuro e incerto. Do mesmo modo que no pacto atributivo, este pode ser a título oneroso ou gratuito (Monteiro Filho; Silva, 2016, p. 5-6).

Nesse contexto, o âmbito do direito de família e das sucessões, reveste-se atualmente de uma controvérsia legal e doutrinária sobre o instituto da renúncia prévia à herança, formulada no pacto antenupcial/convivencial. Em princípio, o pleno exercício de um direito vinculado à ocorrência do evento morte poderia criar incentivos para desejar a morte da outra parte (*votum alicujus mortis*). Contudo, em uma interpretação literal do referido dispositivo, não se verifica impedimento para a celebração de negócios jurídicos cuja eficácia esteja condicionada à morte de uma das partes ou de terceiros. Portanto, poderia ser juridicamente válido um contrato de compra e venda que verse que

a posse do comprador irá se concretizar apenas após a morte do vendedor, ou que o pagamento das prestações se encerre com o falecimento do vendedor. Tais negócios são denominados pactos *post mortem* ou negócios jurídicos com efeito *post mortem*, embora despertem sentimentos semelhantes aos que justificam a proibição dos pactos sucessórios (Monteiro Filho; Silva, 2016, p. 9).

Ademais, com fundamento no preceito da função social do contrato, ao considerar o artigo 113, § 2º, do Código Civil, onde consignou-se que os contratantes podem atribuir regras de interpretação, preenchimento de lacunas e integração dos negócios jurídicos, distintas das estabelecidas em lei, o desejo dos acordantes deveria preponderar, em face da inexistência de proibição expressa sobre os pactos sucessórios abdicativos (Rosa, 2023, p. 173). Todavia, em que pese as constantes mudanças da sociedade atual, especialmente no campo do direito de família e sucessões, constata-se que algumas previsões legais não estão adequadas com a realidade contemporânea, sendo impostas de forma rígida, restringindo a aplicação dos preceitos insculpidos pelos princípios da autonomia privada, liberdade contratual e função social do contrato (Teixeira, 2019, p. 470).

Entretanto, o entendimento diverso é de que no atual sistema, a renúncia à herança antecipada por cônjuge ou companheiro, especialmente por meio de um contrato, ainda não é considerada possível. Conforme entendimento do artigo 1.655 do Código Civil, que estipula a nulidade automática de qualquer disposição inserida no pacto antenupcial que contrarie normas absolutas estabelecidas em lei, incluindo aquelas que violam normas cogentes ou de ordem pública, entende-se que o princípio é aplicável também aos pactos antenupciais/convivência. No mesmo sentido está o artigo 426 do

Código Civil, onde são estabelecidas normas de ordem pública que visam proibir os pactos sucessórios (Hironaka; Tartuce, 2019, p. 98).

Atualmente, tal vedação pode ser considerada como forma de evitar a obtenção de vantagem patrimonial, fundada em especulação e desejo de morte do titular dos bens em questão, além da possível restrição de liberdade em dispor do patrimônio em testamento. Em contraposição, o próprio regime da separação de bens estipula que os cônjuges/companheiros decidem pela incomunicabilidade total dos bens anteriores e os adquiridos durante a constância da união, podendo ser considerada a renúncia prévia de herança futura como uma extensão lógica da vontade de separação dos bens de cada cônjuge/companheiro. Inclusive, não há que se falar em desejo de morte do detentor do patrimônio, pois, justamente, se está renunciando a eventuais bens que podem ou não existir (Madaleno, 2018, p. 38).

Outrossim, o direito do herdeiro ou legatário é válido somente após o falecimento do *de cujus*, o que implica que a renúncia só pode ocorrer e ser juridicamente válida a partir desse momento. Em virtude da proibição dos pactos abdicativos na legislação brasileira, a renúncia prévia não é permitida, uma vez que tal ato configura um negócio jurídico sobre eventual herança de pessoa ainda viva (Venosa, 2024, p. 458). Por essa razão, o Código Civil somente permite a pactuação de herança antecipada em relação aos atos de última vontade, que englobam os testamentos e codicilos (Diniz, 2023, p. 61). Ademais, quando o objeto do pacto versar sobre tal renúncia, será considerado como ato nulo o pacto bilateral realizado entre as partes. A justificativa é de que essa pactuação antecipada poderia limitar a liberdade de dispor sobre os bens, visto que, não se sabe quando a morte irá chegar, justamente sendo evento futuro e incerto (Gomes; Faria, 2019, p. 67).

Sobre o tema, em 30 de novembro de 2023, o Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

proibiu a estipulação de renúncia da herança formulada no pacto antenupcial. Na ocasião, após a negativa de registro do pacto pelo Tabelião e, posteriormente pelo Juiz Corregedor, a apelante interpôs Recurso de Apelação ao Tribunal de Justiça. O argumento utilizado foi que o desejo de renunciar ao direito futuro de herança não está vedado pelo artigo 426 do Código Civil, porquanto diz respeito à uma expectativa de direito, que deve possuir restrição expressa em lei. Contudo, em que pese tal argumento, o Corregedor Geral entendeu que o ordenamento jurídico brasileiro proíbe expressamente os chamados “pactos sucessórios”, ante o teor do artigo 426 do Código Civil. Ainda, com fulcro no artigo 1.655 do Código Civil, elencou que não há como estipular cláusula contrária à ordem pública no pacto antenupcial. Assim, os demais votos seguiram a fundamentação do Relator, com o consequente desprovimento do Recurso. Salienta-se que trata-se de ato administrativo, de modo que ainda não existem muitos julgados sobre o assunto (São Paulo, 2023).

Ainda, está em trâmite desde o ano de 2019, o Projeto de Lei n. 3.799/2019, proposto pela Senadora Soraya Thronicke, que visa alterar alguns dispositivos do atual Código Civil no âmbito do direito das sucessões. Na ocasião, a justificativa apresentada para a propositura do Projeto de Lei, foi pautada nos estudos desenvolvidos pela Senadora, pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e por professores acadêmicos da área. Ressaltou-se que nem todas as questões desejadas puderam ser inseridas no referido Projeto, em virtude da demasiada divergência entre os estudiosos. Nesse sentido, um dos temas não abrangidos foi o instituto da renúncia antecipada à herança. Explicou-se que foi sugerida a admissão da hipótese de renúncia no pacto antenupcial e convivencial, mas sequer houve consenso mínimo entre os estudiosos para qualquer possibilidade de redação legislativa sobre o conteúdo. Sendo assim, verifica-se o

grande debate acadêmico sobre o assunto, que pode estar longe de ser regulamentado no direito brasileiro (Brasil, 2019).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abertura da sucessão está atrelada à ocorrência da morte, que encerra a existência da pessoa natural e desencadeia inúmeras consequências jurídicas capazes de afetar o patrimônio do *de cujus*, bem como a estrutura das relações sociais e familiares. Dessa forma, o conceito de herança abrange toda a universalidade de bens, direitos e obrigações do falecido. Através da literalidade do texto legal, a possibilidade de manifestação quanto a aceitação ou renúncia da herança ocorre após a morte do detentor do patrimônio.

No âmbito do direito de família, o pacto antenupcial/convivencial no ordenamento jurídico brasileiro possui características para sua validade e para a pactuação das cláusulas permissivas. Por se tratar de um contrato, observa as regras gerais do negócio jurídico, previstas no artigo 104 do Código Civil. Em sentido amplo, as cláusulas que estejam em oposição à lei ou à ordem pública não poderão ser pactuadas, porquanto sua obediência é obrigatória e não pode ser afastada ou excluída pelas partes. Além disso, além das cláusulas patrimoniais, também são permitidas as previsões que versem sobre cláusulas existenciais.

Diante das considerações apresentadas, a pesquisa teve por objetivo geral analisar a viabilidade jurídica da renúncia à herança através do pacto antenupcial firmado em momento anterior ao matrimônio, bem como no pacto convivencial, formalizado na instituição da união estável, diante da restrição que proíbe o objeto do contrato ser a herança de pessoa viva, tendo em vista os princípios da

autonomia privada, da liberdade contratual, direito de família mínimo, boa-fé e função social do contrato.

Por essa razão, verificou-se que a resposta ao problema de pesquisa possui duas correntes. A primeira delas entende que a mera renúncia antecipada de herança não é capaz de trazer sentimento ou desejo de morte do detentor do patrimônio, muito pelo contrário, se o cônjuge/companheiro já abdicou de sua quota-parte na herança, nada terá a receber (a depender do regime de bens), de forma que não é plausível dizer que terá anseio pela morte de seu par. Outrossim, tendo em vista que o pacto antenupcial/convivencial reveste-se na forma de contrato, o artigo 113, § 2º, do Código Civil é claro ao afirmar que os contratantes podem atribuir regras de interpretação, preenchimento de lacunas e integração dos negócios jurídicos, distintas das estabelecidas em lei. Assim, o desejo dos contratantes deve preponderar, em razão da inexistência de proibição expressa sobre os pactos sucessórios abdicativos no ordenamento jurídico.

A segunda corrente doutrinária entende que a renúncia antecipada da herança, efetivada por cônjuge ou companheiro, especialmente por meio de um contrato, não é considerada possível. Isso porque, o artigo 426 do Código Civil prevê a impossibilidade de disposição de cláusulas contratuais que versem sobre a herança de pessoa viva, também chamado de “*pacta corvina*”. Além disso, o artigo 1.655 do Código Civil estipula que será causa de nulidade imediata a pactuação de qualquer disposição inserida no pacto antenupcial/convivencial que seja contrária às normas estabelecidas em lei, incluindo aquelas que violam normas cogentes ou de ordem pública. Por fim, se tal possibilidade fosse aceita pelo ordenamento jurídico, poderia limitar a liberdade do titular do patrimônio em dispor sobre seus bens.

A legislação é clara ao estabelecer a inviabilidade dos pactos sucessórios antecipados. Contudo, não se pode olvidar o anseio

da sociedade sobre a regulamentação do assunto. Sabe-se que atualmente a modernização das estruturas familiares ocorreu de forma expressiva, notadamente com a Constituição Federal de 1988 que trouxe maior protagonismo à pessoa em oposição ao interesse patrimonial, com o consequente desejo de proteção e planejamento patrimonial.

As transformações nas dinâmicas familiares contemporâneas e o desejo de proteger o patrimônio tornam o tema deste estudo socialmente relevante. A conciliação entre a liberdade individual e as necessidades familiares é fundamental para manter a harmonia e evitar conflitos relacionados à sucessão. Ainda, o instituto do planejamento patrimonial visa garantir a proteção dos bens, seja antes ou durante o matrimônio/união estável, conforme o regime de bens adotado. Por essa razão, as mudanças nas percepções sobre casamento, união estável e administração patrimonial demonstram com clareza a evolução nas práticas sucessórias.

Nesse contexto, o presente estudo oferece uma nova perspectiva sobre o assunto, tendo em vista que tal vedação surgiu no direito romano e vem sendo replicada através dos séculos. No direito brasileiro, a restrição aos pactos sucessórios advém desde as Ordenações Reais de Portugal, tradição que foi replicada pelo Código Civil de 1916. Mesmo após aproximadamente 85 anos de vigência do referido Código, a reprodução do impedimento foi adotada em sua totalidade na redação do Código Civil de 2002. Nesse ínterim, mesmo após o decurso de duas décadas da última codificação, o legislador permanece inerte sobre a discussão do assunto. Ante o exposto, a impossibilidade de renúncia de eventual herança futura e incerta está em possível descompasso com as mudanças sociais da atualidade. Dessa forma, sugere-se que o tema seja objeto de debate

pelos estudiosos e legisladores, a fim de concretizar as alterações legislativas que atendam aos anseios sociais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução N° 175**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Min. Joaquim Barbosa, 14 de maio de 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>. Acesso em: 03 jun. 2024.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 mar. 2024.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 mar. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei n° 3799, de 2019**. Altera o Livro V da Parte Especial da Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015, para dispor sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137498>. Acesso em: 23 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 1.309.642 SP - São Paulo**. Direito Constitucional e Civil. Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. Separação obrigatória de bens nos casamentos e uniões estáveis com pessoa maior de setenta anos. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 01 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6096433>. Acesso em: 17 jun. 2024.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2023a. E-book. ISBN 9786553626393. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626393/>. Acesso em: 02 jun. 2024.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023b. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/>. Acesso em: 05 maio 2024.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/>. Acesso em: 07 maio 2024.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 14. ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book. ISBN 9786553629707. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629707/>. Acesso em: 03 jun. 2024.

GOMES, Orlando; FARIA, Mario Roberto Carvalho de. **Sucessões**. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. ISBN 9788530986049. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986049/>. Acesso em: 30 mar. 2024.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024a. E-book. ISBN 9788553622375. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553622375/>. Acesso em: 05 maio 2024.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 21. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024b. E-book. ISBN 9788553622382. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553622382/>. Acesso em: 02 jun. 2024.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [s. l.], v. 21, n. 03, 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/466>. Acesso em: 31 mar. 2024.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 13. ed. rev. atual. e ampli. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2023. E-book. ISBN 9786559648511. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648511/>. Acesso em: 07 jun. 2024.

MADALENO, Rolf. **Sucessão Legítima**. 2. ed. rev., atual. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book. ISBN 9788530990558. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990558/>. Acesso em: 07 maio 2024.

MONTEIRO FILHO, Carlo Edison do Rego; SILVA, Rafael Cândido da. A proibição dos pactos sucessórios: releitura funcional de uma antiga regra. **Revista de Direito Privado**. vol. 72. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/41483304/A_PROIBIÇÃO_DOS_PACTOS_SUCESSÓRIOS_RELEITURA_FUNCIONAL_DE_UMA_ANTIGA_REGRA. Acesso em: 01 abr. 2024.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampli. Rio de Janeiro: Forense, 2023. E-book. ISBN 9786559648016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648016/>. Acesso em: 02 jun. 2024.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 9. ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: Juspodivm, 2022.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. **Inventário e Partilha: Teoria e Prática**. 5. ed. rev., atual. e ampli. Salvador: Juspodivm, 2023.

SÃO PAULO, Conselho Superior da Magistratura. **Apelação Cível 1003090-14.2023.8.26.0577 SP - São Paulo**. [...] Renúncia TAMBÉM À CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE COM OS ASCENDENTES OU DESCENDENTES PREVISTA NO ARTIGO 1.829 DO CÓDIGO CIVIL – ARTIGO 426 DO CÓDIGO CIVIL que veda o pacto sucessório [...] – Título que, tal como se apresenta, não comporta registro – APELAÇÃO NÃO PROVIDA. Relator: Fernando Torres Garcia (Corregedor Geral), 30 de novembro de 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=17414202&cdForo=0>. Acesso em: 10 ago. 2024.

SIMÃO, José Fernando. Análise das Regras do Contrato de Sociedade quando da morte dos sócios e a Vedação de Existência de Pacto Sucessório. **Revista IMES**, [s. l.], n. 10, p. 34-48, jan./jun. 2005. Disponível em: https://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/780. Acesso em: 18 ago. 2024.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2024a. E-book. ISBN 9786559649662. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649662/>. Acesso em: 30 mar. 2024.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2024b. E-book. ISBN 9786559649686. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649686/>. Acesso em: 02 jun. 2024.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 13. ed. rev., atual. e ampli. Rio de Janeiro: Método, 2023. E-book. ISBN 9786559646999. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646999/>. Acesso em: 24 ago. 2024.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. Autonomia privada e flexibilização dos pactos sucessórios no ordenamento jurídico brasileiro. In: Tepedino, Gustavo; Menezes, Joyceane Bezerra de. **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 463-479. Disponível em <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L179>. Acesso em: 2 abr. 2024.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** família e sucessões. 24. ed., rev. e atual. Barueri: Atlas, 2024. E-book. ISBN 9786559775712. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775712/>. Acesso em: 30 mar. 2024.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil:** Tradição no Ocidente e no Brasil. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. ISBN 9788530987305. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987305/>. Acesso em: 06 mai. 2024.