



CAPA

Novum MILLENIUM

Ano 2022 - N° IX

Manaus - Amazonas

**TRABALHO
DE CONCLUSÃO
DE CURSO DE
DIREITO**

ISSN: 1678 - 5533



CONSELHO EDITORIAL

Dra. Elen Bethleen de Souza Carvalho
Presidente

MEMBROS

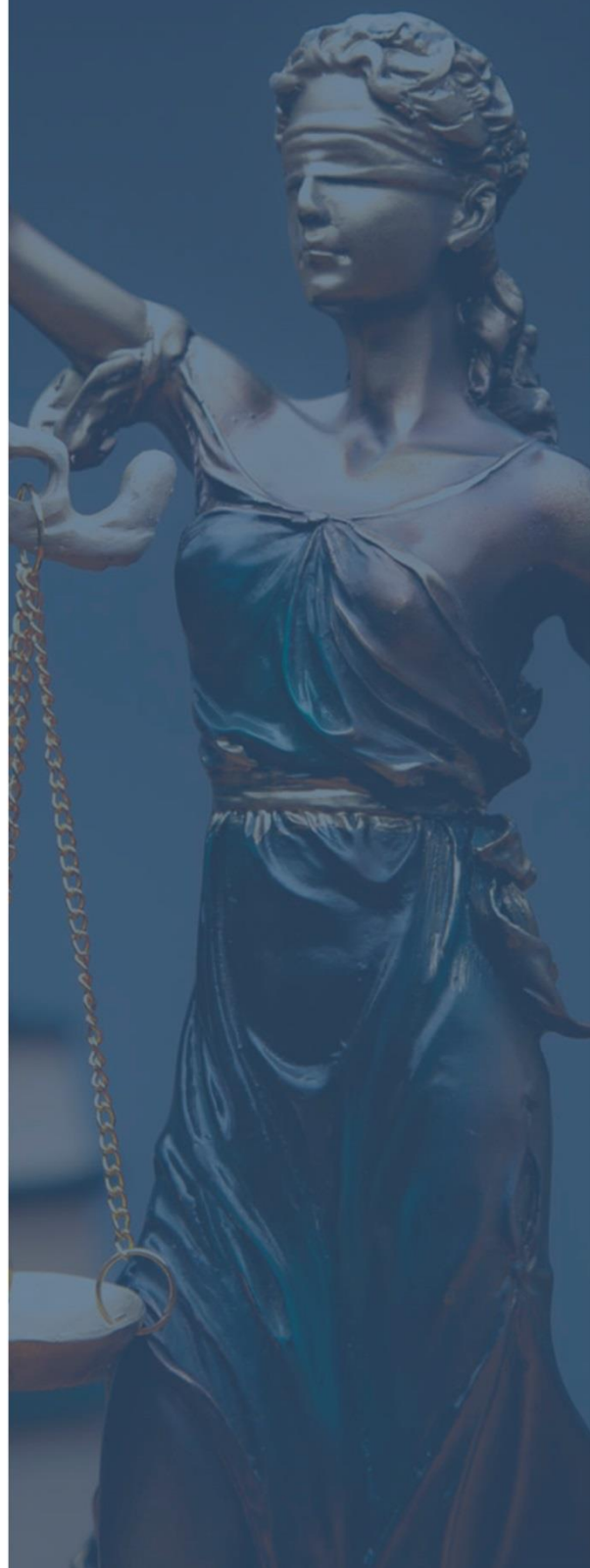
Esp. Sílvia Maria Sarubi de Lyra
Dra. Malinália Inês Rocha Marcião
Me. Margareth Leite de Alencar
Me. Keila Dayane do Espírito Santo Pereira
Dr. Paulo Sergio Lima dos Santos

REVISÃO DE TEXTO

Esp. Sandra Miranda Queiroz Barros

PROJETO GRÁFICO E EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Edmilson Lopes de Sousa Filho
Elen Bethleen de Souza Carvalho



Dados Internacionais de Catalogação na Fonte

N945 Novum Millenium / Escola Superior Batista do Amazonas.
– Vol. IX, ano 9, (2023). Manaus: Escola Superior Batista
do Amazonas – ESBAM, 2023.
158 f.: 30 cm.

Anual
ISSN: 1678-5533

1. Direito - Periódicos. I. Escola Superior Batista do
Amazonas. II. Título.

CDD – 345.005

Bibliotecária Responsável: Edilmara Melo de Lima – CRB11/ 852

SUMÁRIO

- 6 - PARCERIA PÚBLICO PRIVADA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO
- 19 - UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A LEI Nº 14.193/2021 (LEI DA SOCIEDADE ANÔNIMA DO FUTEBOL – SAF)
- 34 - ANÁLISE DA LEI Nº 12.735/2012
- 46 - SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA FORMA DE ABUSO INFANTIL.
- 69 - A LEI CAROLINA DIECKMANN (Nº 12.737/2012) E SUAS IMPLICAÇÕES: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE AS DISCUSSÕES ACERCA DOS CRIMES CIBERNÉTICOS NO BRASIL
- 85 - A REGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE À LUZ DAS DISCUSSÕES CONTRADITÓRIAS NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL
- 101 - O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOBRE O TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL: ALGUMAS REFLEXÕES
- 109 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO.
- 124 - UM ESTUDO SOBRE O ABANDO AFETIVO INVERSO À LUZ DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA: ANÁLISE DOS DISCUSSÕES DOUTRINÁRIAS NO ÂMBITO JURÍDICO BRASILEIRO
- 137 - UMA ANÁLISE SOBRE O INSTITUTO DA USUCAPÍÃO EXTRAJUDICIAL SEGUNDO A LEI Nº 13.465/2017

EDITORIAL

O objetivo do 9º número da revista acadêmico-científica *Novum Millenium* da Escola Superior Batista do Amazonas (ESBAM) é divulgar para a comunidade científica e acadêmica os Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC) dos discentes do curso de Direito da ESBAM. Os temas dos TCCs refletem sobre diversas áreas do Direito, tais como: o Sistema prisional Brasileiro, Sociedades Anônimas do Futebol, Crimes Cibernéticos, Síndrome de Alienação Parental, Tráfico Internacional e Exploração Sexual, Responsabilidade Civil do Médico, Direito da Família, Instituto da Usucapião Extrajudicial.

Dra. Elen Bethleen de Souza Carvalho
Presidente do Conselho Editorial

PARCERIA PÚBLICO PRIVADA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

ALVARO GUIMARAES PRIETO¹
PAULO SÉRGIO LIMA DOS SANTOS²

Escola Superior Batista do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil.

Resumo: As fórmulas de colaboração público-privada que estão sendo usadas no Brasil têm sua origem na necessidade de manter e aumentar, se possível, o investimento em infraestrutura pública e na necessidade de financiamento alternativo à dívida tradicional do setor público com a sociedade. No presente trabalho reflete-se sobre os benefícios e problemas que o negócio de prisões privadas no Brasil naquilo que se denominou de parceria público privada. Depois de expor brevemente as principais razões que deram origem ao atual desenvolvimento desta realidade, e os mais importantes prós e contras da privatização, analisa o impacto que esta iniciativa pode têm sobre o funcionamento do sistema prisional do Brasil. A experiência em alguns Estados Paraná, São Paulo, Rio Grande do Sul e Espírito Santos revelam como o tráfico de influências entre políticos, representantes de grandes empresas que controlam o mercado e poderosos bancos de investimento tem contribuído para o aumento da população carcerária e garantir os benefícios desse negócio com o dinheiro dos contribuintes. A conclusão é que tais experiências representam um "anti- modelo", um exemplo eloqüente do caminho que uma política penitenciária civilizada nunca deveria aceitar.

Palavras-Chave: Presídios privados. Superlotação prisional. Sistema prisional. Política criminal.

Abstract: The public-private collaboration formulas that are being used in Brazil have their origin in the need to maintain and increase, if possible, investment in public infrastructure and in the need for alternative financing to the public sector's traditional debt to society. This work reflects on the benefits and problems that the business of private prisons in Brazil in what has been called a public-private partnership. After briefly exposing the main reasons that gave rise to the current development of this reality, and the most important pros and cons of privatization, it analyzes the impact that this initiative can have on the functioning of the prison system in Brazil. The experience in some States Paraná, São Paulo, Rio Grande do Sul and Espírito Santos reveal how influence peddling between politicians, representatives of large companies that control the market and powerful investment banks has contributed to the increase in the prison population and guaranteeing the benefits of this business with taxpayers' money. The conclusion is that such experiences represent an "anti-model", an eloquent example of the path that a civilized penitentiary policy should never accept.

Keywords: Private prisons. Prison overcrowding. Prison system. criminal policy.

¹ O autor é aluno finalista do curso de direito da ESCOLA SUPERIOR BATISTA DO AMAZONAS – ESBAM.

² Orientador Professor Doutor Paulo Sérgio Lima dos Santos

1. INTRODUÇÃO

A maioria dos trabalhos que falam de parceria público privada no sistema prisional brasileiro falam sobre o desenvolvimento e evolução do negócio atual de prisões privadas no Brasil. Na verdade, a maioria dos trabalhos são críticos e é muito difícil encontrar outros trabalhos que ofereçam dados sobre a maior eficiência e a economia econômica para os cofres públicos que a gestão privada supostamente oferece nos centros de detenção.

Para situar o contexto deste trabalho, é muito interessante começar com uma referência ao relatório anual de 2019 que o Ministério da Justiça possui a respeito das parcerias públicos privadas no Brasil que informa que os acionistas falam sobre alguns dos riscos que afetam seus negócios: o crescimento depende da capacidade de fechar novos contratos, e construir e administrar novas prisões e centros de detenção.

Esse possível crescimento depende de alguns fatores que não se pode controlar, tais como: índices de criminalidade, tipo de penas impostas e aceitação ou não da privatização. A demanda por instalações e serviços pode ser negativamente afetados pela flexibilização da atuação das forças de segurança, a clemência na hora de condenar, ou a desclassificação de algumas condutas que atualmente constituem crime. Por exemplo, qualquer alteração dos comportamentos relacionados ao uso e tráfico de drogas poderia afetar o número de pessoas presas, acusadas ou condenadas e, portanto, isso poderia reduzir a demanda por instalações correcionais. Os decisores políticos ao nível federal e estadual propõem hoje reformas na legislação sobre tráfico de drogas, estupro e outros crimes. Da mesma forma, em alguns estados, as propostas de reforma legislativa que poderiam reduzir a pena mínima para alguns crimes não violentos e permitir que um maior número de prisioneiros sejam libertados em liberdade condicional por bom comportamento não o acontecem por profunda influência de setores empresariais.

Da mesma forma, a eventual aplicação de penas alternativas que de outra forma permaneceria na prisão, liberada através do uso de um sistema de controle eletrônico. e a descida nos índices de criminalidade ou na diminuição dos recursos destinados à prevenção e processar o crime poderia reduzir o número de prisões e condenações que levam a privação de liberdade fraudulenta. Apesar da dureza deste relatório, a verdade é que o aumento da população penitenciária e a expansão dos presídios são aspectos essenciais para a sobrevivência do negócio prisional privado.

De fato, embora tradicionalmente o debate sobre as prisões privadas no Brasil tem apostado na análise da eficácia da sua gestão e dos seus custos em comparação com as

prisões públicas, ultimamente a atenção é direcionada para o papel que as empresas privadas estão desempenhando na promoção do crescimento do número de pessoas encarceradas.

Essas empresas fazem contribuições significativas para as campanhas eleitorais de líderes políticos que posteriormente tomarão decisões no campo da Política criminal; e, por outro lado, os executivos desse setor ocupam cargos importantes em posições de poder, um poderoso lobby (formado por políticos, parlamentares e empresários, todos conservadores), que promove a ideologia do livre mercado, a defesa da “política bandido opressor” e a privatização dos presídios, e que exerce uma notável influência na política legislativa.

Este negócio de prisões privadas tem-se centrado fundamentalmente na construção e gestão de prisões por empresas privadas que visam a obtenção de benefícios econômicos. Essa privatização afetou, no Brasil, centros penitenciários federais e estaduais, bem como centros para menores (um caso no estado do Paraná) e centros de detenção feminina. Em alguns casos é a empresa que constrói e administra o centro e também pode ser a proprietária do terreno; outras vezes a própria empresa constrói o centro e aluga para a Administração; e, em outros casos, a função da empresa se limita à administração do presídio. Em todo o caso, todas estas prisões funcionam através de contratos com a Administração Pública e estão sujeitas à sua fiscalização, então nenhum deles é completamente privado. Segundo dados de 2015, o número de presos em prisões privadas nos Brasil era próximo a 80 mil, o que representa aproximadamente 10,8% da população carcerária total do país.

No entanto, parece que nos últimos tempos o negócio prisional privado tem estado orientado para o financiamento da construção de prisões com empréstimos concedidos por bancos de investimento e através da venda de uma espécie de obrigações (rendas), emitidas por alguns Estados. A emissão desse tipo de título não está sujeita aos controles dos chamados títulos de obrigação geral. Essas obrigações de obrigações gerais e os juros que oferecem são superiores aos oferecidos por estes. Em alguns casos, a mesma empresa que compra as obrigações aluga posteriormente os centros para fazer a sua gestão, mas, noutras ocasiões, limita-se a realizar o negócio financeiro através da compra de obrigações, o que significa que o benefício é obtido independentemente do bom ou mau desempenho do centro penitenciário construído.

Em suma, é um tema muito complexo com importantes implicações políticas, econômicas, legais e morais, das quais não é possível se dar em um artigo acadêmico. Assim, este artigo teve como objetivo situar o contexto em que esse fenômeno se

desenvolve e destacar os riscos envolvidos em tornar o confinamento coercitivo de pessoas um negócio do qual, grandes empresas de capital aberto cujas ações estão nas mãos acabam se beneficiando de poucos.

Para isso, tratou-se em primeiro lugar, das razões que parecem ter influenciado decisivamente a origem da atual indústria prisional privada no Brasil. Em segundo lugar, argumenta-se os fundamentos que são usados em defesa e contra a privatização. Em terceiro lugar, o artigo faz referência a algumas avaliações doutrinárias de como essa realidade está influenciando o sistema prisional no Brasil.

2. FATORES DETERMINANTES NA CRIAÇÃO DA ATUAL INDÚSTRIA DE PRISÃO EM PARCERIA PÚBLICO PRIVADA NO BRASIL

Desde o início do século XX até a década de 1970, a taxa de encarceramento nos Brasil permaneceu relativamente estável, mas a campanha de lei e ordem de alguns presidentes levou a um aumento claro no número de pessoas condenadas a penas de prisão, sem paralelo; com isso, a política de endurecimento penal foram tomadas medidas para fazer face ao aumento da população prisional que se verificou e que levou à sobrelotação das prisões (FARIA, 2012).

Essa situação permitiu que a ideia de privatizar os presídios, com sua proposta de maior eficiência com menor custo, fossem aceitas como uma possível solução: a superlotação carcerária era um problema que a privatização poderia resolver. Nesse contexto, há duas razões fundamentais que deram origem ao atual negócio de prisões privadas no Brasil na década de 1990 e início dos anos 2000 (ARAÚJO JUNIOR, 2015).

A primeira é a política criminal, iniciada na década de 1970, que defende penas mais duras e aumento do uso de penas de prisão como a melhor solução para resolver o problema do crime. E, em segundo lugar, a firme ideologia liberal de presidentes do José Sarney, Fernando Collor de mello, Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso que, desde o início de seus mandatos, tomaram a decisão de aplicar uma política público privada na maioria das funções governamentais, com base na doutrina de que “o Estado é o problema e não a solução (CARVALHO, 2019).

A partir daí, na década de 1980, muitos formuladores de políticas federais, estaduais e municipais, de todo o espectro político, começaram a manifestar interesse nestas práticas de políticas públicas privadas e entre elas a criação de prisões privadas (BONFIM, 2011).

O interesse se intensificou devido ao aumento da criminalidade, ao alto custo de manutenção dos presídios e ao declínio da ideologia de tratamento diante dos maus

resultados da reabilitação. Todos esses fatores combinados ajudaram a impulsionar a ideia de parceria público privada (D'URSO, 2017).

A par do anterior, a avidez que caracterizou a atuação da banca de investimento naqueles anos também contribuiu em grande medida para a promoção das prisões privadas como negócio (FERNANDES, 2015).

A ideologia do livre mercado e do financiamento por meio de *junk bonds* atingiu seu apogeu quando centenas de cidades, ao contrário do que vinha sendo a posição tradicional de rejeitar a presença de presídios em seu território (não no meu quintal), passaram a competir para entrar no negócio e tentar resolver o problema do desemprego derivado das crises econômicas dos anos 1980 e 1990 (MURARO, 2017).

Diante da situação causada pela desindustrialização, os líderes políticos começaram a ver nas prisões privadas uma indústria não dependente de energia não renovável que possibilitaria a reposição dos empregos perdidos em decorrência da crise econômica. É assim que a prisão começa a ser vista como uma indústria e não como uma instituição penal (JUNIOR, s/d).

Assim, embora algumas empresas prisionais privadas tenham perdido dinheiro em seus primeiros dias, elas conseguiram lançar bem-sucedidas ofertas públicas de ações para arrecadar fundos, especialmente depois que analistas financeiros começaram a promover investimentos em prisões privadas na década de 1990 e as qualificaram como ações temáticas (MOURA, 2011).

A realidade é que hoje é considerada uma área em expansão: com uma população carcerária de aproximadamente 800 mil presos (a maioria deles criminosos não violentos confinados em centros de segurança média ou mínima e temporários) e em permanente crescimento, o negócio parece estar garantido. Os investidores não teriam arriscado seu dinheiro sem a garantia da demanda do mercado (MARTINS, 2016).

3. ARGUMENTOS A FAVOR E CONTRA O USO DE PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL

A criação de prisões privadas no Brasil com base em parcerias público privadas gerou um debate tenso desde o seu início. Por um lado, tem sido alvo de fortes críticas de defensores de direitos humanos, advogados criminais, criminologistas e sindicatos. Fundamentalmente, contra a privatização são invocadas razões de natureza moral, de ordem constitucional e de natureza social e econômica (MATTOS, 2011).

Por outro lado, seus defensores não veem problemas morais ou constitucionais na

privatização e, no entanto, consideram que, do ponto de vista social e econômico, as prisões privadas são mais eficientes e economizam custos para o Estado (MIRANDA, 2016).

Os oponentes da privatização argumentam que deixar a administração da prisão nas mãos de corporações com fins lucrativos é imoral porque coloca o ganho financeiro acima do bem-estar dos presos (MELO, 2015).

Além disso, eles entendem que se a gestão penitenciária for deixada nas mãos de organizações cujo interesse principal é o lucro, essas organizações inevitavelmente exercerão pressão para aumentar a privação de liberdade (MINHOTO, 2010).

Uma seção da Igreja Católica também questionou a moralidade da privatização. Alguns bispos declararam que privar outros seres humanos de sua liberdade, restringir o contato com seus semelhantes e usar de coerção contra eles são atos de grande importância para os seres humanos e, conseqüentemente, delegar tais funções a instituições cujo sucesso depende do maior ou menor benefício que geram é convidar ao abuso e abdicar da responsabilidade pública por esses seres humanos (D'URSO, 2017).

Com relação aos argumentos de ordem constitucional, os que rejeitam a privatização afirmam que o poder de privar as pessoas da liberdade, o poder de coerção, não deve estar nas mãos de particulares; a prisão de seres humanos é uma função essencial do Estado que não deve ser delegada (ARAÚJO JUNIOR, 2015).

Tal delegação de funções no âmbito das prisões privadas – afirmam - poderia ser inconstitucional, já que o que está em jogo neste campo é a liberdade das pessoas e não outros direitos como o direito de propriedade. Os defensores, no entanto, argumentam contra essa suposta inconstitucionalidade que, enquanto o poder legislativo e o poder judiciário, de fato, devem estar nas mãos do Estado, o poder executivo é passível de delegação (FERNANDES, 2015).

O Estado pode delegar a sua competência para o desempenho de funções não essenciais e para a prestação de determinados serviços públicos. O importante nestes casos é que o Estado dite normas que regulem e limitem adequadamente as funções delegadas, que exerça a fiscalização necessária e que estabeleça um sistema de sanções em caso de incumprimento (FARIA, 2012).

Quanto aos argumentos de maior eficiência e economia de custos para o Estado, pode-se dizer que são os que mais decisivamente influenciaram o sucesso da indústria prisional privada no Brasil, ainda que não pareça haver evidências para apoiar tais resultados (JUNIOR, s/d).

Assim, de modo geral, os que defendem a ideia da privatização argumentam em sua

defesa que a gestão privada reduz custos, oferece maior qualidade de serviços e atua como blindagem contra a corrupção que aflige o setor público (CARVALHO, 2019).

A privatização acarreta economia de custos porque, afirma-se, a concorrência entre as várias empresas privadas cria fortes incentivos para melhorar o serviço e economizar dinheiro. A disciplina do mercado os obrigará a lutar para não ter prejuízos (MARTINS, 2016).

Além disso, as empresas privadas não estão sujeitas às restrições do setor público, podendo contratar pessoal e serviços a um custo menor, podendo construir centros mais rapidamente e também a um preço menor. No setor privado, a economia pode vir de algumas despesas sobre as quais o setor público tem pouca ou nenhuma capacidade de manobra: salários, margem de lucro, horas extras, etc. (BONFIM, 2011).

A estratégia de mercado que domina a atividade das empresas privadas resultará também – afirmam – numa melhoria da qualidade dos serviços. Em primeiro lugar, qualquer problema de segurança chegará aos meios de comunicação e prejudicará seriamente os interesses da empresa, pelo que estes terão um incentivo maior do que o Estado para desenvolver mecanismos eficientes para manter a disciplina e evitar problemas de segurança como motins, fugas de informação, etc. Em segundo lugar, os problemas burocráticos e as dificuldades em exigir prestação de contas na administração pública fazem com que a empresa privada esteja em melhores condições de exigir o bom funcionamento dos centros se a gestão for realizada por uma empresa privada do que se os funcionários públicos estiverem em cargo de prisões. Em terceiro lugar, as empresas privadas podem estar sujeitas a limites que não seriam possíveis no setor público, como sanções por quebra de contrato ou mesmo, como já mencionado, sua rescisão, o que é um incentivo para melhorar o serviço (MATTOS, 2011).

E, em quarto lugar, as empresas privadas não se regem pelas normas que regulam o funcionamento da Administração e os procedimentos de contratação pública, nem estão sujeitas às exigências impostas pelas regras do setor público; Eles poderão contratar com base no mérito e poderão demitir com mais facilidade quando os direitos humanos forem violados ou quando os trabalhadores não cumprirem suas obrigações. Além disso, a concorrência com o setor privado – acrescentam - estimulará a administração pública a melhorar seu funcionamento (MURARO, 2017). Por fim, os defensores da privatização afirmam que a empresa privada não é afetada pela corrupção que aflige o setor público. Pois bem, diante de todos esses argumentos, os opositores, por sua vez, insistem que não há - ou há mínimas - evidências dessas economias que a gestão privada supostamente implica

(MELO, 2015).

Em geral, argumenta-se que os valores de economia oferecidos são, por um lado, resultado de um cálculo errôneo, ao estabelecer a comparação com presídios públicos hipotéticos e não com dados econômicos reais. E por outro lado as economias existentes respondem, na verdade, pelo corte nos custos trabalhistas que são basicamente utilizados para remunerar os altos executivos e aumentar o patrimônio das empresas (MOURA, 2011).

Em relação à inovação tecnológica, supostamente uma das “marcas identitárias” do setor privado, em investigação sobre presídios privados realizada para o Congresso Nacional, pesquisadores do Departamento Penitenciário Federal do Ministério da Justiça concluíram que a inovação esperada no setor privado é limitada principalmente devido a dois fatores (MIRANDA, 2016).

Em primeiro lugar, porque para controlar os riscos associados à administração das prisões, as entidades públicas contratantes exigem o cumprimento de normas e requisitos muito semelhantes aos que vigoram no setor público, o que dificulta a introdução de novas metodologias de atuação. E, em segundo lugar, porque as prisões privadas foram vendidas com a promessa de economia de custos e muitos estados exigem comprovação de economia de custos (MINHOTO, 2010).

De fato, alguns trabalhos sobre o assunto mostram que há poucas evidências de melhorias nas operações prisionais resultantes da aplicação de novas tecnologias ou métodos empresariais modernos. Na realidade, a privatização não parece ter corrigido os reais problemas que afetam a gestão pública dos presídios, mas seu funcionamento é semelhante ao dos administrados pelo setor público, e a concorrência entre empresas para reduzir ou não custos tem se concretizado ou não é significativo (FERNANDES, 2015).

Por fim, a eficiência do mercado diminui acentuadamente quando, como aconteceu no campo das prisões, o setor é dominado por um par de grandes empresas, com forte poder econômico e político, cujo mercado é controlado por elas mesmas. Nesse sentido, alguns autores alertam para o perigo que essas empresas podem controlar 100% do mercado prisional privado; Nesse caso produziria uma situação de monopólio, portanto que o argumento da estratégia de mercado e da livre concorrência perderia todo o seu peso (JUNIOR, s/d).

4. A INFLUÊNCIA DAS EMPRESAS PRIVADAS NO SISTEMA PRISIONAL

Segundo alguns autores as empresas prisionais privadas têm exercido forte influência na política prisional em vários aspectos. Eles examinaram o impacto da

privatização nas decisões tomadas pelos responsáveis pela política penitenciária em alguns Estados e pôde observar uma mudança no funcionamento dos presídios em muitos deles (MARTINS, 2016).

Assim, naqueles casos em que os diversos atores envolvidos na política penitenciária (deputados, senadores, governadores, ordens de advogados, promotores, sindicatos, associações de vítimas etc.) exercem maior poder do que aqueles que se concentram no aspecto social (D'URSO, 2017).

A intervenção das empresas privadas, ao introduzir a perspectiva do lucro, modifica o processo político, alterando as finalidades, a dinâmica, etc., em detrimento dos demais operadores; Através de suas contribuições para campanhas eleitorais e da contratação de pessoas pertencentes a grupos de pressão poderosos, essas empresas conseguem introduzir novos atores, a princípio alheios a esse campo, que, de uma forma ou de outra, intervêm na tomada de decisão da política carcerária. Tudo isso distorce o funcionamento normal do serviço público (MATTOS, 2011).

Mas o mais perturbador de tudo, é a capacidade dessas empresas, por meio de suas conexões políticas e laços com certos grupos de pressão, de financiar a construção de prisões privadas com títulos e empréstimos gratuitos.as restrições fiscais usuais. Essa circunstância influencia negativa e diretamente o debate sobre a política penal e carcerária, e sobre a alocação racional do gasto público (ARAUJO JUNIOR, 2015).

Além disso, apesar da fiscalização que o Estado deve exercer sobre o funcionamento desses presídios e dos regulamentos de controle existentes, alguns autores afirmam que as empresas privadas atuam com menos controle do que as instituições públicas e não só isso, mas que algumas dessas empresas não informam as autoridades do Estado em que se encontram sobre os presos que importam de outros Estados: não informam o tipo de preso nem os crimes pelos quais estão presos (FARIA, 2012).

Por sua vez, os sociólogos e criminólogos têm tentado seguir o dinheiro para saber o verdadeiro impacto que o negócio das prisões privadas está tendo atualmente no ambiente carcerário. Seu objetivo foi tentar mostrar a forma de operar e a evolução de algumas empresas listadas na bolsa de valores e que se localizaram em áreas centrais do sistema penal (CARVALHO, 2019).

Do seu ponto de vista, não é possível compreender a situação do sistema penal e carcerário sem saber como funcionam essas empresas; a abordagem tradicional, que se concentra em aspectos como índices de criminalidade, intimidação, reabilitação, etc., às

vezes – dizem - não permite ver como esse negócio afeta a segurança pública e a privação de liberdade (MELO, 2015).

E o que esses autores mostram é como, entre as décadas de 1970 e 1990, o modesto negócio de pequenas empresas que prestavam serviços ao sistema de justiça criminal tornou-se um complexo industrial da justiça criminal. Desde então, e por todos esses anos, empresas prisionais privadas de capital aberto investiram milhões em ações e em dívidas com bancos e pagamentos a certos lobistas (BONFIM, 2011).

O crescimento deste setor industrial gerou poderosos interesses que estão afetando a liberdade das pessoas e transformando a política criminal em algo muito diferente de uma ferramenta para a segurança pública e a correta administração da justiça. Essa situação, ameaça transformar a política criminal, como instrumento orientado para o cumprimento de um serviço público, em instrumento de enriquecimento privado: o castigo tornou-se algo lucrativo (MINHOTO, 2010).

De fato, essas empresas, em seus relatórios à Comissão de Valores Mobiliários, falam da lentidão de possíveis reformas criminais como fator de risco. É um negócio milionário que, em última análise, é devido aos seus acionistas e que, em sua opinião, afeta fundamentalmente a segurança pública e a justiça social: falam da clemência de possíveis reformas penais como fator de risco (MIRANDA, 2016).

Em suma, o notável aumento da população carcerária custou muito caro, proporcionou reduções mínimas na criminalidade e, ainda assim, devastou as minorias mais pobres e aquelas com menos oportunidades sociais. As prisões privadas nascem dessa tendência injusta e o benefício das empresas exige que isso continue. Além disso, do ponto de vista deles, a presunção dessa maior eficiência do setor privado sobre o setor público alimenta a presunção de economia de custos que as pesquisas que eles realizaram não têm (MOURA, 2011).

Assim, analisar o sistema penal e carcerário sem levar em conta como esses interesses privados afetam a segurança pública e a privação de liberdade levará a uma visão distorcida da realidade (MURARO, 2017).

É sabido que os operadores prisionais privados conseguem poupar dinheiro através de reduções de pessoal, cortes em benefícios e outros custos relacionados com o trabalho, e junto com isto há relatos sobre as condições deploráveis e desumanas em que estão reclusos são encontrados nesses centros privados, então, a pergunta que deve-se fazer é o que está por trás da campanha de privatização dos presídios? Ele oferece três respostas possíveis, que não são incompatíveis entre si (MATOS, 2011).

A primeira é que a privatização pode funcionar como uma forma furtiva de empréstimo público, onde os governos evitam registrar os custos antecipadamente (ou até mesmo arrecadar dinheiro com a venda de instalações existentes) enquanto aumentam os custos no longo prazo de maneira que os contribuintes não podem apreciar (MELO, 2015).

A segunda resposta é que a privatização é uma forma de se livrar dos funcionários públicos, que têm o hábito de se sindicalizar e que tendem a votar nos democratas de qualquer maneira (MINHOTO, 2010).

E a terceira resposta, que é o que o autor considera sem dúvida o principal, é o que significa a privatização para os fundos de campanha e para as finanças pessoais dos políticos e seus amigos. À medida que mais funções públicas são privatizadas, os estados se tornam paraísos onde se tem que pagar para participar, onde tanto as contribuições políticas quanto os contratos administrativos parecem ser contratos comerciais (MARTINS, 2016).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ultimamente tem-se falado muito em "transplantes jurídicos" para se referir à tendência de muitos países ao redor do mundo de introduzir em seus ordenamentos jurídicos instituições de outros países consideradas, de alguma forma, mais avançadas e nas quais essas instituições teriam desempenhado um papel positivo.

Alguns exemplos marcantes, referentes ao direito penal, seriam o sistema processual "contraditório", baseado na oralidade, que se impôs nos últimos tempos em muitos países latino-americanos; ou a atribuição aos procuradores da investigação criminal em detrimento da competência que, tradicionalmente, nos países de Direito continental, assumiram os juízes. Não parece óbvio que sejam experiências bem sucedidas, que tenham provocado, onde foram implementadas, mudanças para melhor.

Num caso como o outro, poderia-se falar de vantagens e desvantagens em relação a cada uma das instituições em conflito. A instituição das prisões privadas é um caso bem diferente que inequivocamente são transplantes que representam sérias ameaças à saúde do paciente e não melhoram seus males.

Constituem simplesmente um "anti-modelo", um exemplo eloquente do caminho que uma política carcerária civilizada jamais deve seguir. Ora, onde ela leva não é atingir os objetivos que justificam uma política penitenciária (nem parece servir para atingir a meta da eficiência econômica), mas aumentar a injustiça num campo de ação do Estado, o da administração de punição, em que os "riscos morais" são muitos e de grande importância

para o indivíduo.

A necessidade de combater a corrupção política, o desperdício de dinheiro público, punições injustificadas ou financiamento ilegal (ou ilegítimo) de partidos políticos são razões mais do que suficientes para manter a instituição das prisões privadas fora do âmbito do que pode ser qualificado como legal do ponto de vista jurídico, político e moral.

Tanto na Medicina quanto no Direito, o conhecimento “negativo”, saber quais medidas são prejudiciais à saúde do paciente ou ao ordenamento jurídico, é de grande importância. Principalmente no que diz respeito ao direito penal.

6. REFERÊNCIAS

ARAÚJO JUNIOR, J. M. de. **Privatização das Prisões**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BONFIM, C. P. **Iniciativa privada no sistema penal brasileiro através da gestão compartilhada**. 2011. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/19767/1/INICIATIVA-PRIVADA-NO-SISTEMA-PENALBRASILEIRO-ATRAVESDAGESTAOCOMPARTILHADA/pagina1.html#ixzz1HLSifJgB.%20Acesso%20em%2003.03.2011>. Acesso em: 05 de novembro de 2022.

CARVALHO, P. A. **Privatização dos presídios: problema ou solução**. 2019. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5206. Acesso em 05 de novembro de 2022.

D'URSO, L. F. B. **Privatização das Prisões Mais Uma Vez a Polêmica**. 2017, Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/10717-10717-1-PB.htm>>. Acesso em: 05 de novembro de 2022.

FARIA, J. E. **Políticas públicas e privatização: o caso do sistema prisional**: in Revista de Informações do Senado, Brasília: Senado, nº 116, 2012.

FERNANDES, N. **Privatizar resolve?**. 2015. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDG76972-6009,00-PRIVATIZAR+RESOLVE.html>>. Acesso em: 05 de novembro de 2022.

JUNIOR, G. **Privatização e terceirização do sistema penitenciário**. Disponível em: <<https://gercijr.jusbrasil.com.br/artigos/141496246/privatizacao-e-terceirizacao-do-sistema-penitenciario>>. Acesso em: 05 de novembro de 2022.

MARTINS, C. **Cinco Estados brasileiros dividem gestão de presídios com empresas privadas**. 2016. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/cinco-estados-brasileiros-dividem-gestao-de-presidios-com-empresas-privadas-18012014>>. Acesso em: 05 de novembro de 2022.

MATTOS, R. S. B. **Direitos do presidiário e suas violações**. São Paulo: Método, 2011.

MELO, T. **Penitenciárias privadas: quanto mais presos, maior o lucro**. 2015. Disponível em: <<https://papodehomem.com.br/quanto-mais-presos-maior-o-lucro/>>. Acesso em: 05 de

novembro de 2022.

MINHOTO, L. D. **Privatização de presídios e criminalidade**: A gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2010.

MIRANDA, F. **Privatização no sistema carcerário brasileiro**. 2016. Disponível em: <<https://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/251309464/privatizacao-no-sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 05 de novembro de 2022.

MOURA, V. B. de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011.

MURARO, C. C. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12136> . Acesso em: 05 de novembro de 2022.

UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A LEI Nº 14.193/2021 (LEI DA SOCIEDADE ANÔNIMA DO FUTEBOL – SAF)

HERICK SANTIAGO DE OLIVEIRA¹

PAULO SÉRGIO LIMA DOS SANTOS²

Escola Superior Batista do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil.

Resumo: O principal objetivo deste trabalho foi analisar a Lei nº 14.193/2021 com seus benefícios e suas desvantagens para que as organizações desportivas sem fins lucrativos se transformem em Sociedades Anônimas do Futebol (SAF) que lhes permitam definir estruturas, objetivos em curto e longo prazo, e estabelecer estratégias que orientem a atividade de forma profissional. Apesar da realidade nacional ser diferente da realidade de outros países mais desenvolvidos em termos desportivos e como nação em geral; A atividade futebolística no Brasil deve ser gerida e orientada de forma profissional, tendo uma visão de longo prazo e assim conseguir o aperfeiçoamento deste esporte em nível local e assim conseguir manter ou aumentar o prestígio internacional conquistado pelo país e torná-lo rentável. Além disso, o futebol no Brasil é o esporte mais popular e o que gera mais recursos, por isso é extremamente importante que os clubes se tornem Sociedades Anônimas de Futebol (SAF). O estudo começa com uma análise do futebol brasileiro, passa análise diferenciada das Sociedades Anônimas de Esportes Profissionais e finalmente análise a Lei da SAF no Brasil. Conclui que as organizações de futebol do Brasil e suas respectivas realidades, são essenciais e para manter sua tradição precisam ser rentáveis.

Palavras-chave: Futebol. Gestão. SAF.

Abstract: The main objective of this work was to analyze Law nº 14.193/2021 with its benefits and disadvantages so that non-profit sports organizations become Football Anonymous Societies (SAF) that allow them to define structures, short and long term objectives, and establish strategies that guide the activity in a professional manner. Despite the national reality being different from the reality of other more developed countries in sports terms and as a nation in general; Football activity in Brazil must be professionally managed and oriented, having a long-term vision and thus achieving the improvement of this sport at a local level and thus managing to maintain or increase the international prestige conquered by the country and make it profitable. In addition, football in Brazil is the most popular sport and the one that generates the most resources, so it is extremely important that clubs become Sociedades Anônimas de Futebol (SAF). The study begins with an analysis of Brazilian football, passes through a differentiated analysis of Societies Anonymous of Professional Sports and finally analyzes the SAF Law in Brazil. It concludes that soccer organizations in Brazil and their respective realities are essential and, in order to maintain their tradition, they need to be profitable.

Keywords: Football. Management. SAF.

¹ O autor é aluno finalista do curso de direito da ESCOLA SUPERIOR BATISTA DO AMAZONAS – ESBAM.

² Orientador Professor Doutor Paulo Sérgio Lima dos Santos

1. INTRODUÇÃO

O início do futebol no Brasil remonta ao século XIX. Naquela época, os mercadores ingleses ocupavam um lugar relevante na cidade de São Paulo graças ao boom das exportações de Café do porto. Charles Muller, filho de um escocês com uma brasileira, desembarcou no Brasil, depois de ter ido estudar na Inglaterra com uma bola e um par de chuteiras. Foi ele que trouxe este esporte para o Brasil neste mesmo contexto começou a jogar futebol pelos bairros de São Paulo, rapidamente o futebol ganhou o país em 1898 surgiu a Associação Atlética *Mackenzie College* seguidos por outros clubes muito rapidamente.

Alguns anos depois, em 1902, foi criada a primeira associação esportiva de futebol no Estado de São Paulo como uma iniciativa de imigrantes da Grã-Bretanha. Com esta associação começaram a ser disputados os primeiros torneios de futebol organizados no Brasil

Inicialmente, o futebol se desenvolveu como um esporte praticado principalmente por imigrantes, mas rapidamente ganhou popularidade entre os brasileiros, que também decidiram formar seus próprios clubes esportivos. No Rio de Janeiro surgiu o Botafogo Futebol Club que não tinha nada haver com o Botafogo de Regatas. Há alguns anos nasceu o Fluminense Football Club. Em São Paulo, o Paulistano, clube muito forte no futebol no início do século XX.

A crescente popularização do futebol resultou na formação da primeira seleção brasileira em 21 de julho de 1914. Fez seu primeiro jogo contra o Exeter City da Inglaterra, no campo do Fluminense Football Club. O resultado da partida foi 2 a 0 para o Brasil. Assim a popularidade do futebol continuaria em uma curva ascendente que levaria à criação ao profissionalismo no início da década de 1930 e da Primeira Divisão do Chile em 1933, onde foi coroado o primeiro campeão nacional de futebol: Magalhães.

Em suas origens, a maioria dos clubes de futebol brasileiro compartilhavam um denominador comum: o papel social. O nascimento das equipes é justificado como forma de representar uma ideologia, um território ou traços característicos de determinados grupos de pertencimento. Assim, foram fundados clubes representando os jovens com determinadas características, que se agrupavam em torno da prática do futebol; outros tinham ligações profundas com imigrantes. Assim nasceram as corporações sem fins lucrativos no futebol brasileiro. Em 1933, deu-se mais um passo rumo ao profissionalismo com a criação de federações e da Confederação Brasileira de Futebol Profissional, mas alguns clubes continuaram amadores.

Com o passar dos anos, a competição interna foi alimentada por novos elencos e passou a gerar maiores expectativas na opinião pública. No entanto, o salto quantitativo na popularidade do "esporte rei" no Brasil foi alcançado com a conquista da organização da Copa do Mundo de Futebol de 1950. O Brasil perdeu a partida decisiva para o Uruguai por 2 x 1, mas o futebol já estava no coração do Brasileiros

Em o Brasil conquistava o seu primeiro título mundial na Copa do Mundo da Suécia e apresentava para o mundo o seu futebol arte com base em dois personagens

– Pelé e Garrincha. O sucesso alcançado pelo time dirigido por Vicente Feola com a conquista do título de 1958, constituiu um marco para o futebol Brasileiro no campo esportivo, mas também no âmbito social e econômico: Em 1962, o Brasil conquistaria o seu segundo título de campeão mundial e oito anos depois em 1970 conquistaria o seu terceiro título no México com o time considerado até hoje o melhor time de todos os tempos. Em 1970 ocorreu a primeira transmissão de televisão em cores atraindo os olhares de empresários que viam o futebol como um negócio interessante no Brasil.

A mercantilização do futebol brasileiro teve como primeiro sinal o aparecimento de patrocinadores nas camisas. A proliferação de marcas de estádios na década de 1970 foi outro sinal de que as empresas haviam chegado ao esporte. As finais da Copa Libertadores (1976) do Cruzeiro de Minas Gerais contra o River Plate da Argentina. (1981º do Flamengo do Rio de Janeiro contra o Cobreloa do Chile contribuíram para que o futebol nacional adquirisse áreas de negócio).

Os anos 1980 foram, sem dúvida, os anos do *boom* do futebol nacional no campo do marketing e dos negócios. O fim da ditadura e o reforço de uma economia neoliberal trouxeram benefícios consideráveis para os clubes. O surgimento das operadoras de cabo no início dos anos 1990 significou grandes lucros para as federações e as instituições, que aumentaram seus orçamentos e investiram em contratos milionários para jogadores de futebol nacionais e estrangeiros.

No entanto, a polêmica gestão orçamentária, somada a uma súbita dívida previdenciária e fiscal, levou a uma espiral inflacionária insustentável para as corporações sem fins lucrativos. A situação falimentar de todos os clubes brasileiro de futebol forçou uma mudança nas regras do jogo. A solução para o problema vislumbrava o fim dos clubes como sociedades sem fins lucrativos. A ideia surgiu ainda durante o primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso com a nomeação de Edson Arantes do Nascimento – o Rei Pelé para ministro dos esportes. Em 24 de março de 1998 foi promulgada a Lei Pelé (Lei nº 9.615/1998). A lei copiou o modelo que vinha sendo utilizado em muitas das principais ligas

de futebol do mundo e que contemplava a injeção de recursos de capital privado nessa atividade que, por diversos motivos, estava em declínio em situação de insolvência.

Esse novo modelo de administração chegou ao futebol com o objetivo aparente de sanear a economia e ordenar as finanças dos clubes profissionais, mas claramente esse não era seu único objetivo. Em 2021 surgiu a Lei nº 14.193/2021 (LEI DA SOCIEDADE ANÔNIMA DO FUTEBOL – SAF). Assim, este estudo tem por objetivo analisar a Lei nº 14.193/2021 com seus benefícios e suas desvantagens para que as organizações desportivas sem fins lucrativos se transformem em Sociedades Anônimas do Futebol (SAF) que lhes permitam definir estruturas, objetivos em curto e longo prazo, e estabelecer estratégias que orientem a atividade de forma profissional.

2. HISTÓRIA DO FUTEBOL NO BRASIL

Em 1894, Charles Miller, um brasileiro descendente de escoceses, desembarcou no Brasil provindo da Inglaterra; trazia na mala duas bolas de um esporte que já era febre no Reino Unido, o futebol. Embora existam histórias e estórias a respeito da origem do futebol, foi na Inglaterra que “ele se organizou como esporte em 26 de outubro de 1863 quando da fundação da Football Association, em Londres” (TOLEDO, 2010, p. 33).

Fala-se que já no ano de 2.600 a.c., na China se jogava um jogo muito parecido com o futebol denominado de TsüTsü. Os vencedores de uma batalha cortavam a cabeça do chefe dos inimigos e se divertiam chutando-a de um lado para o outro. Era como um ritual religioso já que os vencedores achavam que o fato de chutarem a cabeça do chefe dos inimigos lhes daria a inteligência, valentia, força, habilidade e liderança do mesmo (SCHWARCZ, 2011).

O mesmo se dava no Japão com a prática do Kemari, na mesma época da China, onde se jogava um esporte com uma bola que tinha a finalidade de controlar a mesma com os pés, revelando plasticidade, delicadeza e elegância. Outras manifestações também ocorriam em outros lugares, sempre como um ritual. Em alguns lugares era um esporte da aristocracia, como na Grécia a partir do século IV a.C. e em Roma em que o objetivo era levar uma bola, com os pés, até o lado adversário (SCHWARCZ, 2011).

Mesmo sendo um esporte da aristocracia, não havia oposição à prática do mesmo por parte da população, principalmente quando das festividades a Baco, o deus do Vinho. Tanto que na Itália, um esporte de nome Cálcio storico era praticado no século XIV pela nobreza em um espaço de 120 metros por 180 metros marcados por balizas de madeira nas extremidades. As equipes tinham entre 25 a 30 integrantes cada. Esse esporte se aproxima

muito do que é o futebol nos dias de hoje, já que o objetivo era que a bola ultrapassasse a trave do adversário. Foi desse esporte, levado para a Inglaterra por partidários de Carlos II, no século XVII que nasceu o futebol como se conhece hoje (HELAL, 2011).

Logo incorporado à vida escolar, começou a ser praticado em todo o Reino Unido já que desde de 1810, o mesmo era praticado regularmente em solo inglês, necessitando tão somente da formalização de regras, já que era praticado sem nenhuma normatização. Foi em 1863, 53 anos após a proliferação do futebol nas escolas que em uma reunião na Freemason's Tavern, sediada na “rua Great Queen”, que se formalizou as primeiras regras do futebol. Dessa reunião participaram 11 escolas e daí nasceu a quantidade de jogadores que deveriam participar de um partida de futebol” (TOLEDO, 2010, p. 34).

Rapidamente o esporte se expandiu e clubes que começaram a ser fundados, alguns ligados às universidades e outros não. Mas todos ligados à aristocracia inglesa que se considerava dona do esporte. Em 1871 foi organizada a primeira competição de clubes – a FA CUP (Copa da Inglaterra) disputada no que se denomina hoje de mata-mata, ou seja, jogos eliminatórios até que apure o grande vencedor. Seu primeiro campeão foi Wanderers que venceu na final por 1–0 o Royal Engineers no Estádio Kennington Oval com público de 2,000. Em 1872–73 ocorreu a segunda disputa saindo-se vencedor novamente o Wanderers por 2–0 contra o Oxford University no estádio Lillie Bridge com capacidade para 3,000 e que estava com toda a sua capacidade lotada. Na terceira competição em 1873–74 o Oxford University venceu o Royal Engineers no Kennington Oval com uma plateia de 2,000 espectadores por 2-0 (SCHWARCZ, 2011).

Mas o esporte era de elite e os principais jogadores desta aristocracia inglesa, também eram os dirigentes da Federação Inglesa de Futebol e faziam regulamentos profundamente protetivos que impedia clubes populares de chegarem perto do título. O futebol já havia ganhado ares de popularidade por todo o Reino Unido e já tinha sido exportado para outros países, mesmo a despeito da aristocracia inglesa não se conformar com a popularidade. Times de fábricas foram fundados e passaram a participar da Copa da Inglaterra, sem grande sucesso até que um time de uma fábrica– o Darwen, chegou às quartas de final da Copa da Inglaterra (HELAL, 2011).

E esse fato ocorreu em função de uma percepção do dono da Fábrica, de algodão - James Walsh, de que os times de operários perdiam por que tinham que trabalhar a semana inteira e quando chegava no final de semana enfrentaram times fisicamente mais fortes e que não passavam pelas agruras do trabalho duro das fábricas. Ele foi até a Escócia e contratou

dois jogadores - Jimmy Love e Fergus Suter para se mudarem para a cidade e jogarem futebol. É claro que eles trabalhavam na fábrica, mas sob um ritmo bem menor. Mesmo assim, a vantagem dos times da aristocracia era enorme. O profissionalismo era proibido, embora já fosse praticado, principalmente por times de fábricas que na ânsia de vencer a Copa da Inglaterra não mediam esforços para trazer jogadores de qualidade e que só jogassem futebol para diminuir a distância física entre os times da elite e os times de operários (HELAL, 2011).

O Blackburn, time da mesma região do Darwen e que mantinha com esse uma rivalidade imensa, trouxe Suter para os seus quadros, naquela que pode ser considerada a primeira transferência da história do futebol, pagando 100 libras para Walsh e para Suter mudarem de equipe. O Blackburn possuía em seus quadros outros jogadores que também recebiam somente para jogar futebol e isso os levou ao título da Copa da Inglaterra, em 1882-1883 se transformando no primeiro time de operários a vencer a FA CUP. Em 1888-89 foi organizado o primeiro campeonato inglês de futebol saindo campeão o “Preston North End, com o Aston Villa em segundo lugar em Wolverhampton Wanderers em terceiro. Preston North End é o único time que já foi campeão inglês que nunca participou da Premier Ligue¹ nos moldes atuais” (TOLEDO, 2010, p. 37).

Com dito o futebol, inglês no início era praticado por uma elite que se considerava a dona do esporte. Os poucos operários foram se introduzindo no mesmo e ganhando a simpatia popular. Nas regiões mais pobres, o futebol, era a única diversão para os operários que eram aceitos por razões óbvias, mas sofriam a mais profunda discriminação. Assim como era um esporte de elite, também era o esporte de brancos. Somente em 1909, exatamente, 99 anos depois que o futebol começou a ser praticado nas escolas inglesas de forma cotidiana que um garoto negro se incorporava ao White Hart Lane, o famoso estádio do Tottenham Hotspur Football Club e assim se transformou no primeiro negro a jogar na elite do futebol inglês (SOARES, 1998).

Na seleção da Inglaterra isso só viria ocorrer em 27 de abril de 1877, exatamente, 105 anos depois do primeiro jogo disputado entre seleções no dia¹ 30 de novembro de 1872, no Hamilton Crescent em Partick, entre Escócia e Inglaterra. Assim mesmo em uma seleção sub 21. O protagonista foi Cunningham em um amistoso contra a Seleção Escocesa no Bramall Lane Stadium. Na seleção inglesa principal da Inglaterra isso só ocorreria com Viv Anderson, lateral direito do Nottingham Forest em 22 de novembro de 1978, a 106 anos do

¹ Liga de Clubes Ingleses fundada em 1992 e que é a responsável pela organização do campeonato inglês de futebol.

primeiro jogo de seleções registradas. No final do jogo contra a Tchecoslováquia, em Wembley, em que a Inglaterra venceu por 1 a 0, VIV Anderson encontrou no vestiário telegramas de felicitações da Rainha e de Elton John (DAMATTA, 2012).

No Brasil o futebol chegou em 1894 pelas mãos de Charles Miller, mas já havia um clube que tinha o futebol em suas atividades sociais, o Clube Brasileiro de Cricket desde 1880, embora não fosse praticado. Em 1894 foi fundado em São Paulo o Sport Club Germania – hoje Pinheiros; no Rio de Janeiro o Fluminense Football Club (SOARES, 1998).

Em 1902 foi organizado o primeiro campeonato paulista; em 1906 o primeiro campeonato carioca, mas assim como na Inglaterra, o futebol no Brasil era um esporte de elites, embora praticado nas periferias das cidades. Era proibido aos negros, que avia pouco tempo tinham se livrado da escravidão. Reza uma lenda que no Fluminense, os negros eram submetidos a utilização de pó de arroz para disfarçarem sua cor, daí o apelido do clube de pó de arroz (TOLEDO, 2010; SILVA e SCHMITT, 2007).

No campo jurídico-político, até a chegada de Getúlio Vargas no poder, o Brasil não possuía nenhuma lei de regulação do esporte e muito menos do futebol. Isso só ocorre em 1941 com a tentativa de regulamentar e regular o esporte nacional com o Decreto Lei nº 3.199 de 14 de abril de 1941. Esse decreto foi editado no período do Estado Novo de Getúlio Vargas e tinha a clara intenção de controlar o futebol que já era uma paixão nacional (MANHÃES, 2016).

Embora o país tenha se redemocratizado a partir de 1945, esse decreto permaneceu em vigor e só foi mudada em 1975, também em um governo ditatorial com o advento da Lei nº 6.251 de 1975, da Lei 6.354/1976 (Lei do Passe) e do Decreto-Lei n. 80.228/1977. Todos esses instrumentos jurídicos tinham o fulcro da centralização do poder fortalecendo o poder das federações e confederações, órgãos extremamente atrelados ao poder no Brasil (MELO FILHO, 2021).

Com a redemocratização do país e a Constituição de 1988 veio Lei nº 8.672/1993 (Lei Zico) que modificou os segmentos da sociedade e do Estado em relação ao esporte e ao futebol; mudanças jurídico-desportiva-institucionais; Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998 (Lei Pelé) que acabou com o passe no futebol brasileiro; chegamos ao Decreto-Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003, o Estatuto do Torcedor. Agora temos a Lei nº 14.193;-2021 – Lei das Sociedades Anônimas do Futebol (PRONI, 2020)

3. A ERA DAS CORPORAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS

Sociedades sem fins lucrativos são pessoas jurídicas que não visam o lucro e são

constituídas por um determinado número de pessoas associadas para a realização de um objetivo ou interesse comum. A origem dos grupos ligados ao futebol no Brasil esteve ligada a corporações sem fins lucrativos. Na segunda parte do século XX e com o aparecimento de inúmeros clubes um pouco por todo o país, esta figura foi a escolhida pela maioria dos plantéis que se pretenderam associar. Embora houvesse algumas exceções, cuja personalidade jurídica era a fundação, a maioria dos clubes estavam associados sob esta figura jurídica (DAMATTA, 2012).

As corporações sem fins lucrativos foram durante muitos anos uma forma eficiente de agrupar clubes que desejavam participar de uma ou mais disciplinas esportivas e, no início, eram sustentadas principalmente pelas taxas pagas pelos membros do clube. A figura do sócio era de vital importância, pois eram eles que apoiavam os clubes financeiramente antes do advento da iniciativa privada no esporte. Ao contrário de hoje, as antigas corporações sem fins lucrativos não se concentravam apenas em um esporte. Não é de estranhar que, além do futebol, esses clubes tivessem ramos de basquete, boliche, ciclismo, natação, tênis, remo, tiro ao alvo, vôlei, futebol de salão, etc.. Corinthians e Flamengo, por exemplo, além de serem os times mais populares do país, ao longo de sua história também tiveram e ainda tem ramos de ginástica, basquete, vôlei, natação, patinação artística, polo aquático e tênis de mesa.

As corporações sem fins lucrativos também se caracterizavam pelos serviços que prestavam à comunidade. Embora alguns tenham tido mais sucesso do que outros, sua intenção de desempenhar um papel social no país se manifestou por meio de ações concretas, como a abertura de suas sedes para suas torcidas. Sócrates, atacante histórico do Corinthians e da seleção brasileira, se destacou por sua luta pela democratização do país (MELO FILHO, 2021).

Naqueles anos, a TV transmitia as competições nacionais de futebol, tênis, vôlei, basquete, boxe e atletismo. No entanto, o advento de uma economia neoliberal na década de 1980 teve um impacto direto na televisão, pois reduziu as contribuições públicas e deixou os canais apenas com receitas publicitárias. Isso fez com que o canal estatal desistisse das transmissões esportivas devido ao seu alto custo em relação a outros produtos embalados devido ao grande equipamento que significava a cobertura desses eventos.

A coisa das TVs estatais foi o primeiro golpe para os ramos esportivos. Os patrocinadores começaram a reduzir suas contribuições devido à ausência na televisão e os clubes tiveram que usar recursos extremos para mantê-los. O futebol atraiu a atenção do público, a mídia, os patrocinadores e outros ramos esportivos não foram lucrativos.

O fim do papel social no futebol demorou mais alguns anos: no início do novo milênio, a transição das sociedades sem fins lucrativos introduziu uma série de alterações ao jogo que, embora mandassem e fizessem os cofres dos clubes, acabou transformando a maioria desses grupos sociais - com características e complexidades próprias - em meros administradores financeiros de times de futebol (PRONI, 2020).

Assim, os dirigentes das antigas corporações sem fins lucrativos não pagavam impostos sobre os *bônus*, prêmios e outros *bônus* que davam aos jogadores de futebol a partir do ano de 1970, e por muitos anos isso não significou nenhum problema. Somente no início do novo milênio, a Receita Federal do Brasil decidiu mudar sua interpretação do Código Tributário, o que gerou uma dívida retroativa para os clubes que compromete sua estabilidade econômica.

Essa súbita mudança de interpretação ocorre justamente no contexto do fortalecimento do que se chama de Gestão profissional com o advento da lei Pelé em 1998.

4. A LEI Nº 14.193/2021 (LEI DA SOCIEDADE ANÔNIMA DO FUTEBOL – SAF)

A Lei nº 14.193/2021 que de acordo com o título "regulamenta as sociedades desportivas profissionais" foi o projeto que foi levantado pelo governo para resolver todos os problemas que envolvem o futebol profissional. O projeto de lei n 1º 5.519/2019, que culminou na criação da Lei da SAF, teve a relatoria do senador Carlos Portinho (PL-RJ). Conforme afirma o documento sobre a história da lei, a iniciativa inclui e foi inspirada na moção parlamentar apresentada pelo Carlos Portinho (PL-RJ). Os argumentos apontados como fundamentos são o "dever do Estado de promover atividades físicas e esportivas", a "precária organização da atividade esportiva profissional no Brasil", "responsabilidade jurídica e financeira dos clubes desportivos", "constituição dos clubes como sociedades anônimas "e que o "modelo de corporação para garantir mais recursos (MELO FILHO, 2021).

Este modelo não foi uma ideia dos políticos do Brasil, mas foi desenhado após coletar experiências e informações dos diferentes modelos de organização esportiva em países como França, Itália, Espanha e Uruguai. Outros países emblemáticos no mundo do futebol que também estão organizados sob o modelo de sociedades anônimas esportivas, mas que não são mencionados na história da lei são a Inglaterra e a Alemanha.

Com o projeto de lei apresentado, um grupo diversificado de pessoas ligadas ao mundo do futebol compareceu à comissão para opinar sobre a iniciativa legal. Dirigentes de clubes, profissionais de marketing desportivo, tributaristas foram alguns dos profissionais

que apresentaram suas observações sobre a lei, antes do início do debate parlamentar.

4.4. O debate parlamentar

O projeto de lei foi apresentado inicialmente pelo relator e teve início um intenso debate parlamentar que incluiu várias discussões. Um dos primeiros pontos polêmicos na discussão da lei era o papel que estas SAFs deveriam assumir. Historicamente, os clubes de futebol social tiveram papel fundamental na promoção do esporte no país, por meio de suas escolinhas e núcleos esportivos. Apesar de na justificativa da iniciativa se indicar que é necessário estabelecer um quadro regulamentar e uma estrutura jurídica adequada que permita aos clubes desportivos tornarem-se instituições modernas e sólidas, geridas de forma eficiente, com mecanismos internos de controle e auditoria que precisamente contribui para melhor cumprir o seu papel social, a lei não menciona em nenhum momento deveres ou direitos relativos a esse papel.

Precisamente um dos participantes do debate chamou a atenção, lembrando que o projeto não fazia referência ao papel social e que não se encarregava da relação entre esporte e sociedade. Apesar de em vários relatos da discussão ter sido destacada a importância do papel que o desporto e especificamente o futebol deve desempenhar na sociedade, no final foi incluída a referência à responsabilidade social dos SAF na seção II – Do Programa de Desenvolvimento Educacional e Social (PDE), artigos 28 a 30.

O fato de a Lei 14.193/2021 não omitir a função social do esporte é uma comodidade para os investidores do SAF, pois investir dinheiro em escolinhas de futebol gratuitas ou serviços adicionais para sócios, acionistas ou assinantes significa um gasto para futuro lucro, mesmo sabendo que vai contra a lógica do mercado, cuja finalidade é obter a máxima rentabilidade possível em curto prazo (MELO FILHO, 2021).

E foram essas lógicas de mercado que também deixaram de fora da lei 14.193/2021 uma das figuras mais interessantes que foram incluídas na apresentação do primeiro projeto de lei: o conselho de esportes. O conteúdo do projeto de lei apresentado pelo Executivo incluía a figura do conselho desportivo como um de seus eixos: O projeto estabelecia que todas as corporações esportivas profissionais deveriam ter um Conselho de Esportes. Tal órgão seria responsável por assessorar o conselho de administração no desenvolvimento institucional. O conselho seria formado por representantes dos diversos níveis da sociedade como atletas, torcedores, treinadores, trabalhadores, ex-dirigentes e sócios.

Este conselho pretendia funcionar como um órgão consultivo do SAF e deveria ter a representação de vários atores. O projeto previa que o conselho de esportes teria seu próprio

presidente, que teria direito a voto na diretoria da sociedade.

Nas discussões do senado, diversos participantes de Audiências Públicas se opuseram à existência do conselho esportivo, uma vez que limitaria a liberdade dos acionistas e também porque os investidores deveriam ter o poder de escolher quem consideravam adequado para aconselhá-los. O do Botafogo de Futebol e Regatas também argumentou contra tal conselho, apontando que estabelecer corpos rígidos em um universo tão diverso quanto o futebol no Brasil parecia inadequado para ele. O Senado, acabou eliminando a figura do conselho de esportes, o que não caiu bem para o senador Rodolph Rodrigues (REDE SUSTENTABILIDADE-AP):

O Senado eliminou do projeto aprovado na primeira etapa a figura do conselho, que consideramos fundamental, que fala do órgão consultivo que a sociedade desportiva tem, que é o conselho desportivo, um órgão de contrapeso ao poder acionista, que se dedicaria ao desenvolvimento institucional, esportivo e de valores do clube. Isso é eliminado e seu estabelecimento é deixado à vontade da sociedade. As modificações do Senado não conciliam o interesse pelo sucesso financeiro e econômico com o interesse pelo esporte, valores, tradições e cultura esportiva” (MELO FILHO, 2021, p. 33).

O Senador Rodolph Rodrigues entendeu o conselho esportivo como um elemento que ajudaria a equilibrar os interesses econômicos com os esportivos e institucionais, mas a lógica do mercado voltou a prevalecer e o conselho esportivo foi eliminado por unanimidade pela comissão mista do senado federal.

Felipe Augusto Leite, presidente do Sindicato dos Atletas Profissionais de Futebol desde 2016, também se referiu à extinção do conselho desportivo, figura que a seu ver era importante e poderia ter contribuído para equilibrar os interesses das corporações. "Acho que foi bom senso eliminar o conselho consultivo do esporte (...) modelos para o povo, mas do ponto de vista econômico ninguém gosta disso.

Outro dos pontos polêmicos da Lei 14.193/2021 é o relativo ao controle acionário das empresas. O artigo 4.º do projeto de lei estabelecia que “nenhum sócio de uma das sociedades referidas nesta lei pode deter, direta ou indiretamente e simultaneamente, uma participação no capital dessa sociedade superior a 49% do seu capital”. Mesmo artigo destaca ainda que “qualquer acionista que detenha uma percentagem entre 5% e 49% das suas ações com direito a voto não pode deter uma participação no capital de outra sociedade regulada por esta lei, superior a 5% das suas ações com direito a voto A determinação de limitar a participação no controle acionário a 49% do capital social parecia impedir o predomínio dos grupos econômicos, mas, por fim, o Senado acabou eliminando esse artigo. O senador Jean Pual

Prates (PT-RN), manifestou-se apreensivo quanto às liberdades concedidas no campo do controle acionário do capital das sociedades esportivas e afirmou que:

Em outras experiências semelhantes, como o chamado 'capitalismo popular', pudemos verificar que as ações compradas pelos sócios minoritários passavam rapidamente para as mãos dos sócios majoritários. E, nesse sentido, tudo parece indicar que seria extremamente negativo que tudo se concentrasse em uma só mão, ou que a qualidade do acionista majoritário - seja ele nacional ou estrangeiro - poderia estar em desacordo com os princípios básicos aos quais os profissionais objetivos esportivos (MELO FILHO, 2021, p. 34).

Outros senadores que se opuseram à eliminação da limitação de 49% foram Paulo Paim (PT-RS) e Jorge Kajuru (Cidadania-GO). Paim se opôs à eliminação da limitação de 49% e declarou o seguinte: "o senado estabeleceu que nenhum acionista pode ter uma participação superior a 49% do capital social dessas empresas. O Senado removeu essa limitação. A experiência internacional indica que, se não estabelecermos limites, alguém comprará 100% do Grêmio de Futebol Portoalegrense e outros clubes com os quais os clubes acabam sendo instrumentos de grupos econômicos ou pessoas que querem investir porque é um bom negócio.

As declarações visionárias de Paulo Paim que não teve experiência como dirigente esportivo foram feitas mais de um ano antes da chegada de Jonh Textor ao Botafogo de Futebol e Regatas.

Na situação complicada em que se encontravam os times de futebol, eles tiveram que investir um grande capital para poder se tornar donos dos clubes e, obviamente, em 2022 todos sabiam que Textor tem intenção puramente mercadológica já que é dono de vários clubes pelo mundo.

Quanto às questões tributárias e fiscais, a primeira menção foi feita pelo senador Joirge Kajuru (Cidadania-GO), que participou das discussões em nome da Comissão de Trabalho do Senador Federal e esclareceu que as questões fiscais tributárias deveriam permanecer em vigor. Infelizmente, o esclarecimento de Kajuru estaria longe de esclarecer a questão.

Na altura em que a lei foi debatida não foram determinados os montantes da situação falimentar dos clubes nem um esclarecimento do Executivo, pelo que existia certa incerteza quanto ao que estava a ser legislado. Alguns políticos exigiam maior clareza e uma solução definitiva para o problema, pois se não se buscasse uma solução, toda a lei 14.194/2021 poderia virar letra morta.

A menção do senador Jorge Kajuru (Cidadania-GO) vai ao encontro das afirmações de alguns dos ex-dirigentes que culpam a mudança de interpretação como o fator que desencadeou a falência de sociedades sem fins lucrativos. Kajuru argumentou que para que o sistema proposto na indicação do Executivo seja aplicado, o valor da dívida dos clubes deve ser especificado. Porque dentro dela existem as contribuições para a segurança social, que ninguém contesta, porque têm de ser sempre pagas, desde o momento em que aparecem os vencimentos; também há valores correspondentes a impostos que não podem ser perdoados, e outros valores pertencem ao imposto sobre o rendimento, que é onde se centra a discussão dos clubes. Em seguida, o Executivo, por meio do Ministério da Fazenda, deve divulgar o valor da dívida com a qual vai operar. Caso contrário, a questão deve ser resolvida nos tribunais de justiça.

Eles têm que determinar que alguns casos são tributáveis e outros não; mas em outros a jurisprudência pode resolver algo diferente”; para dirimir o problema relativo ao pagamento de dívidas e as controvérsias da legislação nacional foi discutido a possibilidade das pessoas jurídicas ou fundações sem fins lucrativos que atuem nos termos da Lei 14.193/2021, firmar convênio de pagamento com a Fazenda onde ficariam responsáveis pelo pagamento da dívida no prazo improrrogável de 20 anos. Para aqueles que optaram por se tornar um SAF, o prazo era ilimitado, mas a taxa anual não poderia ser inferior a 3% de sua renda (MELO FILHO, 2021)..

Essas medidas satisfizeram os parlamentares participantes, que aprovaram por unanimidade os artigos transitórios relativos ao pagamento da dívida fiscal em comissão mista.

Por fim, chama a atenção o artigo 31 que regular o Regime de Tributação Específica do Futebol (TEF), que diz que “as sociedades esportivas profissionais gozarão dos benefícios estabelecidos sobre isenções fiscais para investimentos em mercados emergentes, desde que atendam aos requisitos por ela prescritos.

Este artigo permite que as SAFs se beneficiem dos incentivos fiscais que os investidores em mercados emergentes podem acessar ao alienar ações. Soa irônico, considerando que o futebol no Brasil embora muito forte dentro do campo, ainda não é um mercado emergente. A Lei nº 15.193/2021 foi promulgada em 6 de agosto de 2021 que marcou um marco na história das organizações esportivas do Brasil.

Em 3 de março de 2021, Jonh Textor, um americano, dono de clubes na Inglaterra e na Bélgica compra de 90% da SAF do Botafogo de Futebol e Regatas; esse foi a primeira SAF oficialmente vendida no Brasil, mas antes uma SAF já havia sido constituída – Cuiabá

Futebol Clube – da cidade do mesmo nome em Mato Grosso. Os demais clubes da Primeira Divisão do Brasil e de outras divisões também devem aderir aos preceitos da Lei em seguida.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados do estudo permitem caracterizar QUE A Lei da SAF veio para sanar um ponto em comum; uma situação econômica financeira extremamente frágil Para ajudar a entender a lógica de negócios da atividade econômica do futebol profissional e, portanto, para uma melhor interpretação dos resultados.

Os resultados financeiros virão somente no futuro e aí se poderá medir o resultado econômico para determinar o tamanho relativo de um clube. Portanto, este relatório faz um ranking anual de clubes com base em sua renda total que supostamente auxilia os acionistas na tomada de decisões sobre investimentos futuros.

6. REFERÊNCIAS

- DAMATTA, R. **Esporte na sociedade**: um ensaio sobre o futebol brasileiro. In: DAMATTA, R. Universo do futebol: esporte e sociedade brasileira. 4 ed. Rio de Janeiro: Pinakothek, 2012.
- HELAL, R. **A construção da derrota do racismo no futebol**. In: HELAL, R.; SOARES, A. J., LOVISOLO, H. A invenção do país do futebol: mídia, raça e idolatria. Rio de Janeiro: Mauad, 2011.
- MANHÃES, E. D. **Política de esportes no Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Graal, 2016.
- MELO FILHO, A. **Nova lei de desporto comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- PRONI, M. W. **A metamorfose do futebol**. 3 ed. Campinas: Unicamp 2020.
- SALAS, A. **Diário de uma pele**: Uma toupeira no movimento neonazista no Brasil. São Paulo: Moderna, 2012.
- SCHWARCZ, L. M. **Retrato em branco e preto**: uma história do futebol.. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SILVA, J. B.; SCHMITT, P.M. **Entenda a Lei Pelé**. Londrina: Lido, 2007.
- SOARES, A. J. G. **Futebol, Raça e Nacionalidade no Brasil**: releitura da história oficial.(Tese de Doutorado). Rio de Janeiro: PPGEF/UGF, 1998.

TOLEDO, L. H. D. **País dos inventores do futebol para o país do futebol** Rio de Janeiro:
Jorge Zahar, 2010.

ANÁLISE DA LEI N° 12.735/2012

HÍTALO FREIRE DE MEDEIROS¹
PAULO SÉRGIO LIMA DOS SANTOS²

Escola Superior Batista do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil.

Resumo: A Internet, por meio da rede mundial de computadores, se tornou importante no cotidiano dos indivíduos mundialmente. Traz consigo os benefícios e os maléficos da ferramenta. Por isso é de suma importância a tipificação de crimes cibernéticos e uma melhor definição e conceituação do que são ciber-crimes e quais as formas possíveis de cometê-los. Neste trabalho serão abordados os aspectos históricos e conceituais dos crimes cibernéticos, bem como algumas noções gerais de cibercriminalidade e questões aqui levantadas giraram em torno de um breve estudo da lei n.º 12.735/2012, criada com o intuito de combater os crimes cibernéticos.

Palavra-Chave: Crimes cibernéticos; Internet; Lei.

Abstract: The Internet, through the worldwide computer network, has become important in the daily lives of individuals worldwide. It brings with it the benefits and harms of the tool. That is why it is of paramount importance to classify cybercrime and to better define and conceptualize what cybercrime is and what are the possible ways to commit it. In this work, the historical and conceptual aspects of cybercrime will be addressed, as well as some general notions of cybercrime and the issues raised here revolve around a brief study of Law No. 12,735/2012, created with the aim of combating cybercrime.

Keyword: Cybercrimes; Internet; Law

¹ O autor é aluno finalista do curso de direito da ESCOLA SUPERIOR BATISTA DO AMAZONAS – ESBAM.

² Orientador Professor Doutor Paulo Sérgio Lima dos Santos

1. INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos o uso da internet vem crescendo vertiginosamente, estamos vivendo uma verdadeira revolução tecnológica em que nela se contemplam mudanças significativas que influenciam em nosso modo de vida. Os meios de comunicação e as suas formas onde, até então, nunca se cogitava, surgem de forma bem expressiva e significativa. O mundo digital é repleto de inovação que trazem consigo inúmeras possibilidades de interatividade, alcançando uma imensa quantidade de pessoas espalhadas pelo Brasil e no mundo.

Nesse pensamento, Telles (2015 apud Martins, 2010) afirma que:

No presente século, tecnologia é tudo. Em uma casa ou em uma empresa, um computador ou qualquer dispositivo informático, eletrônico ou digital, podem ser utilizados para facilitar a consecução de uma variedade de tarefas do dia a dia, tais como administrar contas, estoques, informações de clientes, redigir documentos, fazer cálculos e muito mais; sendo que, para este autor, a essência de qualquer dispositivo tecnológico é o software.

Porém todo esse avanço trouxe consigo novas possibilidades de se praticar crimes neste ambiente e, dependente como somos deste mundo digital, nos tornamos vulneráveis a este contexto. Os criminosos que detêm grande conhecimento em informática, aliado à distância que o separa de suas vítimas acabam se beneficiando, concretizando seus crimes. É nesse cenário que as novas práticas criminosas vêm sendo realizadas, surgindo os cybercrimes. E com base nesse panorama, cogitou-se a necessidade de se lançar uma lei que fosse específica para estes casos.

O presente trabalho visa fazer uma análise quanto aos dispositivos legais existentes que foram sancionados a pouco tempo, apenas em 2012, que é a lei nº 12.735/2012.

Inicialmente será realizada uma abordagem jurídica dos crimes em geral, as primeiras práticas de crimes mediante o uso de computadores e dispositivos informáticos, tipos de crimes de acordo com a classificação doutrinária e por fim a análise dos referidos diplomas legais bem como o projeto de lei que deu origem a este e a sua constitucionalidade. Faz-se necessário que o presente trabalho não esgote toda a matéria relativa aos crimes cibernéticos e leis específicas que os tutelam, mas sim apontam para real necessidade de lei em epígrafe juntamente com seus efeitos no mundo jurídico.

2. DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Primeiramente é necessário fazer uma abordagem jurídica dos crimes em geral, para depois abordar os crimes cibernéticos; e um conceito que é senso comum quando se trata de crimes é de que é um ato ou ação típica, antijurídica e culpável, que a sociedade julga indesejáveis em âmbito coletivo.

Segundo Greco (2014), é definido como tipicidade a conduta física que tem características específicas de um modelo abstrato de tipo penal já definido em lei. Se tratando de ilicitude, ele caracteriza pela proibição de uma determinada ação, sem que haja exceção normativa. Já a culpabilidade, tem relação ao animus do agente na conduta seja ativa ou omissiva, ou seja, a vontade de tal ato.

O artigo 163 do Código Penal é totalmente aplicável ao dano informático, e Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira e o doutrinado Tulio Vianna, entendem:

O crime de dano previsto no art.163 do Código Penal Brasileiro é perfeitamente aplicável à tutela dos dados informáticos, sendo completamente prescindível a criação de um novo tipo penal para tal fim. Trata-se de interpretação extensiva da palavra “coisa”, elemento objetivo do tipo penal.

Já entendido o crime lato sensu começará à abordagem aos crimes cibernéticos. Machado (2013) explica que somente a utilização do agente em computadores para executar um delito, por si só, não configura um crime informático, caso o direito afetado não seja informação automatizada. No entanto, muitos autores acabaram denominando como crimes cibernéticos infrações penais em que o computador serviu apenas como instrumento utilizado na prática do delito; por mais que essa denominação seja imprópria, ela se tornou bastante popular e não tem mais como ignorá-la. Então, criou-se uma classificação dos crimes cibernéticos em impróprios, próprios, mistos e mediatos ou indiretos.

Aquelas condutas, que atingem um bem jurídico comum, e utilizam dos sistemas informáticos para a realização do crime, mas que foi apenas um instrumento, não sendo ferida a inviolabilidade dos dados, se classificam como crimes cibernéticos impróprios.

Crimes cibernéticos impróprios praticados contra o patrimônio não mais difíceis de reconhecer, por reconhecer na informação um bem imaterial, insuscetível de apreensão como objeto. Já as condutas que se verificam a violação das informações, classificam-se como próprios.

Os crimes mistos, são aqueles mais complexos, que se verifica mais de um tipo penal, que além da proteção aos dados, a norma visa ainda a tutela de bem jurídico diverso ao

informacional. Por fim, temos os crimes imediatos, que são aquelas que são cometidos como meio para outro principal; um ótimo exemplo é a invasão de um site de banco para o cometimento do crime patrimonial.

Por volta da década de 1960 surgiram os crimes virtuais, onde foram denunciados em jornais os primeiros casos da prática delituosa por meio do uso de computadores e sistemas, sendo somente na década seguinte que começou a estudar sistematicamente essa matéria. (FURLANETO, NETO, 2013).

Segundo Augusto Rossini:

[...] o conceito de “delito informático” poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade e a confidencialidade. (ROSSINI, 2004, p. 56).

Segundo Mário Furlaneto Neto e José Augusto Chaves Guimarães:

[...] observa-se que, como fator criminógeno, cabe reconhecer que a informática permite não só o cometimento de novos delitos, como potencializa outros tradicionais (estelionato, por exemplo). Há, assim, crimes cometidos com o computador (The computer as tool of a crime) e os cometidos contra o computador, isto é, contra as informações e programas nele contidos (The computer as the object of a crime). (FURLANETO, NETO, 2013, p. 146).

Segundo Ivette Senise Ferreira “define crime de informática como sendo toda ação típica, antijurídica e culpável, cometida contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou sua transmissão”.

Várias condutas praticadas pela internet tipificam crimes que já são previstos pela legislação, e a principal delas é a pornografia infanto-juvenil, que está previsto no Estatuto da criança e do adolescente, em seu artigo 241. E de acordo com Alexandre Daoun ele é suficiente e já estabelece uma sanção bastante dura.

2.2 Aspectos gerais dos crimes cibernéticos

Primeiramente, pretende-se entender o contexto de surgimento dos crimes virtuais, para tanto, Barreto Júnior (2007) esclarecem que, com o advento da internet, da sociedade da informação, uma nova modalidade de crimes do espaço virtual vem ganhando espaço, esses crimes são cometidos através e-mails, web sites e até mesmo em chats de relacionamentos.

Com a entrada da internet no mundo a tecnologia sofreu um enorme avanço

significativo. Hoje em dia a internet é o maior meio de comunicação entre as pessoas, em que conversar, realizar compras e até mesmo namoros vem acontecendo pela internet.

Contudo, com toda essa facilidade de comunicação via virtual os crimes nessa face estão crescendo a cada dia mais e repletos de armadilhas. Desta forma, surgem os crimes chamados de crimes digitais ou crimes virtuais.

A conceituação de crimes cibernéticos é algo um pouco dificultoso, tendo em vista várias formas de tecnologias crescendo a cada dia.

Dessa forma, Carneiro dispõe sobre o conceito de Crimes Cibernéticos:

Crimes eletrônicos puros ou próprios são aqueles que sejam praticados por computador e se realizem ou se consumem também em meio eletrônico. Neles, a informática (segurança dos sistemas, titularidade das informações e integridade dos dados, da máquina e periféricos) é o objeto jurídico tutelado. (CARNEIRO, 2012, p. 156).

No mesmo sentido estabelece Cassanti:

Toda atividade onde um computador ou uma rede de computadores é utilizada como uma ferramenta, base de ataque ou como meio de crime é conhecido como cibercrime. Outros termos que se referem a essa atividade são: crime informático, crimes eletrônicos, crime virtual ou crime digital. (CASSANTI, 2014, p. 3).

Salienta-se que apesar de vários conceitos de crimes cibernéticos existentes, é importante destacar que para que seja considerado crime cibernético a conduta realizada deve ser feita contra ou por meio de um computador, e na maioria das vezes a conduta é praticada por meio do uso de internet.

Percebe-se que os crimes cibernéticos são diferentes dos crimes tradicionais, pois os crimes virtuais são praticados contra os sistemas de informação ou utilizando o próprio sistema.

Uma definição um pouco mais complexa sobre crimes cibernéticos expõe Maia:

Uma definição bem completa para o crime de informática é a que o caracteriza como uma conduta atentatória ao estado natural dos dados e recursos oferecidos pelos sistemas de processamento de dados, e pela compilação, armazenamento, e transmissão dos dados. O crime de informática, portanto, é aquele procedimento que ataca os dados armazenados, compilados, transmissíveis, ou em transmissão. (MAIA, 2017, p. 31 MONGR).

Assim, para que o crime virtual seja praticado necessita do uso do software e do hardware, assim, sendo a conduta antijurídica, tipifica nas normas jurídicas e culpável aplicada ou utilizada por meio de processamento eletrônico ou transmissão de dados já é suficiente para que seja considerado crime.

Conforme dito acima, são vários os conceitos estabelecidos pelos doutrinadores a respeito dos crimes cibernéticos, um pouco diferente dos autores acima estabelece Velloso sendo: todos aqueles relacionados às informações arquivadas ou em trânsito por computadores, sendo esses dados, acessados ilicitamente, usados para ameaçar ou 26 fraudar (VELLOSO, 2015, P.43).

Percebe-se que neste caso, o dano seria contra a máquina virtual, ou seja, contra os dados contidos dentro do computador, como exemplos de danos quando o agente furta informações ou até mesmo apagar dados causando danos irreversíveis ao computador.

4. ANÁLISE A LEI N° 12.735/2012

4.1. Lei Azeredo

Em 1999 foi proposto, pelo então deputado Luiz Piauhyllino, um projeto de lei que previa a punição para crimes digitais. O projeto 84/99 foi aprovado pela Câmara 4 anos depois, mas foi alterado por Azeredo quando ele era senador.

Em meados de 2001, na Hungria, foi criada pelo Conselho da Europa, a Convenção de Budapeste, a lei mundial sobre crimes na web. A convenção prioriza uma política criminal que visa proteger a sociedade contra os cibercrimes, através de legislação adequada e da cooperação internacional. O Brasil não aderiu à citada convenção.

O PL 84/99 ficou conhecido como Lei Azeredo por ter sido Eduardo Azeredo seu relator no Senado e na Câmara. Ele foi debatido por mais de uma década no Congresso Nacional, aprovado pela Câmara em 2003 e enviado ao Senado, onde tramitou até 2008. Passou por diversas discussões, o que culminou na retirada de pontos polêmicos. Da redação original, que continha 23 artigos, foram sancionados apenas 4 artigos.

O então projeto foi bastante negociado e reduzido a apenas 4 artigos para a aprovação no Congresso Nacional. Quando se fala em 4 artigos está-se referindo aos artigos que efetivamente trazem mudanças à legislação penal. Dois destes 4 artigos ainda foram vetados pela Presidente Dilma Rousseff – o artigo segundo e o artigo terceiro, restando apenas 2 artigos na lei sancionada em 3 de dezembro de 2012.

LEI Nº 12.735, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012.

Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto- Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, e a Lei no 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, e a Lei no 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências.

Art. 2º (VETADO) Art. 3º (VETADO)

Art. 4º Os órgãos da polícia judiciária estruturarão, nos termos de regulamento, setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado.

Art. 5º O inciso II do § 3º do art. 20 da Lei no 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 20.
.....§
3º
.....
II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio;
.....” (NR)

Art. 6o Esta Lei entra em vigor após decorridos 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 30 de novembro de 2012; 191o da Independência e 124o da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Paulo Bernardo Silva

Maria do Rosário Nunes

Com o veto, subsistiu à lei instituir que órgãos de polícia judiciária – as polícias civis dos estados e do DF – deverão estruturar “setores e equipes especializadas no combate à ação delituosa em rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado”.

Alterou também o inciso II do § 3o do art. 20 da Lei 7.716/1989, lei de crimes raciais, esta que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

(...)

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

(...)

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio; (Redação dada pela Lei nº 12.735, de 2012). (g.n)

Com alteração da lei, permitiu-se que o juiz, antes mesmo do inquérito policial, determine a cessação das transmissões de símbolos ou similares cujos objetivos sejam divulgações que incitem a discriminação ou o preconceito.

4.1.1 Considerações quanto à inconstitucionalidade do PL84/99

O projeto de lei 84/99, conhecido como Lei Azeredo, foi debatido por mais de uma década no Congresso Nacional, tendo sido objeto de intensas discussões e até intitulado de AI-5 Digital pela presença de artigos polêmicos que violavam direitos fundamentais dos usuários da internet, causando arrepio a muitos militantes das redes sociais, que o nomearam de AI-5 Digital. Tal projeto, conforme explicam Gills Lopes e Dalliana Vilar, desrespeita direitos fundamentais e as liberdades civis, afirmando eles ser explícita a dissonância a instrumentos normativos, bem como a inconstitucionalidade do mesmo. A inconstitucionalidade é demonstrada pelos mesmos doutrinadores, conforme transcrição abaixo:

no §4º do art. 154-A do projeto, o legislador permite ao agente que atua a título de defesa digital praticar a conduta descrita no *caput* do mesmo artigo, desrespeitando o princípio da igualdade de todos perante a lei, positivado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. Essa ressalva, pois, implica em flagrante inconstitucionalidade, concedendo a agentes com conhecimento técnico e a profissionais, [...] o poder de invadir os dados alheios, estabelecendo, em certos termos, uma tecnocracia [...].

A lei Azeredo, em seu projeto também violaria direitos constitucionais como o de ir e vir e movimentar-se, o direito à privacidade e a intimidade, bem como evidente desrespeito ao princípio da presunção de inocência:

[...] pelos §§ 1º e 2º do art. 154-B, estariam os usuários da rede mundial de computadores, em suas atividades corriqueiras, sendo punidos com excessivo rigor, criminalizando cidadãos comuns de transportarem informações e arquivos em *CD, DVD ou MP3 player*, pressupondo-se, nesse caso, que a polícia brasileira, em tese, poderia revistar tais dispositivos eletrônicos em busca dessas informações, de forma a macular generalizadamente sua privacidade.

Afirmam Gills Lopes Souza e Dalliana Vilar Pereira, que o projeto de lei do senador Eduardo Azeredo, criminaliza de forma generalizada, tipificando, inclusive a conduta culposa, diferentemente daquilo previsto na Convenção de Budapeste, como por exemplo, um cidadão que repassasse, sem saber, um vírus por e-mail ou mensagem instantânea, recairia sobre o ilícito, podendo ser punido com reclusão de 3 a 5 anos. Concordam que tal configuração instauraria insegurança entre os cidadãos virtuais e que o referido projeto extrapola os limites

da razoabilidade e da proporcionalidade.

4.1.2 A Inconstitucionalidade da Lei 12735/2012

A lei 12735/2012 alterou a lei de crimes raciais, permitindo que o juiz, antes mesmo do inquérito policial, determine a cessação das transmissões de símbolos ou similares cujos objetivos sejam divulgações que incitem a discriminação ou o preconceito.

Resta claramente evidenciada a violação a princípios constitucionalmente previstos.

Conforme está previsto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal, **“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”**, cabendo, portanto, ao Estado não apenas promover a investigação, denúncia, processamento e julgamento do acusado, como igualmente, aguardar o trânsito em julgado da condenação para a definitiva imputação da condição de culpado, para efeitos penais e extrapenais.

Nesse sentido, a cessação das transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio antes do inquérito policial, conforme previsão na lei dos crimes raciais, não condiz com a Constituição, que prevê que pena deverá ocorrer apenas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É evidente a violação ao princípio do Estado de Inocência, na medida em que se permite ao juiz apenas os supostos criminosos sem mesmo haver investigação policial, bem como viola o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Está clara também a violação ao princípio fundamental da liberdade de expressão, pois com a cessação da publicação, sem prova de que está realmente violando um bem juridicamente tutelado, está-se cerceando o direito do agente de expressar-se.

Se a democracia significa liberdade e igualdade no gozo de direitos e oportunidades, é evidente que a informação livre constitui para ela um fundamento essencial. “Informação” não é somente o “ato de informar”, mas é parte essencial do processo de formação de conhecimentos, de opiniões e, portanto, da própria personalidade do indivíduo. A falta de informação bloqueia o desenvolvimento da personalidade.

A internet como meio de comunicação, possibilita não somente o aprofundamento informativo, mas o fortalecimento democrático da variedade de opções, proporcionando o crescimento comunicativo e argumentativo de todos. A vasta gama de inovações tecnológicas que inundam o mundo moderno traz consigo suportes diferenciados para facilitar e acelerar o processo comunicativo entre as pessoas, aumentando a produção e difusão acelerada de informações, bem como o desejo de adquiri-las.

Por fim, devido à violação direta aos princípios constitucionalmente previstos, é

inconstitucional a previsão da lei de crimes raciais quanto à cessação da publicação antes do inquérito policial.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um mundo globalizado cheio de necessidade de adaptações, a internet tornou-se uma excelente ferramenta de comunicação e a invenção tecnológica mais avançada e que mais oferece benefícios para a sociedade como um todo.

É na internet que podemos através de um “click” entrar em contato com pessoas do mundo todo, achar uma música, fazer compras, estudar, ou realizar qualquer coisa que a nossa imaginação possa pensar ou que podemos necessitar. Porém, como nem tudo são benefícios, a internet e suas facilidades trouxeram alguns malefícios, que podem de certa forma, causar transtorno das mais variadas maneiras.

Um desses malefícios que a internet trouxe, foram os crimes virtuais, ou seja, com o crescente número de usuários e as facilidades trazidas com a internet, a segurança no meio virtual vem ficando cada vez mais questionável.

Com a evolução social e com a conseqüente evolução das tecnologias de informação, desenvolveu-se um novo espaço possuindo a internet como a sua maior representante. Caracterizada por pluralidade de riscos, o âmbito social, com esse novo espaço, desenvolveu novas condutas lesivas ocasionando a ampliação do sistema penal devido ao grande aumento dos crimes virtuais.

As questões aqui levantadas giraram em torno de um breve estudo da lei n.º 12.735/2012 análise dos referidos diplomas legais bem como o projeto de lei que deu origem a este e a sua constitucionalidade.

Portanto, o presente trabalho ressalta a fragilidade da segurança dos usuários da rede mundial de computadores e a gravidade de não possuir uma estrutura legal plenamente capaz de punir os criminosos e erradicar a prática dos crimes cibernéticos.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, Rubens Fellipe Lima. **Crimes Virtuais: Uma análise sobre os crimes cibernéticos e a dificuldade na aplicação da legislação/** Rubens Fellipe Lima Alves. - João Pessoa, 2019. Disponível em: <https://bdtcc.unipe.edu.br/wp-content/uploads/2019/09/CRIMES-DIGITAIS-1.pdf>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Lei nº 12.735, de 30 de novembro de 2012**, Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, e a Lei no 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12735.htm.

CARDOZO, José Eduardo; Congresso Nacional. **Lei nº 12.735**, de 30 Nov. 2012. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12735-30-novembro-2012-774689-publicacaooriginal138237-pl.html>.

CARTILHA, Segurança para internet. **Ataques na Internet**. Mar. 2017. Disponível em: <https://cartilha.cert.br/ataques/>.

CASSANTI, Moisés de Oliveira. **Crimes virtuais, vítimas reais**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2014, p.6.

DIANA, Daniela. **História da Internet**. Set. 2019. Seção Artigos. Disponível em <https://www.todamateria.com.br/historia-da-internet/>.

DICIONÁRIO DIREITO. **O que são crimes virtuais?** Portal Dicionário Direito. Disponível em: <https://dicionariodireito.com.br/crimes-virtuais>.

LIMA, Paulo M. F. **Crimes de Computador e Segurança Computacional**. Campinas: Millennium Editora, 2005.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA FORMA DE ABUSO INFANTIL.

KAREM LUCIANA LOBATO DE MELO¹

PAULO SÉRGIO LIMA DOS SANTOS²

Escola Superior Batista do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil.

Resumo: O modelo tradicional de família passou por grandes mudanças nos últimos anos, com grande aumento de separações e divórcios nas últimas décadas. É importante garantir o direito fundamental dos menores de se relacionarem adequadamente tanto com o pai quanto com a mãe, mantendo todos os seus vínculos. No entanto, existem situações em que há obstáculos de um dos pais às relações de seus filhos e filhas com o outro genitor que levam à Síndrome de Alienação Parental, uma das formas mais sutis de abuso infantil, quase desconhecida. Mas que está ganhando validade dia a dia e que produz sérios danos ao bem-estar emocional e ao desenvolvimento dos menores que sofrem com isso. Neste trabalho, estuda-se a Síndrome da Alienação Parental como forma de abuso infantil e expõem-se alguns dos comportamentos abusivos por parte das pessoas que a exercem. Por fim, são apresentados dois casos da prática dos ocorridos em Manaus, onde se detecta a existência desta síndrome, e se analisam as consequências psicopatológicas que estas situações desenvolvem na infância, bem como as formas de intervenção. .

Palavras-chave: Família. Síndrome de Alienação Parental. Abuso Infantil.

Abstract: The traditional family model has undergone major changes in recent years, with a huge increase in separations and divorces in recent decades. It is important to guarantee the fundamental right of minors to have a proper relationship with both their father and mother, maintaining all their ties. However, there are situations in which there are obstacles for one of the parents to the relationships of their sons and daughters with the other parent that lead to Parental Alienation Syndrome, one of the most subtle forms of child abuse, almost unknown. but that is gaining validity day by day and that causes serious damage to the emotional well-being and development of the minors who suffer from it. In this work, the Parental Alienation Syndrome is studied as a form of child abuse and some of the abusive behaviors on the part of the people who exercise it are exposed. Finally, two cases of the practice that occurred in Manaus are presented, where the existence of this syndrome is detected, and the psychopathological consequences that these situations develop in childhood are analyzed, as well as the forms of intervention. .

Keywords: Family. Parental Alienation Syndrome. Child abuse.

¹ A autora é aluna finalista do curso de direito da ESCOLA SUPERIOR BATISTA DO AMAZONAS – ESBAM.

² Orientador desse estudo

1. INTRODUÇÃO

A infância é a fase mais bela da evolução para a maturidade, na qual há uma grande vulnerabilidade que deve ser protegida. Considera-se que a família é a primeira força (no tempo e pela sua transcendência) que intervém modulando as experiências da infância, determinando comportamentos e participando na personalidade progressiva, é nela que se tem de concentrar para explicar os comportamentos e comportamentos dos menores.

O modelo tradicional de família nos últimos anos passou por grandes mudanças, tanto em suas estruturas quanto em suas interações, com um enorme aumento de separações e divórcios nas últimas décadas, o que torna necessária a criação de instrumentos processuais pelo ordenamento jurídico.

Assim, a legislação teve que se adaptar às novas realidades familiares e regular as relações entre os filhos de pais e mães separados. Através da Lei n 1º 12.318 de 26 de agosto de 2010, estabelece-se que "o progenitor que não tenha consigo filhos menores ou deficientes gozam do direito de visitá-los, comunicar com eles e tê-los na sua companhia; o Juiz determinará a forma e local de exercício deste direito,

Independentemente do membro do casal (mãe ou pai) com quem a criança mora, a relação com ambos deve ser garantida após a separação; os regimes de visitação têm várias funções psicológicas importantes para o desenvolvimento infantil [2]; a visita protege os direitos de acesso do menor ao progenitor não guardião, bem como os deste; Da mesma forma, o vínculo afetivo entre a criança e seus pais é protegido, uma vez que são fornecidos modelos alternativos e, finalmente, o pai guardião pode descansar de sua responsabilidade na criação.

Desta forma, este trabalho refletiu refletir sobre o seguinte problema: A alienação parental nas relações de família delimitado dentro dos diversos aspectos jurídicos referentes examina fontes, passando pelas formas da mesma, no poder judiciário brasileiro a partir do advento da Lei nº 12.318/2010?

Para responder a esse problema foi traçado os seguintes objetivos: objetivo geral - analisar a Síndrome de alienação parental com uma forma de abuso infantil; como objetivos específicos teve: abordar a alienação parental e suas formas; identificar o princípios do direito de família; e, avaliar as implicações da alienação parental no campo do direito.

A escolha do tema se deu pela necessidade de verificar o processo de garantia dos direitos humanos em sua totalidade no que tange a questão a proteção dos

direitos de crianças e adolescentes, tanto na parte subjetiva quanto na objetiva, tanto individualmente como em sociedade, resultando num maior pensar e repensar a relação entre o justo e o legal.

Assim o trabalho está dividido em três partes, além desta introdução e da conclusão, tem o referencial teórico que contém o aparato da literatura que fundamentou o estudo; metodologia onde se apresenta o percurso do estudo; e os resultados de 2 casos de alienação parental ocorridos em Manaus.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Conceito de família: gênese e evolução histórica

A modernidade gerou transformações na dinâmica familiar interna, Por ter facilitado o ingresso das mulheres no mercado de trabalho, o planejamento familiar, preparação acadêmica e reconciliação consigo mesmo mulher. As novas faces e facetas das mulheres no contexto social suscitaram mudanças significativas na dinâmica familiar, pelo fato de a responsabilidade pelo lar não é mais apenas uma questão do gênero feminino, mas o homem teve que começar a compartilhar a responsabilidade com a mulher tanto economicamente quanto na distribuição de tarefas domésticas (cozinhar, lavar, criar filhos, entre outros) (ALMEIDA, 2016).

Nesse sentido, surge a necessidade de compreender a dinâmica familiar a partir do estudo teórico de suas características: comunicação, afetividade, autoridade e papéis, porque, desta forma, vai contribuir para melhorar as relações entre diferentes membros do núcleo familiar (ALVES, 2010).

Quanto à conceituação de família, é difícil dar uma definição, devido à dinâmica familiar emergente no contexto atual da sociedade. Nesse sentido, pode-se dizer que foram gradativamente emergentes novas tipologias de família que estabelecem diretrizes contra a concepção de família que existiu socialmente na história (ALMEIDA, 2016).

Não obstante, o objetivo aqui é apontar algumas abordagens do conceito de família e sua dinâmica na perspectiva de diversos autores reconhecidos no assunto. Palácios e Rodrigo apud Alves (2010) que afirmam que a família é concebida como a associação de pessoas que compartilham propósitos de vida e que querem ficar juntas no tempo. Segundo Torres (2008) apud Almeida (2010), a família é um sistema de inter-relação biopsicossocial que faz a mediação entre o indivíduo e a sociedade e é composta

por um número variável de indivíduos, unidos por laços de consanguinidade, união, casamento ou adoção.

Para Torres apud Almeida (2016) esse conceito pode ser aferido a qualquer época da história da humanidade, acrescentando os termos “formados por homem e mulher” até meados da década de 1960, quando outros elementos sociais foram incorporados ao conceito de família.

Assim a família é um grupo humano cuja razão de ser é a procriação, educação e socialização das crianças (conceito clássico). A este respeito, ele sublinha Almeida (2016), que a família é o conjunto de duas ou mais pessoas unidas por casamento ou filiação, eles vivem juntos, eles colocam seus recursos em conjunto e consomem uma série de bens juntos (LIMA, 2010).

Ao longo dessas linhas, é vislumbrada a visão de uma família que luta unida - independentemente de haver ou não laços de sangue - para o bem-estar de todos os seus integrantes, propondo como meta interna a potencialização de as diferentes dimensões: afetiva, econômica, psicológica, social e consumo (NEVES, 2018).

Agora, do ponto de vista sócio jurídico, a família segundo Neves (2012, p. 156):

É um grupo de pessoas entrelaçadas em um sistema social, cujo laços são baseados em relações de parentesco fundadas em laços biológico e social com funções específicas para cada um de seus membros e com uma função mais ou menos determinada em um sistema social. .

Do ponto de vista psicológico, Maxler e Mishler (1978) apud citado por Dias (2009, p. 34) apontam que a família é “definida como um grupo primário, como um grupo de convivência intergeracional, com relações de parentesco e com uma experiência de

intimidade que se estende ao longo do tempo ”

Dias (2009) considera que a família é um sistema que se transforma da influência dos elementos externos que o rodeiam, que modificam sua dinâmica interna. Da mesma forma, esta autora destaca que a estrutura familiar é o conjunto invisível de demandas funcionais que organizam maneiras pelas quais os membros de uma família interagem, e que os relacionamentos e interações dos membros são condicionados a certas regras de comportamento.

É uma conceituação histórica que constitui um novo conceito de família a fim de construir uma nova concepção nas ações estatais de cada entidade de natureza jurídica, vale esclarecer que “A família não é uma pessoa jurídica, nem um órgão jurídico,

mas uma instituição jurídica e social que é regulado pelo direito de impor aos seus membros

- cônjuges, filhos - deveres e direitos (ALMEIDA, 2016).

Na segunda metade de Século XIX, a normatividade exercida sobre o fortalecimento da autoridade patriarcal sobre o resto da família, princípios que a Lei romana estabelece para todos os que constituem uma família. É reconhecida como família como uma das instituições mais importantes dentro da estrutura de direitos (NEVES, 2012).

Assim o conceito de família é: “É uma estrutura social que se constrói a partir de um processo que gera vínculos de consanguinidade ou afinidade entre seus membros formada por homem e mulher” (DIAS, 2007, p. 63).

Portanto, sem o bem a família pode surgir como um fenômeno natural produto da livre decisão de duas pessoas, a verdade é que são manifestações de solidariedade, fraternidade, apoio, afeto e amor; o que eles estruturam e dão coesão à instituição (ALMEIDA, 2016).

Essas contribuições significativas para as concepções da família religiosa, que vão desde ortodoxia exclusiva para aqueles que, sem gerar coerção direta, geram com sua preferência por um credo, uma assimetria com outros ritos, alguns tipos não são religiosos e outros são, através dos quais as pessoas realizam esta busca que merece todo respeito e igualdade, seja ela religiosa ou não (BEVILÁQUA, 1975).

Três aspectos básicos relacionados à família no mundo ocidental: a primeira se refere ao fato de que a família como estrutura mudou e que essas mudanças obedecem ao período histórico e social de cada época; A segunda refere-se ao fato de que o processo de socialização ocorre no grupo familiar primário (ALMEIDA, 2016).

Este processo visa que as crianças se comportem de uma maneira de acordo com as demandas atuais do contexto; terceiro, todos os grupos familiares tem sua dinâmica interna e externa (VILLELA, 1999).

2.2 Princípios constitucionais norteadores do direito de família

Para a grande maioria dos autores, o direito da família tem algumas conotações especiais que o separam de outros ramos do direito, como apontam que os princípios gerais de direito se tornam inaplicáveis, conforme afirma Tores apud Alves

(2010, p. 133) que sustenta:

Que no estudo do Direito Civil havia princípios básicos aplicáveis a todas as instituições e instruções, critério que bom ou mau foi seguido em alguns códigos. Uma breve análise desses princípios nos leva à conclusão de que nenhum deles tem aplicação no âmbito familiar .

E adicione:

“O que caracteriza o Direito Civil é a predominância de interesse material e todas as regras e princípios eles se ligam a eles”; O Direito da Família regula os deveres de tipo moral, mesmo que tenham repercussões econômicas e, que algumas escolas gostam do materialismo e considerem or este fato que tem bases econômica (ALVES, 2010, p. 134).

Não se pode compartilhar essa ideia, e estima-se que o lado patrimonial no Direito da Família sempre rende antes da ética. Assim, estes direitos, que por vezes reproduzem figuras de direito patrimonial comum, às vezes são tipos especiais e aspectos sociais e específicos do direito da família que se constituem sempre em algo diferente com peculiaridades e características privativas, de modo que seria inútil consertar sua noção recorrendo aos princípios que regem os outros ramos do direito privado (DIAS, 2007).

Quanto aos princípios do direito da família, de acordo com a CF/1988, existem na igualdade e no respeito duas relações fundamentais nas disposições legais familiares. O princípio da legalidade é fundamental para o direito. Esses postulados centrais são estabelecidos da seguinte forma segundo Alves (2010, p; 137):

2.2.1As relações familiares são baseadas na igualdade de direitos e deveres res do casal e no respeito recíproco entre todos os seus membros. Qualquer forma de violência na família é considerada destrutiva de sua harmonia e unidade, e serão sancionados de acordo com a lei.

2.2.2Filhos nascidos dentro ou fora do casamento, adotados ou prócriados naturalmente ou com auxílio científico, têm direitos iguais, escolhas e deveres.

2.2.3Mulheres e homens têm direitos e oportunidades iguais. As mulheres não podem sofrer qualquer tipo de discriminação. Durante a gravidez e após o parto, terá assistência especial e proteção do Estado, e receberá este subsídio alimentar se a condição dela não permitir;

2.2.4A Constituição reservou ao ordenamento jurídico do Estado o regulamento excluindo questões de direito de família, como pode ser visto nesta relação: Corresponde à lei fixar as turmas das crianças, desde que mencionado sob o princípio da igualdade, aqueles "procriados" com assistência científica; A regulamentação da "prole"

responsável é de responsabilidade da lei; tudo relacionado ao casamento está sujeito à legislação Civil.

2.3 Direito de família e o princípio da mínima intervenção estatal 12

Desde o advento do Código Civil de 2002 que o neoliberalismo permeia o direito da família no ocidente. A lei protege a liberdade negativa na vida familiar, mas nega direitos positivos aos recursos que tornam a vida familiar possível. A lei endossa os resultados do mercado *laissez-faire* e retrata o estado como arrogante e incompetente (DIAS, 2009).

Mesmo marcos aparentemente progressistas no direito da família permanecem dentro do quadro neoliberal. E, ainda assim, nenhum deles desafia profundamente os três ideais fundamentais do direito da família neoliberal: liberdade negativa, distribuições de mercado *laissez-faire* e o estado mínimo. Para que tenha como exemplo, o crédito de imposto de renda auferido passa por um programa de bem-estar progressivo, embora alivie apenas modestamente a dureza dos mercados de trabalho *laissez-faire* (SILVA, 2010).

Assim, desde a mudança do Código Civil no ano de 2002/2016 o neoliberalismo domina o direito da família do Brasil três arenas jurídicas. O primeiro é o direito constitucional federal, onde o Supremo Tribunal Federal adotou uma visão totalmente neoliberal da família. De acordo com o STF a Constituição Federal concede aos indivíduos ampla liberdade para fazer valer liberdade negativa - isto é, liberdade da intervenção do Estado - na vida familiar. Mas os indivíduos não têm direito constitucional de reivindicar qualquer distribuição de recursos diferente daquele produzido pelo mercado (BRITO, 2017).

Tão forte é o ideal do Tribunal de liberdade negativa, e tão extremo é seu ceticismo sobre o poder do Estado, que tem isolado o estado de qualquer responsabilidade de proteger as crianças, mesmo contra ataques parentais viciosos e previsíveis, limitando a ação do Estado a programas assistencialistas e medidas punitivas desde 1995, moldadas pelos contornos do direito constitucional (VILLELA, 1999).

Quando os indivíduos varrem direitos de liberdade negativa, mas nenhum direito de desafiar distribuições de mercado, a principal tarefa do direito subconstitucional é simplesmente criar espaço legal para os exercerem liberdade negativa. Consequentemente, o direito da família não visa amplo mandato para promover a vida

familiar. Em vez disso, visa apenas autorizar, ordenar e julgar disputas privadas (GOMES, 2017).

Mesmo na relação pais-filhos, o neoliberalismo domina, já que a lei deixa o destino das crianças para depender dos ganhos de mercado de seus pais. Crianças ricas prosperam e os pobres sofrem e nem os filhos nem os pais podem procurar reparação legal (FONSECA, 2017).

A terceira arena legal é o denominado estado do bem-estar social. Pode-se supor que o bem-estar forneceria um veículo legal para os cidadãos desafiarem o mercado de resultados (BRITO, 2017).

No entanto, no Brasil hoje, a provisão de bem-estar tende a ratificar as distribuições de mercado em vez de derrubá-las. Direitos constitucionais ausentes para ajudar, os programas de bem-estar existem com o sofrimento de atores políticos, e os termos dos programas refletem os compromissos neoliberais. Então, por exemplo, o principal programa de seguro social do Brasil, a previdência sofreu uma reforma brutal no ano de 2019 mantendo privilégios e atacando os pobres. Programas de bem-estar geralmente apresentam limites de tempo, requisitos de trabalho e outras condições que garantem que os indivíduos pobres e suas famílias subsistam principalmente em seus ganhos de mercado. A consequência previsível é que os indivíduos e as famílias podem sofrer uma pobreza extrema sem qualquer direito à assistência estatal (TRINDADE, 2018).

O neoliberalismo arraigado do direito da família é frustrante por muitas razões, até porque bloqueia a consideração sustentada de uma forma mais atraente de liberalismo. A liberdade negativa, por mais importante que seja, é insuficiente para a justiça. Não se pode imaginar - de fato, outros países adotaram - interpretações constitucionais que transmitem direitos positivos. Também pode-se imaginar - e, novamente, outros países promulgaram - uma lei que vai além da tarefa minimalista de resolver disputas privadas e, em vez disso, visa corrigir as distribuições de mercado e promover uma vida familiar aberta a todos (SILVA, 1989).

2.4 Síndrome de Alienação Parental

A primeira definição dessa realidade é de Gardner em 1985, que define a Síndrome de Alienação Parental (SAP) como um transtorno que surge principalmente no contexto de disputas pela guarda dos filhos. Sua primeira manifestação é uma campanha de difamação contra um dos pais, campanha que não tem justificativa (FISCHER, 2010).

O fenômeno resulta da combinação da doutrinação sistemática (lavagem cerebral) de um dos pais e da própria contribuição da criança para a difamação do pai rejeitado (KODJOE, 2015).

Assim Gardner (1985), professor de psiquiatria infantil da Universidade de Columbia, que em 1985 formulou o conceito de Síndrome de Alienação Parental (SAP) no artigo intitulado "*Recent trends in divórcio and custódia litigioso*" definindo-a como

“A síndrome da alienação parental é um transtorno infantil que surge quase exclusivamente pós-divórcio no contexto de conflitos de guarda. Sua manifestação primária é a campanha injustificada de difamação empreendida pela criança contra um de seus pais. Isso resulta de uma combinação de programação (lavagem cerebral) do outro genitor, por um lado, e as próprias contribuições da criança para a difamação do genitor alienado, por outro. Quando há verdadeiro abuso e/ou negligência por parte deste genitor, o comportamento do filho pode ser justificado e a síndrome de alienação parental não é aplicável neste caso.”

Na década de 1980, Gardner passou a observar durante as avaliações de crianças para definir a guarda nos tribunais de seu país, o crescente número de filhos que denegaram um dos pais, a ponto de, por vezes, manifestarem ódio ao pai que outrora amaram. Neste estudo, Gardner (1985) reconhece a mãe como o genitor alienador e o pai como o genitor alienado; reconhecendo também que em alguns casos o pai pode causar SAP. Em 1992 no livro "Síndrome da Alienação Paterna" Gardner (1985) afirma:

Muitas dessas crianças declaram orgulhosamente que a decisão de rejeitar seus pais é apenas deles. Eles negam qualquer contribuição de suas mães. De fato, suas mães muitas vezes declaram que querem que seus filhos vejam seus pais, e até reconhecem a importância dessa relação. Essas crianças apreciam que, assumindo que a decisão é delas, retiram a culpa de suas mães e as protegem da crítica. Tais expressões de pensamento independente são apoiadas pela mãe que frequentemente elogia esses meninos por serem o tipo de pessoa que tem pensamentos próprios e são francos e corajosos o suficiente para expressar suas opiniões. Muitas vezes, essas mães exortam seus filhos a dizer a verdade, verificando se querem ou não ver seus pais. O menino geralmente apreciará que “a verdade” é a expressão de que eles odeiam o pai e nunca mais querem vê-lo. Eles, portanto, fornecem essa resposta – preparada... como “a verdade” que os protegerá da ira de sua mãe, se eles tivessem que expressar o que eles realmente querem fazer, que é ver seus pais”

Os comportamentos e estratégias que o genitor alienador põe em jogo são muitas vezes sutis. O quadro 1 resume alguns dos mais frequentes

Quadro 1 - Comportamentos do genitor alienador

Não passe telefonemas para crianças.
Organizar diversas atividades com as crianças durante o período em que o outro progenitor normalmente deve exercer o seu direito de visita.
Interceptar correspondências e pacotes enviados para crianças.
Desvalorize e insulte o outro genitor na frente dos filhos.
Recusar-se a informar o outro progenitor das atividades em que as crianças estão envolvidas (jogos desportivos, peças de teatro, atividades escolares...).

"Esquecer" de avisar o outro pai sobre compromissos importantes para seu filho (dentista, médico, psicólogo...)

Envolva seu próprio ambiente familiar (novo cônjuge, avós, tios...) na lavagem cerebral de seus filhos.
Tome decisões importantes sobre as crianças sem consultar o outro pai (escolha de religião, escolha de escola)

Mudar (ou tentar mudar) seus sobrenomes ou nomes.
Impedir que o outro pai acesse a escola e/ou registros médicos das crianças
Sair de férias sem os filhos, deixando-os aos cuidados de outras pessoas, mesmo que o outro progenitor esteja disponível ou queira cuidar deles.
Diga às crianças que as roupas que o outro pai comprou para elas são feias e proíba-as de usá-las.
Ameaçar as crianças com punição se elas se atreverem a ligar, escrever ou entrar em contato com o outro pai de qualquer forma.
Recompense o comportamento depreciativo e a rejeição em relação ao outro progenitor

Fazer falsas alegações de abuso (físico e/ou sexual) em tribunal para separar as crianças do outro progenitor.
Mudança de endereço, mesmo a milhares de quilômetros, com o único objetivo de destruir a relação do pai ausente com seus filhos.

Fonte: Gardner (1985)

Segundo Gardner (1985), o componente de lavagem cerebral na SAP pode ser mais ou menos consciente por parte do genitor alienador, que programa a criança e costuma ser sistemático e sutil. Posteriormente, a criança contribui ativamente para essa campanha de difamação, mantendo um fluxo de reforços entre a criança programada e o genitor programador (alienante) contra o genitor rejeitado (alienado).

Apesar dessas contribuições da criança, Gardner (1985) vê o genitor alienador como o adulto responsável que cria ou transmite um conjunto de crenças negativas sobre o genitor alienado. As experiências amorosas da criança com o pai no passado são substituídas por uma nova realidade e o cenário negativo transmitido pelo genitor alienador cria na criança diferentes graus de rejeição por parte do pai.

À luz dessas observações, Gardner (1985) advertiu que as declarações dos filhos (em casos de divórcio/custódia) sobre a rejeição de um dos pais não devem ser interpretadas literalmente, mas devem ser avaliadas pelo filtro dinâmico SAP. Esse insight é uma das contribuições mais importantes de Gardner, pois alertou o sistema jurídico, os pais e

Outros autores como Aguilar (2014) definem como um transtorno

caracterizado por um conjunto de sintomas que resultam do processo pelo qual um genitor transforma a consciência de seus filhos, por meio de diferentes estratégias, a fim de prevenir, dificultar ou destruir seus vínculos com o outro genitor. Os comportamentos e estratégias que o genitor alienador coloca em jogo costumam ser sutis.

Embora seja verdade que para realizar uma campanha de descrédito em relação ao genitor alienado, o alienador deve estar ciente dos atos que está praticando, também é verdade que muitas vezes ele não tem plena consciência de que ou está causando danos psicológicos e emocionais aos seus filhos, e as consequências que isso terá em curto e longo prazo sobre o menor. Gomes (2016) entende a SAP como uma síndrome familiar em que cada um de seus participantes têm uma responsabilidade relacional em sua construção e, portanto, em sua transformação em algo criminoso (ALMEIDA, 2016).

Tendo em conta que o elemento principal é a rejeição mais ou menos intensa dos filhos em relação a um dos cônjuges, propõe modificar a nomenclatura clássica de Gardner (1985) para Pai Aceito e Pai Rejeitado. Quando o SAP entra em contato com o ordenamento jurídico, torna-se uma Síndrome Jurídica da Família, na qual advogados, juízes, peritos e demais profissionais afins assumem a responsabilidade de sua continuidade. A recusa dos filhos adquire significado autêntico quando expressa em juízo, uma vez que são desencadeadas denúncias, buscas de explicações e ações voltadas para a solução do problema, o que faz com que a instância judiciária se torne parte para resolvê-lo], em tal forma que deve-se incluí-lo como um elemento de vital importância dos componentes da Síndrome.

O sistema judiciário, com a intervenção dos advogados, pelo lugar privilegiado que ocupam tanto para manter quanto para agravar a SAP, poderia ser incluído no abuso institucional (BRASÍLIA s/n). É possível identificar diferentes níveis de intensidade na rejeição apresentada por meninos e meninas acometidos pela SAP: rejeição leve, moderada e intensa, segundo Aguiar (2014, p. 137):

A rejeição leve é caracterizada pela expressão de alguns sinais de desagrado na relação com o pai ou a mãe. Não há evasão e o relacionamento não é interrompido. A rejeição moderada é caracterizada pela expressão do desejo de não ver o pai ou a mãe acompanhada de uma busca por aspectos negativos do genitor rejeitado que justifiquem seu desejo. Ela nega todo carinho por ele e evita sua presença. A rejeição é generalizada ao seu ambiente familiar e social. A relação é mantida por obrigação ou é interrompida. A rejeição intensa supõe um fortalecimento cognitivo dos argumentos que a sustentam. A criança acredita neles e mostra intensa ansiedade na presença do genitor rejeitado. A rejeição adquire características fóbicas com fortes mecanismos de evitação. Sintomas psicossomáticos associados podem aparecer. A rejeição pode aparecer imediatamente após o rompimento ou em períodos subsequentes que podem durar vários anos, geralmente associados a momentos específicos do ciclo evolutivo da nova família. Desta forma, segundo diferentes autores,

distinguem-se dois tipos de rejeição dependendo do momento em que aparecem: primária e secundária, que configuram uma dinâmica relacional.

De acordo com Gardner (1985) existem 8 sintomas primários (Quadro 1) e 3 tipos de SAP (tabela 3). Os níveis dessa síndrome foram baseados no tipo de comportamento das crianças e não no grau de doutrinação a que a criança pode ter sido exposta.

Os pais alienadores são divididos em três categorias: leve, moderado e grave, sem delineamento específico para cada caso. Por outro lado, níveis severos de alienação só podem ocorrer ou ser bem sucedidos, indo passo a passo do nível leve ao moderado e deste ao severo, porque a influência saudável e confiante do genitor alienado (rejeitado) serve como antídoto para desenvolvimento de níveis graves de alienação ao longo do tempo e contato com a criança.(BRITO, 2017).

Gardner (1985) destaca a importância de distinguir entre SAP leve, moderada e grave para determinar quais medidas legais e terapêuticas são aplicáveis. Em casos leves, há alguma programação parental, mas o regime de visitas não é seriamente afetado e a criança consegue se adaptar às transições sem dificuldade excessiva. A criança mantém um relacionamento saudável com o pai.

Quadro 2 - Comportamentos da criança alienada

<p>Campanha de difamação: O filho dá sua própria contribuição à campanha de difamação do pai alienado. Justificativas fúteis: O filho dá pretextos fúteis, inacreditáveis ou absurdos para justificar sua atitude. Ausência de ambivalência: O filho está absolutamente seguro de si e de seu sentimento de "ódio" em relação ao genitor alienado. Fenômeno da independência O filho afirma que ninguém o influenciou e que passou a adotar essa atitude por conta própria. Apoio deliberado: O filho defende deliberadamente o genitor alienador no conflito. Ausência de culpa: A criança não sente nenhuma culpa pela difamação ou exploração do genitor alienado. Cenários emprestados: O filho relata acontecimentos que manifestamente não vivenciou, ou dos quais apenas ouviu falar. Generalização para a família extensa: A criança estende sua animosidade a toda a família e amigos do genitor alienado.</p>
--

Fonte: Gardner (1985)

Quadro 3 – Diferentes tipos de síndrome de alienação parental

MANIFESTAÇÕES SINTOMÁTICAS PRIMÁRIAS	SUAVE	MODERADO	FORTE
Campanha de Difamação	Mínimo	Moderado	Sério
Justificativas Fúteis	Mínimo	Moderado	Múltipla E Absurda

Ausência de Ambivalência	Ambivalência Normal	Ausência de Ambivalência	Ausência de Ambivalência
Fenômeno da Independência	Geralmente Não Existe	Presente	Presente
Espera Deliberada	Mínimo	Presente	Presente
Ausência de Culpa	Culpabilidade normal	Culpa Mínima	Ausência De Culpa
Cenários Emprestados	Mínimo	Presente	Presente
Generalização Para a Família Extensa	Mínimo	Presente	Frequente E Fanático
Considerações diagnósticos Adicionais			
Dificuldades No Momento Da Visita	Usualmente Ausente	Moderado	Sério: A Visita Não É Possível
Comportamento da Criança Durante a Visita	Nós Vamos	Intermitente, Antagônico, Provocativo	A Visita não é Possível. o Comportamento da Criança é Destrutivo e Continuamente Provocativo
Vínculo Com o Alienador	Forte e Saudável	Forte ou Moderadamente Patológico	Severamente Patológico, Frequentemente Paranóico
Vínculo Com o Pai Alienado	Forte, Saudável ou Minimamente Patológico	Forte, Saudável ou Minimamente Patológico	Forte, Saudável ou Minimamente Patológico

Fonte: Gardner (1985)

A criança que sofre de SAP grave é fanática em seu ódio ao pai alienado (rejeitado). A criança pode recusar visitas, fazer falsas acusações de abuso sexual por conta própria ou ameaçar fugir, cometer suicídio ou assassinato se for forçada a ver o pai (CARVALHO ROCHA, 2014).

Mãe e filho têm um vínculo patológico, muitas vezes baseado em fantasias paranóicas sobre o pai, às vezes a ponto de enlouquecer por dois. Em casos graves de SAP, Gardner (1985) descobriu que se a criança for deixada com a mãe, o relacionamento com o pai está condenado e a criança desenvolverá psicopatologia de

longo prazo, incluindo paranoia. Assumindo a idoneidade do progenitor alvo, Gardner (1985) está convencido de que o único remédio eficaz em casos de SAP grave é dar guarda ao progenitor alienado (rejeitado). Em 1992, ele sugeriu que os tribunais fossem mais receptivos à mudança de guarda, utilizando um período transitório com suporte terapêutico para a criança, como a internação (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ, 2011).

Por outro lado, no final da década de 1970, surgiu a preocupação da *American Legal Association* em sua seção de Direito de Família em encomendar um estudo em grande escala sobre esse problema; O resultado desse estudo de 12 anos foi publicado em 1991 em um livro chamado “*Hostage Children*”, onde Clawar e Rivlin (1991) descobriram que a programação parental era praticada em graus variados por 80% dos pais que a recebiam. % aplicaram em seus filhos pelo menos uma vez por dia.

Clawar e Rivlin (1991) baseiam seu trabalho em 30 anos de literatura sobre psicologia social e processos de influência social, que receberam vários nomes na literatura, como reforma, lavagem cerebral, doutrinação, modelagem, replicação etc. - controle da mente, reeducação e persuasão coercitiva.

Esses termos descrevem vários métodos psicológicos para remover das pessoas ideias que as autoridades não querem que elas tenham e para substituir velhas maneiras de pensar e se comportar por novas. Para os propósitos da pesquisa, Clawar e Rivlin (1991) destacaram a necessidade de uma terminologia mais precisa. Eles selecionaram as palavras “programação” e “lavagem cerebral”.

Eles definiram a palavra “programa” como o conteúdo, temas e crenças transmitidos pelo pai programador para a criança em relação ao outro pai, e “lavagem cerebral” como o processo interativo pelo qual uma criança é persuadida a aceitar a programação. o discurso do programa recebido (DIAS, 2016).

Segundo esses autores, a lavagem cerebral ocorre ao longo de um período de tempo e envolve a repetição do programa ou das palavras-código que se referem ao programa, até que o sujeito responda com aceitação de suas atitudes e comportamento (ALMEIDA, 2016).

A influência do pai programador pode ser consciente e desejada ou inconsciente e não intencional; geralmente é sutil, com recompensas por uma resposta positiva à programação, que pode ser material, social ou psíquica. A ausência de respostas positivas à programação pode resultar em punições psíquicas sutis, como retirada de afeto ou punição corporal direta. Clawar e Rivlin (1991) identificam oito fases no processo de

programação/lavagem cerebral que culminam em uma Síndrome de Alienação Parental aguda. Reconhecendo que há um desequilíbrio de poder entre o progenitor alinhador e a criança, descrevendo-o como um processo gradual, levando à persuasão da criança? (TRINDADE, 2018).

2.5 Caso 1

- Pessoa que exerce a Tutela e a Custódia: a mãe;
- Pessoa que exerce a visitação: o pai;
- Número de menores: 3, Marta (12 anos), João (7 anos) e Aurora (5 anos);
- Histórico: 8 meses sem visitas. Recusa de menores em interagir com o pai, queixas de incumprimento por parte de ambas as partes;
- As atitudes durante a visita: os menores vão ao Ponto de Encontro da Família acompanhados pela mãe, agarrados uns aos outros, tristes, os pequenos chorando. Afirmando abertamente que não querem ver o pai, enquanto a mãe lhes diz: "o que vamos fazer, falta menos para isso acabar, daqui a uma hora vai passar".

Durante a hora que dura a visita, João e Aurora permanecem agarrados à irmãzinha, não permitindo sequer o contato visual entre ela e o pai. O nível de tensão é alto, é até necessário intervir para parar a agressão verbal e há tentativas de agressão física, tendo que parar João. O tom dos menores é de reprovação e frases como: "como você quer que a gente queira te ver com o estrago que você e toda a sua família nos fizeram", "você nos abandonou, pai é quem cuida dos filhos e você nos abandonou, "a culpa é sua que somos assim".

O pai perde a calma durante a visita, começando a gritar na frente dos filhos e dizendo-lhes que não a história não é assim. Diz que a mãe "comeu a mente deles". Aurora, pense por si mesma, não pelo que lhe dizem." Isso só piora a situação, pois Aurora fica ainda mais nervosa, vagando pela sala, gritando, insultando o pai; exigindo sair da sala. seus irmãos porque o tempo de visita acabou.

Quando a mãe chega, os menores a recebem com um abraço angustiado e prolongado, enquanto lhe dizem que o pai os insultou; a mãe, triste e com cara de resignação, conforta-os e acaricia-os enquanto lhes diz: "já aconteceu tudo, fizeste o que podias, se ele não quer mudar é problema dele" e saem abraçados, mal consegue andar.

2.6 Caso 2

- Pessoa que exerce a Tutela e a Custódia: o pai;
- Pessoa que exerce o regime de visitação: a mãe;
- Número de menores: 1, Paulo André, 7 anos;
- Histórico: um ano e meio sem relacionamento com a mãe. A mãe de

Paulo André tem um novo companheiro, o pai de Paulo André também tem uma nova companheira, a quem o menor chama de "mãe". O pai apresentou várias denúncias contra a mãe por supostos abusos sexuais de Paulo André, que foram investigadas, determinando que elas não existiam.

- Atitude durante a visita: Paulo André está indo ao Ponto de Encontro da Família há aproximadamente três meses para realizar visitas com sua mãe. Durante as visitas, Paulo André diz à mãe que não quer vê-la, enquanto fica em um canto da sala, paralisado, e, com expressão de medo, diz à mãe: "Você sabe quanto estrago fez para mim"; "Sim, os abusos e tal" "Lembro quando estava na sua barriga que você dormia com outros homens", "minha mãe só dormia com meu pai".

Sua mãe tenta brincar com ele, mas assim que ele se aproxima alguns metros, ele foge, gritando. Em outras ocasiões, ele passa a visita inteira sem falar, brincando sozinho ou lendo uma revista, sem responder a nenhuma pergunta da mãe sobre como ele está na escola.

3. DISCUSSÃO

Nestes menores, observam-se diferentes sintomas, entre outros, que fazem refletir que se está perante uma situação de Síndrome de Alienação Parental. Os critérios para identificar uma criança alienada estão numerados abaixo.

- Apresentam alto nível de ansiedade na mera presença física do pai (Caso 1) e mãe (caso 2), observando transbordamento emocional em lágrimas, sudorese, agitação, etc. Manifestando até mesmo o uso de medicamentos para comparecer às visitas.
- Seu nível de ansiedade não corresponde ao que eles verbalizam.
- Falta de ambivalência quanto ao sentimento de ódio pelo pai (caso 1) e mãe (caso 2). Seu sentimento é intransigente, inquestionável.
- Ausência de sentimento de culpa pela atitude mantida na visita em relação ao pai (caso 1) e a mãe (caso 2). Contribui ativamente.

- As razões apresentadas para justificar o descrédito do progenitor alvo são muitas vezes fracas, frívolas ou absurdas.
- A animosidade em relação ao genitor rejeitado carece da ambivalência normal nos relacionamentos humanos.
- As crianças afirmam que a decisão de rejeitar o pai-alvo (caso 1) e a mãe-alvo (caso 2) é exclusivamente sua.
- As crianças apoiam cuidadosamente o pai (caso 1) e mãe (caso 2) com cuja causa ela está alinhada.
- Ausência de culpa.
- Cenários emprestados são evidenciados
- Generalização à família alargada.
- Os menores relatam eventos que não vivenciaram, expressando-os como seus.
- Procuram desculpas absurdas para justificar sua atitude.
- Eles precisam mostrar ao pai (caso 1) (e a mãe (caso 2) o quão ruim eles foram com o pai (caso 1) e a mãe (caso 2) mãe o quão ruim são;

Nos casos expostos, encontra-se a maioria dos sintomas identificados em um menor alienado, tais como: a campanha de difamação, justificativas fúteis, falta de ambivalência, fenômeno da independência, ausência de culpa, generalização à família extensa etc.

Da mesma forma, pode-se estar diante de um nível grave em que as visitas são impossíveis e a hostilidade atinge um nível extremo, chegando até a violência física. Os sintomas supracitados apresentam-se com total intensidade, podendo os menores apresentar-se totalmente paralisados ou apresentar um comportamento opositivo e destrutivo contínuo e aberto. Em relação aos pais alienadores, independentemente de serem a mãe em um caso e o pai em outro, ambos coincidem nas características comuns de serem considerados pais perfeitos.

Utilizam mecanismos de negação do SAP, considerando também que o fim justifica os meios; são criativos nas manobras excludentes que utilizam, são ao mesmo tempo ingênuos. Eles são super protetores de seus filhos antes e depois da separação. Apresentam uma identificação patológica com os filhos, em casos extremos podem desenvolver uma relação simbiótica com o menino ou a menina e traços paranoicos,

conseguem enxergar apenas maldade e malevolência ao seu redor, principalmente vindas do pai odiado.

O Plano de Intervenção destina-se no momento das visitas, para orientar tanto os menores (no apoio à redução da ansiedade e motivação à relação com o progenitor rejeitado), como as famílias, tanto do progenitor rejeitado como aceito. Uma avaliação criteriosa do grau de SAP é essencial para orientar a intervenção, bem como para avaliar o papel desempenhado pela família alargada e pelo sistema judicial, especialmente os advogados das partes. De acordo com a opinião de diversos especialistas, e concordamos com nossa experiência no Family Meeting Point em Sevilha, é difícil sair do PAS apenas cumprindo algumas reuniões ordenadas judicialmente, o PAS é uma situação complexa que exige intervenções coordenadas de diferentes instâncias.

A Lei nº 12.318, foi promulgada em 26 de agosto de 2010, dispendo sobre a alienação parental, alterando o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Desta forma, em seu art. 2º, a referida lei, conceitua a alienação parental:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Como se pode observar, no art. 2º da lei 12.318/2010 são destacados todas as formas de alienação parental, com base exclusivamente na campanha difamatória, com o objetivo de quebrar a relação afetiva com o desejo de manipular a criança contra seu genitor(a) que está afastado. A Defensoria Pública do Estado do Pará (2011, p. 1) publicou dois quadros que sintetizam as pessoas envolvidas e a amplitude da alienação.

Quadro 3 - Pessoas envolvidas

ALIENADOR	Que pode ser um dos genitores; avós; qualquer responsável pelo menor (quem tem autoridade, guarda ou vigilância sobre a criança ou adolescente);
MENOR ENVOLVIDO	Criança ou adolescente que tem sua integridade psicológica atacada com o intuito de repudiar genitor;
GENITOR ALIENADO	Paí ou mãe contra quem o ataque é direcionado.

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Pará (2011)

Quadro 5 - Amplitude sa Alienação Parental

Tipo de conduta promovida ou induzida:	Quem pratica a conduta sujeito ativo (alienador):	A quem é dirigida sujeito passivo (alienado):
Dificultar a convivência;	Um dos genitores (pai/mãe);	Genitor (pai ou mãe).
Repudiar genitor;	Avós (paternos/maternos);	
Causar prejuízo ao vínculo com o genitor alienado.	Qualquer responsável pelo menor*;	

Fonte: Defensoria Pública do Estado do Pará (2011)

* o responsável pode ser qualquer pessoa que tenha, mesmo temporariamente, autoridade, guarda ou vigilância sobre a criança ou adolescente.

Desta forma, o objetivo da Lei nº 12.318/2010 é dar proteção aos direitos da criança e adolescente. Desta forma, o art. 3º da referida Lei, fala:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Com isso, a prática de ação de alienação parental atinge o direito fundamental da criança ou do adolescente em sua intensa necessidade de convivência familiar saudável, agindo nas questões do afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, sendo desta forma uma agressão de caráter moral contra a criança ou o adolescente, que acaba por ofender os deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda. No art. 4º da Lei nº 12.318/2010 é descrito o tratamento que o poder judiciário dará ato de alienação parental:

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Desta forma, ao menor indício denunciado de alienação parental, a autoridade judicial dará as garantias necessárias para a preservação de direitos da criança e/ou do adolescente, preservando também os direitos do genitor afetado com a

manipulação da opinião de seu ente querido, sendo que a autoridade judicial pode determinar a perícia psicológica ou biopsicossocial da criança e/ou do adolescente (ART. 5º).

Também o artigo 5º da Lei nº 12.318/2010, determina em três (3) parágrafos os pressupostos básico da perícia, inferindo sobre as condições do laudo, o tipo de profissional que realizará a perícia e o prazo máximo para tal intendo, sendo este laudo, o principal documento para que o juiz declare a alienação parental (art. 6º).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não garantir e obstaculizar o direito fundamental dos menores de manter seus vínculos afetivos e afetivos com seus pais e familiares é uma forma de abuso que causa danos ao seu bem-estar e desenvolvimento emocional. Existem diferentes níveis na Síndrome de Alienação Parental que se equiparam a uma situação de risco, pelo que a partir do campo profissional será necessário tomar as medidas de proteção do menor visando evitar tais situações. Não é fácil que somente sob pressão de uma ordem judicial a situação que desencadeou uma SAP possa ser resolvida. Se realmente queremos resolver esses maus tratos às crianças, devemos abordá-lo a partir de uma intervenção terapêutica, e não apenas forçando um sistema judicial de visitas.

Enquanto as cortes e legislaturas brasileiras continuam seus empreendimentos entusiásticos na aplicação do direito da família, eles fazem uso frequente de teorias e pesquisa das ciências sociais. Este ensaio enfocou os desenvolvimentos na lei de custódia infantil decorrente da Síndrome de Alienação Parental (SAP), uma teoria proposta em 1985 que se tornou amplamente utilizada apesar sua falta de fundamentos científicos. A discussão destaca temas teóricos e problemas práticos com SAS, fornece uma discussão semelhante de mais propostas recentes rotuladas de Alienação Parental (SAP), e conclui com recomendações para advogados e juízes que devem avaliá-los os desenvolvimentos semelhantes

Filhos cujos pais não concordam ou cooperam em relação a seus cuidados são colocados no meio de conflitos de lealdade que só podem estressar e às vezes quebrá- los. Ainda não se sabe o suficiente sobre como as crianças desenvolvem lealdade e antipatias ou as resolvem à medida que amadurecem, seja em famílias intactas ou divididas. Até que o se faça, cuidado deve orientar terapeutas e tribunais.

Nas últimas décadas as mudanças nas relações sociais são significativas,

principalmente nas questões referentes ao direito de família. Os principais fenômenos destas mudanças são: a crise na família nuclear (monogâmica e heterossexual), e, a entrada da mulher no mercado de trabalho.

Neste preâmbulo de mudanças sociais profundas, desencadeadas principalmente pelos avanços nas telecomunicações, provocaram sem dúvida um alcance muito maior do nível de informação e conhecimento.

Neste sentido, este artigo tem por objetivo geral, analisar o contexto da Lei nº 12.318/2010 que resguarda o interesse da criança e do adolescente ao convívio familiar, além de especificamente identificar a alienação parental e suas formas como norma jurídica; verificar os princípios da alienação parental dentro do direito de família; e, identificar as imposições da alienação parental. Para isso, em primeiro lugar foi analisado a necessidade de formalização de norma jurídica dentro da legislação nacional que proteja direitos com a apresentação da contextualização histórica da norma. Em segundo plano foi analisado, no âmbito da bibliografia, o direito de família, por intermédio da contextualizando histórica.

Neste sentido, a alienação parental acontece, em escala mundial e, sempre esteve presente em toda a história da humanidade, e em todas as classes sociais, articulada ao nível de desenvolvimento da sociedade na qual acontece. É um problema complexo que requer a coordenação de esforços entre pessoas de vários setores profissionais.

No caso brasileiro especificamente está enraizado no tecido social. Embora os recursos sejam importantes, não constituem, por si só, a solução. Nos países desenvolvidos, a existência de sistemas de assistência social e de coação legal não garante uma resposta adequada. Assim, com a pesquisa foi possível perceber que é necessário congrega esforços para: reconhecer a complexidade do fenômeno e suas consequências; aprender mais sobre outros serviços e recursos para combater o problema.

Essa congregação de esforços pode constituir um desafio para pessoas de diferentes organismos, com diversos tipos de formação e intervenção. As suas vantagens são: a compreensão mais aprofundada da dinâmica do problema; o aumento do número de ações de alienação parental na justiça com o advento de responsabilizações; apoio acrescido aos profissionais e aumento da motivação destes; e, prestação mais eficaz, sensível e coordenada de serviços de apoio à vítima.

Conclui-se, desta maneira, que se enquadra no Direito de Família qualquer demanda que verse sobre o direito de manter as relações familiares, e, por conseguinte, de

filiação. Entretanto, este é o caso do direito ao conhecimento da alienação parental – inserido nos direitos de família - que visará fundamentalmente à proteção de outros direitos, também de índole constitucional, e guardando valores quiçá maiores do que o próprio direito à intimidade.

5. REFERÊNCIAS

AGUILAR, J. M, **Síndrome da Alienação Parental**. Filhos manipulados por um dos cônjuges para odiar o outro. Nelo Horizonte: Almuzara; 2004.

ALMEIDA, J. G. **Direito de Família e a nova constituição**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BEVILÁQUA, C. **Código Civil comentado**. 5ª ed. São Paulo: Francisco Alves, 1975.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**. Brasília: Congresso Nacional Constituinte, 1988. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> Acesso em 10 de abr de 2022.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília: Senado federal, 1990. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> Acesso em 10 de abr de 2022.

BRASIL. Lei nº 12.318/2010. Brasília: Congresso Nacional, 2010. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> Acesso em 1º de abr de 2022.

BRASÍLIA. **Jurisprudência de alienação parental**. Brasília: Tribunal de Justiça. Disponível em: [Thttp://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23666687/agravo-de-instrumento-agi-20130020083394-df](http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23666687/agravo-de-instrumento-agi-20130020083394-df) Acesso em 1º de abr de 2022.

BRITO, L. M. T. **Família pós-divórcio: a visão dos filhos**. Psicologia: Ciência e Profissão, 27(1), 32-45., 2017.

CARVALHO ROCHA, L. de A. **Alimentos no ordenamento jurídico brasileiro**. Artigo. 2014. Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 1º de abr de 2022.

CLAWAR, S. S.; RIVLIN, B. V. ed. **Crianças feitas reféns: Lidando com crianças programadas e com lavagem cerebral**. Chicago: American Bar Association. 1991.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARÁ. **Alienação parental segundo a lei nº 12.318/2010**. Artigo. 2011. Disponível em <http://dp-pa.jusbrasil.com.br/noticias/2957478/artigo-alienacao-parental-segundo-a-lei-12318-2010> Acesso em 10 de abr de 2022.

GARDNER, R. **Tendências recentes em litígios de divórcio e custódia**. *Fórum da Academia* 1985;29:3-7.

FISCHER, C. B. **Alienação parental no direito de família**. São Paulo: RT, 2010.

FONSECA, P. M. P. C. da. **Síndrome da Alienação Parental**. In: Revista Brasileira de Direito de Família. v. 8, n. 40, fev/mar, 2017, p. 5-16.

GOMES, F. **Direito de família**. São Paulo: RT, 2017.

KIRCHNER, L. **Psicologia**. São Paulo: Santuário, 2009.

KODJOE, Ú. **A alienação parental**. (Tradução da Conferência da psicóloga do idioma francês para o português: Philippe Maillard), 2015. Disponível em: <http://www.apase.org.br>. Acesso dia 26 de ago de 2021.

LIMA, P. **Direito de Família**. Artigo. 2010. Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 10 de abr de 2022.

NEVES, M. C. A. *Vademecum* do Direito de Família. 3 ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2018.

SILVA, D. M. P da. **Alienação parental**: distúrbio neurótico. Artigo. 2010. Disponível em <http://www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em 10 de abr de 2022.

SILVA, J. A. Da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: RT, 1989.

TRINDADE, J. **Síndrome de Alienação Parental (SAP)**. In: DIAS, Maria Berenice. Incesto e Alienação Parental. São Paulo: RT, 2018

**A LEI CAROLINA DIECKMANN (Nº 12.737/2012) E SUAS IMPLICAÇÕES: UMA
BREVE ANÁLISE SOBRE AS DISCUSSÕES ACERCA DOS CRIMES
CIBERNÉTICOS NO BRASIL**

SAYARA NOGUEIRA DE SOUZA¹
PAULO SÉRGIO LIMA DOS SANTOS²

Escola Superior Batista do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil.

Resumo: Os crimes cibernéticos em todo o mundo ascenderam, principalmente, com o advento da internet e das novas tecnologias da informação e da comunicação (TICs), impulsionados pelas redes sociais e toda a construção de um ambiente virtual favorável para a troca e o compartilhamento de informações, inclusive a emissão de opiniões. Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo realizar uma breve reflexão sobre as implicações dos crimes cibernéticos na segurança pública a partir da compreensão da Lei nº 12.965 de 2014. Tratou-se de uma pesquisa descritiva de natureza qualitativa, tendo como parâmetro de análise a realização de um levantamento bibliográfico em bases de dados e fontes bibliográficas. Observou-se que os crimes cibernéticos estão imersos em um panorama de aumento da criminalidade em âmbito virtual, que foi ampliado e possibilitado pelo crescimento do acesso a informação por meio do uso de dispositivos eletrônicos e pela presença massiva da sociedade na internet, o que gera o maior compartilhamento de dados pessoais nesse processo de uso. Diante disso, a Lei nº 12.737/2012, reconhecida legalmente como Lei Carolina Dieckmann, foi criada como um instrumento de enfrentamento para os crimes dessa natureza, principalmente para o combate aos crimes de invasão de dispositivos telemáticos e furto de dados.

Palavras-chave: Crimes Cibernéticos. Segurança Pública. Lei Carolina Dieckmann – nº 12.737/2012.

ABSTRACT: Cybercrimes throughout the world have risen, mainly, with the advent of the internet and the new information and communication technologies (ICTs), driven by social networks and the entire construction of a virtual environment favorable for the exchange and sharing of information, including the issuance of opinions. In this sense, the present article aims to perform a brief reflection on the implications of cybercrime on public safety from the understanding of Law No. 12,965 of 2014. This was descriptive research of qualitative nature, having as parameter of analysis the realization of a bibliographic survey in databases and bibliographic sources. It was observed that cybercrimes are immersed in a panorama of increased crime in the virtual environment, which has been expanded and made possible by the growth of access to information through the use of electronic devices and by the massive presence of society on the Internet, which generates greater sharing of personal data in this process of use. Therefore, Law 12737/2012, legally known as Carolina Dieckmann Law, was created as a tool to fight against crimes of this nature, mainly to combat the crimes of invasion of telematics devices and data theft.

Keywords: Cyber Crimes. Public Safety. Carolina Dieckmann Law - no. 12.737/2012

¹ A autora é aluna finalista do curso de direito da ESCOLA SUPERIOR BATISTA DO AMAZONAS – ESBAM.

² Orientador Professor Doutor Paulo Sérgio Lima dos Santos

1. INTRODUÇÃO

O surgimento da internet e o crescimento do aprimoramento tecnológico possibilitou um aumento dos níveis de acesso a informação por grande parte da população, principalmente da sociedade contemporânea. Nas últimas décadas é possível observar a ascensão das ferramentas tecnológicas que melhoraram as relações sociais por meio da comunicação virtual, tais como: sites, redes sociais, programas, softwares, equipamentos, etc. Nesse sentido, observa-se que a sociedade passou a assumir um maior protagonismo no acesso as informações, o que pode vir a gerar um diferentes situações, benéficas ou malélicas.

O acesso a informação possibilitou com que a sociedade assumisse um papel fundamental no poder de decisão que ela toma diante dos meios de comunicação. No ponto de vista legal, Pereira e Caldas (2021), analisam que as profundas transformações sociais com o advento da internet e dos meios de comunicação virtual impactaram também a realidade social da criminalidade, que foi acentuada com essa nova realidade: os crimes cibernéticos. Dessa forma, olha-se aqui um duplo-padrão na relação de uso entre a sociedade os meios de comunicação, mais especificamente a internet, que permitiu no âmbito virtual o surgimento da realidade de crimes aplicados no campo virtual.

Para além disso, nota-se que a internet e todo o espaço virtual fomenta uma série de discussões sobre conduta, direitos, deveres e responsabilidades no que se refere a legislação e os mecanismos vigentes de regulação. No Brasil, existem instrumentos legais e iniciativas que tratam sobre os crimes virtuais, ainda que se apresentem como incipientes em alguns casos. São objetos de análise desse artigo os crimes virtuais e as legislações vigentes no Brasil, observados a partir de uma perspectiva histórica e construtiva dessas relações e como existe um impacto na sociedade. No que tange a segurança pública, cabe analisar que essa incipiência – ou insuficiência, mais precisamente -- retratada no estudo

Os crimes cibernéticos em todo o mundo ascenderam, principalmente, com o advento da internet e das novas tecnologias da informação e da comunicação (TICs), impulsionados pelas redes sociais e toda a construção de um ambiente virtual favorável para

a troca e o compartilhamento de informações, inclusive a emissão de opiniões. No Brasil, destaca-se como um caso emblemático de inovação legislativa para o enfrentamento desse tipo de crime a Lei nº 12.737 de 30 de novembro de 2012, denominada como “Lei Carolina Dieckmann”, além também da Lei do Marco Civil da Internet, publicada na Lei nº 12.965 de 2014.

Todo esse cenário construído ao longo dos anos com o processo de virtualização da informação representa, à luz da legislação específica no tocante a lei de proteção dos dados um contínuo embate do Estado por meio do uso de recursos e instrumentos jurídicos para tentar coibir essa tipologia de crime, que tem ampliado o seu espaço de atuação nesses diferentes ambientes do ciberespaço. Todavia, no decorrer dessa política de enfrentamento, algumas leis tiveram destaques, como mencionado acima, porém ainda existem delitos e práticas criminosas que são praticadas cotidianamente, exigindo da legislação uma resposta cada vez mais rápida e eficaz.

Para Pinheiro (2016), há uma necessidade latente de adequação das políticas legislativas e jurídicas do Estado para acompanhar o crescimento vertiginoso do crime virtual, o que demonstra que o Direito digital é uma área que deve ser observada como prioridade para esse tipo de caso. O uso da internet e dos meios de comunicação digital abrangem diferentes nichos de atuação, onde a partir do crescimento das mídias sociais, o usuário ganhou maior autonomia e domínio dessas ferramentas, podendo usar esse ganho de autonomia para diferentes finalidades.

No âmbito legal, as discussões sobre legislações sobre regulamentação e políticas de boas práticas de uso da internet vem assumindo espaço nas políticas públicas de Estado, no qual a preocupação pela proteção dos dados e efetiva aplicação de legislações mais eficientes na investigação e punição em casos de crime cibernéticos, tem orientado os órgãos reguladores e aprimorar de forma mais holística esses tipos de instrumentos legais. Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo realizar uma breve reflexão sobre as implicações dos crimes cibernéticos na segurança pública a partir da compreensão da Lei nº 12.965 de 2014

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Crimes cibernéticos

Os crimes cibernéticos, também denominados de crimes virtuais, são aqueles

decorrentes no ambiente virtual, por meio da internet na rede mundial de computadores, tendo como domínio de prática delituosa o acesso a dispositivos eletrônicos e meios de comunicação, caracterizando-se como infração, sendo então: fraude, ameaça, bullying, estelionato, abuso moral, dentre outros (ROSSINI, 2004).

O conceito sobre crimes virtuais traz para o debate acadêmico-científico diferentes perspectivas, principalmente no campo do Direito Penal e dos estudos de Segurança Pública. De acordo com Castro (2003) os crimes virtuais representam uma dimensão social e jurídica do crime a partir do processo de globalização e de revolução dos meios digitais. Para Santos (1997), o fenômeno da globalização e o surgimento da internet são etapas naturais de avanço social e tecnológico da humanidade, no entanto, essa revolução como qualquer outra incide na amplificação de possibilidades para o surgimento de máculas sociais.

Pinheiro (2013) analisa que o crime virtual pode ser observado de diferentes perspectivas a partir das suas peculiaridades. Diferentemente do “crime real”, o crime virtual dispensa o contato físico e incide no uso de ferramentas e mecanismos do ambiente digital e tecnológico para gerar uma agressão e ferir os princípios e direitos de alguém. Para Sydow (2009), o crime virtual caracteriza-se como uma tipologia criminal que se utiliza de uma conduta lesiva que pode afetar a vítima em diferentes estágios, podendo aplicar o lesão em diferentes padrões.

Quanto a trajetória histórica:

Os primeiros casos de crimes virtuais ocorreram na década de 1960, onde os infratores manipulavam os dados contidos nos computadores, praticando atos de sabotagem, espionagem e abuso ilegal de sistema de computadores, contudo, era muito difícil de detectar a prática de tal ato devidas às condições técnicas daquela época. Todavia, a partir de 1980, houve uma alteração radical sobre o tema, vez que foram identificadas e divulgadas diversas ações criminosas com a utilização de meios virtuais, tais como pirataria de programas, manipulação de valores nos caixas eletrônicos, abuso de telecomunicação, entre outros. Assim, com a intensa prática dos crimes de informática durante o referido período, foram surgindo as primeiras legislações que regulamentavam a prática dos respectivos atos ilícitos (NASCIMENTO, 2016, p.17).

Os crimes virtuais foram aprimorados ao longo dos anos, principalmente a partir do surgimento de novos meios de comunicação em massa no campo cibernético. A evolução histórica da legislação para esse tipo de crime perpassou por diferentes casos, como nos Estados Unidos, em 1984, com a legislação “Crime Control Act” e posteriormente o

“Computer Fraud and Abuse Act”. Em 1986, na Alemanha, houve a criação da “Computer Kriminalitat”, embasando outras iniciativas em países na Europa. Mais recentemente, em 2001, ocorreu a Convenção Europeia sobre Crimes Cibernéticos, que resultou na elaboração de uma legislação específica para tratar dos crimes virtuais no âmbito europeu, focado na melhoria dos procedimentos de uma política criminal propriamente cibernética (NASCIMENTO, 2017).

Importante frisar que o crime virtual, como está vinculado ao âmbito da internet, também é adotado pelo Direito Digital, que é um ramo do Direito que trata das situações relacionadas a internet na perspectiva social, política, econômica e jurídica, que também envolve os elementos de reconhecimento dos casos de ilicitude nas questões inerentes a prática criminosa na internet (PINHEIRO, 2010). O conceito de crimes virtuais está atrelado a conduta e a prática ilícituosa, conforme argumenta Rosa (2002, p.53):

A conduta atente contra o estado natural dos dados e recursos oferecidos por um sistema de processamento de dados, seja pela compilação, armazenamento ou transmissão de dados, na sua forma, compreendida pelos elementos que compõem um sistema de tratamento, transmissão ou armazenagem de dados, ou seja, ainda, na forma mais rudimentar; 2. O “Crime de Informática” é todo aquele procedimento que atenta contra os dados, que faz na forma em que estejam armazenados, compilados, transmissíveis ou em transmissão; 3. Assim, o „Crime de Informática“ pressupõe dos elementos indissolúveis: contra os dados que estejam preparados às operações do computador e, também, através do computador, utilizando-se software e hardware, para perpetrá-los; 4. A expressão crimes de informática, entendida como tal, é toda a ação típica, antijurídica e culpável, contra ou pela utilização de processamento automático e/ou eletrônico de dados ou sua transmissão; 5. Nos 10 crimes de informática, a ação típica se realiza contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou a sua transmissão. Ou seja, a utilização de um sistema de informática para atentar contra um bem ou interesse juridicamente protegido, pertença ele à ordem econômica, à integridade corporal, à liberdade individual, à privacidade, à honra, ao patrimônio público ou privado, à Administração Pública, etc. (ROSA, 2002, p. 53).

Nesse sentido, os crimes virtuais podem ser identificados a partir das suas modalidades, tendo em vista o objeto material e a conduta atípica. De acordo com Viana (2003) os principais tipos de crimes virtuais são: os crimes cibernéticos próprios e os crimes cibernéticos impróprios. Os determinados como próprios são aqueles que são executados no âmbito da informática, ou seja, são os crimes praticados e tutelados por meio do uso de recursos informatizados: celulares, computadores, notebooks, etc. Já os crimes de natureza

imprópria são determinados como aqueles tipificados no Direito Penal que ferem a dignidade humana e são praticados através do meio informativo, sendo então observados como de maior grau de infração: atividade hacker para roubo de bancos, fraudes eletrônicas, bullying, dentre outros (VIANA; MACHADO, 2003).

O contexto da criminalidade em âmbito virtual advém da denominada criminalidade informática. De acordo com Fiorillo e Conte (2016), a criminalidade informática é caracterizada pelas características e elementos de informatização, como recursos eletrônicos e os meios de comunicação – tal como a internet –, que possibilitam a prática do ato ilícito por meio do uso desses mecanismos. Jaishankar (2007) define que os crimes virtuais podem ser entendidos como crimes de natureza específica, pois são realidades em um ambiente não-real, ou seja, em um ambiente virtual.

De acordo com Pinheiro (2010), os crimes cibernéticos são de natureza delituosa virtual, ou seja, são práticas criminosas que são talhados pela conduta ilícita de uso de recursos eletrônicos ou meios de comunicação em rede (internet) para infringir ou atuar contra a integridade, moralidade e confidencialidade – denominado também de delito informático.

A Convenção sobre a Cibercriminalidade, realizada em 2001, adotou as seguintes condutas para representar e tipificar um crime virtual: acesso ilegal e doloso por meio de recursos eletrônicos, interceptação ilegal de informações, atentado a integridade e violação de um sistema e a comercialização e obtenção ilegal de recursos de sistemas (MPF, 2006).

Colares (2002) define o crime cibernético como um conjunto de condutas e práticas que atentam contra a privacidade, o direito individual e coletivo e a autonomia do indivíduo, tanto por meio da ameaça, calúnia, difamação e apologia a qualquer tipo de delito dessa natureza, como também para realizar qualquer violação e interceptação ilegal de sistemas para bem próprio. Dessa forma, pode-se dizer que o crime em ambiente virtual age para infringir a privacidade e estabelecer uma conduta de ilicitude a partir da web e dos mecanismos que ela permite.

Os crimes cibernéticos podem ser classificados de acordo com a sua espécie. Dentre as principais, os crimes de ódio, os crimes de invasão de privacidade e intimidação, os crimes de estelionato e os crimes de abuso sexual (PANNAIN; PEZELLA, 2015). Essas caracterizações dos crimes cibernéticos são amparadas por legislações e instrumentos jurídicos diferentes, a depender da infração. Na visão de Barroso (2004), os crimes virtuais abrem uma possibilidade maior na garantia do anonimato, principalmente pelo uso de recursos de descumprimento e violação de regras no uso de sites e plataformas digitais, o

que exige um maior aprimoramento de inovações em tecnologias protetivas para esses casos.

2.2 Legislação brasileira e as políticas de enfrentamento dos crimes virtuais

A prática dos crimes virtuais no Brasil não é recente, porém após a ascensão da internet e a popularização da comunicação digital na sociedade houve um aumento de acontecimentos dessa natureza. No que se refere a legislação, o tema foi tratado inicialmente em 1987, dentro do campo do Direito Econômico, a partir da Lei nº 7.646/1987, reeditada posteriormente para incluir sobre a propriedade intelectual acerca dos programas de computadores no Brasil (LIMA, 2014). Em 1990 houve a publicação da Lei nº 8.137/1990, que definia os crimes praticados contra a ordem tributária no âmbito da informática, sendo posteriormente reeditada com a Lei nº 9.883/2000 com a inclusão da regulamentação dos delitos relacionados a internet, para além somente dos crimes de ordem econômica (VIANA; MACHADO, 2003).

Todo o processo inicial da trajetória da legislação no combate aos crimes virtuais no Brasil contou, sobretudo, com a participação ativa da sociedade no enfrentamento dessas práticas. Para Lima (2014), os crimes cibernéticos ampliaram a sua zona de convergência para outros setores, chegando ao cidadão comum, principalmente por meio do cometimento de fraudes, estelionato e outras práticas ilícitas. No tocante à prática dos crimes virtuais, Masson (2014) observa que o Brasil apresentou iniciativas de regulamentação ainda no início dos anos 2000 para a aprovação de propostas com enfoque na preservação da liberdade e garantia de proteção dos dados pessoais. Essas iniciativas passaram a ganhar o debate na opinião pública, culminando então em uma das iniciativas de maior apelo social no país sobre os crimes virtuais: O “Marco Civil da Internet”.

O Marco Civil da Internet – Lei nº 12.695/2014 foi construído a partir de uma incorporação de projetos voltada para a proposta de regulamentação do uso da internet, principalmente na construção e estabelecimento de princípios, normas e diretrizes para garantir maior proteção dos dados dos usuários (LIMA; BARRETO JUNIOR, 2016). Nesse sentido, foi criada a Lei nº 12.695/2014 e sancionada pela Presidenta da República, Dilma Rousseff em 2014, atendendo a uma discussão motivada por organizações sociais, civis e políticas, amplificada principalmente por recentes ataques de espionagem na época, no qual o governo dos Estados Unidos acessou dados sobre o governo brasileiro.

O art. 1º trata basicamente: “Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria” (BRASIL, 2014). O Marco Civil da Internet, apesar de ser amplamente discutido, também foi alvo de críticas sobre as formas de conduta e como o processo de disciplina e controle na regulamentação seria realizado pelo Estado. A Lei nº 12.695/2014 apresenta, basicamente, quais as disciplinas e os princípios que ela atende:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede;

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei (BRASIL, 2014).

De acordo com Lima e Barreto Junior (2016), a Lei nº 12.695/2014 representou um grande avanço para as políticas de enfrentamento ao crime virtual no Brasil, observando que a garantia da privacidade e a proteção de dados pessoais devem ser legitimamente reconhecidos como objetos de proteção do Estado. Anteriormente a Lei do Marco Civil da Internet, cita-se também a Lei nº 12.735/2012, denominada como “Lei Azeredo”, levando o nome do Deputado Federal Eduardo Azeredo (PSDB), que foi proposta pelo mesmo. Essa lei representou um passo importante para o combate a crimes virtuais, de conduta racista, tornando obrigatória a interrupção imediata de mensagens que apresentassem qualquer teor dessa natureza discriminatória (MAUES; DUARTE; CARDOSO, 2018).

2.3 Lei carolina dieckmann (nº 12.737/2012)

A repercussão de um caso com a atriz Carolina Dieckmann em 2011 popularizou a discussão e nomeou a Lei nº 12.737/2012, que entrou em vigor no dia 3 de abril de 2013, após amplo debate no legislativo brasileiro, alterando o Código Penal para tipificar os crimes cibernéticos com características específicas para ações de invasão de dispositivos telemáticos e degeneração dos serviços para furto de informação (MINISTÉRIO DA

JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2014). Essa Lei ganhou repercussão nacional e representou um avanço para o enfrentamento de crimes virtuais, mais especificamente para os crimes que atentem para a invasão de dispositivos telemáticos, como celulares e computadores.

A proposta da lei foi para combater, principalmente, a invasão e a infração delituosa por meio das práticas criminosas na internet. De acordo com Frota e Paiva (2017), a Lei nº 12.737/2012 representa uma tendência do Direito: o ambiente virtual. Ainda segundo os autores, o legislador assume para a Lei nº 12.737/2012 uma característica intrinsecamente relacionada a invasão e a prática de conduta do criminoso, equivalendo, inclusive, os dados de cartão de crédito e débito com documento particular.

A Lei nº 12.737/2012 tratou de ampliar a pena para esse tipo de delito e regulamentar sobre os crimes em âmbito informático, no que tange a falsificação de documento e a violação no acesso de dados pessoais, que atacam, sobretudo, a privacidade (WENDT; JORGE, 2012). Apesar de tratar sobre os delitos que implicam na proteção de dados, a Lei nº 12.737/2012 é criticada por alguns legisladores, que a observam como frágil em relação a tipificação dos dispositivos eletrônicos, não incluindo outras ferramentas e deixando em aberto a natureza ilícita com relação a invasão desses dispositivos.

Outro importante passo para o processo de enfrentamento ao crime virtual foi a Lei nº 12.737/2012, denominada de “Lei Carolina Dieckmann”, que levou esse nome pelo caso ocorrido com uma atriz. Essa lei foi sancionada em 2012 e alterou os artigos do Código Penal Brasileiro (Artigo 154-A), tipificando a conduta criminosa quanto a invasão e obtenção imprópria de conteúdo por meio de dispositivo de comunicação:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa (BRASIL, 2012).

A Lei nº 12.737/2012 tratou de ampliar a pena para esse tipo de delito e regulamentar sobre os crimes em âmbito informático, no que tange a falsificação de documento e a violação no acesso de dados pessoais, que atacam, sobretudo, a privacidade (WENDT; JORGE, 2012). Apesar de tratar sobre os delitos que implicam na proteção de dados, a Lei nº 12.737/2012 é criticada por alguns legisladores, que a observam como frágil em relação a tipificação dos dispositivos eletrônicos, não incluindo outras ferramentas e

deixando em aberto a natureza ilícita com relação a invasão desses dispositivos.

Para Sidow (2014) o envolvimento das multiplicidades de delitos no âmbito dos crimes virtuais vem exigindo uma atualização praticamente constante do Estado. Cada vez cresce a necessidade de garantir maior cumprimento das medidas de proteção de dados e no acompanhamento das condutas e normativas que tratem com maior rigor as questões inerente a liberdade de expressão. Conforme argumenta Pinheiro (2014), os crimes virtuais, principalmente os impróprios, tem crescido demasiadamente na sociedade digital, principalmente na ocorrência de casos referentes a crimes de invasão de privacidade, crimes de ódio, crimes de estelionato e crimes contra a honra. Para esse embate, faz-se necessário o aprimoramento dos instrumentos legais de combate a esse tipo de agressão e a garantia de proteção dos direitos dos usuários na internet (PINHEIRO, 2014).

3. METODOLOGIA

3.1 Método da pesquisa

Tratou-se de uma pesquisa descritiva de natureza qualitativa, tendo como parâmetro de análise a realização de um levantamento bibliográfico em bases de dados e fontes bibliográficas. A pesquisa bibliográfica foi realizada nas seguintes bases de dados: SciELO, Portal de Periódicos da CAPES, BDJur, LEXML e repositórios institucionais.

A pesquisa descritiva caracterizou-se pela análise do objeto de pesquisa, no caso, a a Lei nº 12.737/2012. Foram utilizados os seguintes descritores de busca: “Crime cibernéticos”, “Lei Carolina Dieckmann” e “Lei nº 12.737/2012” combinados a partir de uma busca booleana.

4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

4.1 Os impactos dos crimes cibernéticos na segurança pública e o contexto da lei nº 12.737/2012

A construção de uma política de segurança pública envolve diferentes elementos, como as questões sociais, financeiras e institucionais. De acordo com Soares (2007) o contexto da política de segurança pública ultrapassa os limites de combate à criminalidade, pois envolve elementos que caracteriza toda uma macro estrutura social que afeta diretamente a segurança da sociedade. Para Vaz (2007, sem paginação):

Há uma grande deficiência nas chamadas Políticas de Segurança aplicadas em nosso sistema e convém neste ponto, realçar que em todo o país a manutenção da segurança interna, deixou de ser uma atividade monopolizada pelo Estado, atualmente as funções de prevenção do crime, policiamento ostensivo e ressocialização dos condenados estão divididas entre o Estado, a sociedade e a iniciativa privada.

A Política Nacional de Segurança Pública – PnaSP apresenta as definições e diretrizes sobre os princípios que compõe e integram as estratégias de segurança no país:

Art. 1º. A Política Nacional de Segurança Pública (PNaSP) é o conjunto de princípios, diretrizes, objetivos que condicionará a estratégia de segurança pública a ser implementada pelos três níveis de governo de forma integrada e coordenada, visando à preservação da vida, à manutenção da ordem pública, ao meio ambiente conservado a garantia da incolumidade das pessoas e do patrimônio, o enfrentamento e prevenção à criminalidade e à violência em todas as suas formas, assim como o engajamento da sociedade, a transparência e publicidade das boas práticas (MJSP, 2018, p.3)

Nesse sentido, compreende-se que há um conjunto de atores que constituem as políticas públicas, assumindo um papel importante no processo de criação de estratégias e de mecanismos jurídicos e administrativos para o enfrentamento da criminalidade. Para Passetti (2004), o Estado assume um papel vital para atuar em conjunto com outras instituições e com a sociedade para fomentar o debate público sobre o planejamento da segurança pública. Para além de prevenir o crime, a institucionalização de políticas públicas na área da segurança pública tem se mostrado cada vez mais sistemático, tendo em vista que a busca pela garantia da proteção ao cidadão deve ser observada em diferentes frentes de atuação (PASSETTI, 2004).

No entendimento de Soares (2007), as falhas nas políticas de segurança pública podem implicar em entraves administrativos e sociais que impactam diretamente a condição de vida da sociedade, principalmente no sentido de prevenção e controle da criminalidade e de atos de ilicitude que afetem a qualidade de vida e o bem-estar social. A garantia de proteção dos cidadãos é um dever do Estado, ou seja, as Políticas públicas na área da segurança pública devem atender a objetivos que visem a preservação da vida e a salvaguarda das condições que possibilitem o bem-estar social (SOARES, 2007).

Há uma discussão bastante ampla no âmbito dos impactos da segurança pública na construção e implementação de políticas públicas na sociedade. De acordo com Adorno (2008), um dos maiores problemas na formulação de políticas públicas de segurança pública é a adoção de medidas que inviabilizem a ação de outras frentes de atuação, como

no caso dos direitos humanos e a institucionalização da participação popular no debate. Outrossim, entende-se então que existe uma necessidade de, cada vez mais, conforme argumenta Adorno (2008), de haver uma discussão mais focada nos aspectos sociais e do próprio conhecimento da sociedade sobre os seus problemas e a sua realidade.

Para além das questões de segurança pública no âmbito social, o aspecto digital tem adentrado a construção de políticas de segurança pública para atuar nos crimes virtuais. Conforme observa Aras (2015), os crimes virtuais representam uma modalidade criminológica que vem crescendo ao longo dos últimos anos, no qual as instituições de segurança pública têm buscado melhorar a capacidade de enfrentamento para combater esse tipo de crime. Ainda de acordo com Aras (2015), uma das iniciativas para a melhoria de mecanismos de enfrentamento foi a criação de delegacias virtuais e programas específicos de rastreamento e monitoramento informático. O surgimento das delegacias virtuais no Brasil, ainda durante o início dos anos 2000, representou um importante marco para o combate ao crime virtual, além também de corroborar para a melhoria da capacidade de comunicação com a sociedade (SYDOW, 2009).

O desafio de combater os crimes virtuais no âmbito da segurança pública tem proporcionado o surgimento de estratégias jurídicas e técnicas para atenuar problemas ocasionados por crimes dessa natureza. Rolim (2007) aponta a segurança digital como um instrumento técnico que tem possibilitado a melhoria no processo de controle e monitoramento de ilicitudes no âmbito virtual, principalmente quanto aos crimes que atentam contra a privacidade dos dados. Nesse mesmo sentido, Sydow (2009) observa que o cybercrime atenta contra diferentes áreas de interesse, podendo afetar os aspectos econômicos, sociais, políticos e criminológicos na sociedade.

No entanto, apesar dos esforços e de ações de fortalecimento das políticas públicas de enfrentamento aos crimes virtuais, observa-se que a estrutura jurídica no Brasil ainda não apresenta um panorama totalmente solidificado para combater esse cenário. É o que Gonçalves (2009) pontua ao argumentar que a legislação brasileira ainda não conseguiu articular mecanismos jurídicos mais rígidos para o enfrentamento dos crimes virtuais, principalmente daqueles que ocorrem diretamente no campo social e econômico. Apesar de um crescimento quanto a atenção desse tipo de realidade, o Brasil ainda é um país que não conseguiu sistematizar com maior efetividade a sua estrutura judicial para garantir maior ação e embate contra os criminosos que atuam no meio digital (ARAS, 2015).

Os crimes cibernéticos tem afetado diretamente a segurança pública no âmbito da internet, principalmente por meio de programas e aplicativos que se popularizaram ao longo

dos anos. De acordo com Sydow (2015), o crescimento dos crimes virtuais no Brasil por meio de invasões de perfil, crimes de estelionato e furto de dados cresceu mais de 150% nas grandes capitais, tendo em vista que os atos ilícitos são recorrentes em dispositivos eletrônicos moveis, como smartphones e notebooks.

O crescimento do crime cibernético tem demandado das estratégias de segurança pública um maior rigor na busca por estratégias de fortalecimento do planejamento de ação e de enfrentamento desse tipo de delito. Para Wendt e Jorge (2013), os crimes cibernéticos ameaçam a segurança pública em diferentes frentes de atuação, sendo estas as principais: procedimentos de investigação, fraudes e delitos em sistemas públicos, coação e extorsão em órgãos públicos, furto de dados, invasões de perfis públicos, etc. Sobretudo, esse tipo de crime tem impactado as políticas de combate a invasão de dados, conforme argumenta Paiva (2017), ao afirmar que a Lei nº 12.737/2012 surgiu como um instrumento relevante para combater a invasão de dispositivos e garantir maior proteção legal em caso de furto de dados.

No entanto, a Lei nº 12.737/2012 apresenta algumas fragilidades no ponto de vista legal, que também impacta na garantia de maior eficiência e eficácia na construção de políticas de enfrentamento na segurança pública. Ainda de acordo com Paiva (2017), a Lei Carolina Dieckmann, apesar de ter sido proposta com o objetivo claro de fortalecer o enfrentamento aos crimes de violação de privacidade no âmbito virtual, não apresenta uma tipificação mais clara e abrangente sobre os dispositivos informáticos, o que para o processo de controle e investigação, bem como para a análise no processo de punição em juízo, torna-se mais subjetivo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi observado no artigo, os crimes cibernéticos estão imersos em um panorama de aumento da criminalidade em âmbito virtual, que foi ampliado e possibilitado pelo crescimento do acesso a informação por meio do uso de dispositivos eletrônicos e pela presença massiva da sociedade na internet, o que gera o maior compartilhamento de dados pessoais nesse processo de uso.

Com a evolução tecnológica e o maior acesso a informação, os crimes virtuais ampliaram os seus nichos de atuação. No ponto de vista legal, o trato jurídico no Brasil está em debate contínuo, porém não tão avançado sobre o tema se comparado ao processo de

evolução da tecnologia. No que se refere ao campo da segurança pública, as políticas de enfrentamento dos crimes virtuais no Brasil vêm sendo debatido em diferentes frentes de atuação, no entanto, tem esbarrado em questões de natureza legal e na fragilidade do campo jurídico.

Posto isto, os crimes cibernéticos têm ocorrido com ampla frequência na sociedade, o que tem impactado, também, as estratégias e o planejamento de políticas de segurança pública para atuar nesse ambiente. Observa-se que a Lei nº 12.737/2012, reconhecida legalmente como Lei Carolina Dieckmann, foi criada como um instrumento de enfrentamento para os crimes dessa natureza, principalmente para o combate aos crimes de invasão de dispositivos telemáticos e furto de dados.

As discussões sobre as políticas de enfrentamento ao crime virtual na segurança pública é objeto de análise e avaliação por diferentes correntes de juristas e legisladores, assim como de pesquisadores nas áreas da segurança. Além de um tema passível de debate, os crimes cibernéticos e as políticas de enfrentamento no rol da segurança pública têm fomentado os estudos que tratam das perspectivas no campo das práticas de natureza cibernética que envolvem a invasão de privacidade, proteção dos dados, estelionato, dentre outros.

No entanto, pode-se inferir que há uma necessidade latente de aprimorar os instrumentos legais para que haja uma maior efetividade dos programas de segurança pública em âmbito virtual, visto que é nítido o crescimento dessa frente de ataque na sociedade. Nesse caso, pode-se então inferir que a Lei Carolina Dieckmann trouxe um avanço para o enfrentamento legal quanto ao combate da criminalidade em âmbito digital principalmente nas questões inerentes aos crimes de natureza privada, principalmente aqueles que estão relacionados com a invasão de privacidade.

O objeto jurídico, para além das questões de gravidade com o crime virtual, denota uma realidade cada vez mais recorrente nos dias de hoje, levando em consideração o processo de virtualização da informação. A segurança pública em âmbito digital precisa avançar mais no investimento em políticas públicas de implementação de leis e ações de enfrentamento a esse tipo de crime, que viola os direitos públicos e privados.

REFERÊNCIAS

- ARAS, Vladimir. **Crimes de Informática: uma Nova Criminalidade**. Informática. 2015. Disponível em: <http://www.informaticajuridica.com/trabajos/crimes-de-informatica-uma-nova-criminalidade/>. Acesso em: 10 nov. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. **Estado, Sociedade e Direito: Diagnósticos e Propostas para o Brasil**. In: XXII Conferência Nacional dos Advogados. Rio de Janeiro, 2014.
- BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2. 848, de 7 de dezembro de 1940—Código Penal; e dá outras providências.
- BRASIL. Marco Civil da Internet. **Lei 12.964/14**. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 10 out. 2022.
- COLARES, Rodrigo Guimarães. **Cybercrimes: os crimes na era da informática**. 2002. Jus.com.br. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3271/cybercrimes-os-crimes-na-era-da-informatica#:~:text=Dessa%20forma%2C%20s%C3%A3o%20crimes%20que,obsce%20no%2C%20escrito%20ou%20objeto%20obsceno%2C>. Acesso em: 20 jun. 2022.
- FROTA, Jéssica Olivia Dias, PAIVA, Maria de Fátima Sampaio. **Crimes Virtuais e a dificuldade para combatê-los**. 2017. Disponível em: https://flucianofejiao.com.br/novo/wpcontent/uploads/2018/11/ARTIGO_CRIMES_VIRTUAIS_E_AS_DIFICULDADES_PARA_COMBATE_LOS.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022.
- LIMA, Marco Antonio de; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Marco Civil da Internet: Limites da previsão legal de consentimento expresse e inequívoco como proteção jurídica dos dados pessoais na Internet. In: CONPEDI (org); FREITAS, C. O. A.; CELLA, J. R. G. (coord). **Direito, Governança e Novas Tecnologias**. Florianópolis: Conpedi, 2016.
- MAUÉS, Gustavo Brandão Koury; DUARTE, Kaique Campos; CARDOSO, Wladirson Ronny da Silva. Crimes virtuais: uma análise sobre a adequação da legislação penal brasileira. **Revista Científica da FASETE**, v.18, 2018. Disponível em: https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2018/18/crimes_virtuais.pdf. Acesso em: 10 out. 2022.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO **Nova Lei de Crimes Cibernéticos entra em vigor**. 2014. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/notas_tecnicas/NOVA%20LEI%20DE%20CRIMES%20CIBERN%C3%89TICOS%20ENTRA%20EM%20VIGOR.pdf. Acesso em: 20 jun. 2022.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Crimes cibernéticos: manual prático de investigação**. 2006. Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCRIM/priminal/ManualdeCrimesdeInform%C3%A1tica-versaofinal.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2022.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. São Paulo. **Política Nacional de Segurança Pública – PnaSP**. 2018. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/politica-nacional-de-seguranca-publica/minuta_pnasp.pdf.

Acesso em: 01 nov. 2022.

PANNAIN, Camila Nunes; PEZZELLA, Maria Cristina. Liberdade de Expressão e Hate Speech na Sociedade da Informação. **Revista Direitos Emergentes da Sociedade Global**, Santa Maria, v. 4, n.1, p. 72-87, 2015.

PASSETTI, E. **A atualidade do abolicionismo penal**: Curso livre de abolicionismo penal. São Paulo/Rio de Janeiro: Nu-Sol/Revan, 2004 (a). p. 152.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINHEIRO, Patricia Peck. Direito digital global e seus princípios fundamentais. **Revista Jurídica** , São Paulo, p. 46-47, 2016.

ROSSINI, Augusto. **Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

SOARES, Luiz Eduardo. A Política Nacional de Segurança Pública: histórico, dilemas e perspectivas. **Estudos Avançados [online]**, v. 21, n. 61, p. 77–97, 2007. ISSN 0103-4014. doi: 10.1590/S0103-40142007000300006.

SYDOW, Spencer Toth. Col. **Saberes monográficos**: Crimes informáticos e suas vítimas, 2. ed. Editora Saraiva. 2015.

VAZ, Franciana. A falta de políticas eficazes de segurança pública. **JusBrasil**. 2017. Disponível em: <https://francianavaz.jusbrasil.com.br/artigos/514170941/a-falta-de-politicas-eficazes-de-seguranca-publica>. Acesso em: 11 nov. 2022.

VIANA, Tulio; MACHADO, Felipe. **Crimes informáticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

WENDT, Emerson; JORGE, Higor Vinícius Nogueira. **Crimes Cibernéticos**: Ameaças e procedimentos de investigação. 2. ed. Editora Brasphort. 2013.

A REGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: UMA ANÁLISE À LUZ DAS DISCUSSÕES CONTRADITÓRIAS NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

TAIANE LOUREIRO DA SILVA¹
PAULO SÉRGIO LIMA DOS SANTOS²

Escola Superior Batista do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil.

Resumo: Os estudos sobre a LEP e os seus desdobramentos, principalmente no aspecto social, tem emergido para uma seara de debate voltada para as discussões sobre o sistema carcerário no país e o futuro das medidas de adequação para o código penal. O objetivo desse estudo é analisar algumas discussões contraditórias na Lei de Execução Penal quanto a regressão do regime prisional e o princípio de presunção de inocência, observando elementos jurídicos que conflitam com os princípios constitucionais e o entendimento da aplicação da pena, principalmente no bojo do debate jurídico com base no art. 18, I da LEP. A metodologia da pesquisa foi baseada em uma revisão bibliográfica, pautada no levantamento de estudos científicos, doutrinas, jurisprudências e legislações sobre o tema, coletados em bases de dados na área jurídica e em periódicos científicos no âmbito do Direito Penal. Com a exposição das discussões sobre o art. 18, inciso I da LEP, observou-se que a regressão do regime prisional prevista em lei, pode apresentar determinadas inconsistências se comparado com a CF/1988, o que já foi colocado em debate em artigos recentes e em jurisprudências. Para essa pesquisa, apesar da análise direcionada para a regressão do regime prisional sob a percepção da presunção de inocência, compreende-se que as discussões não devem ficar restritas somente as visões contraditórias quanto a doutrina no que cabe a LEP, mas se aprofundar nas discussões sobre como os dispositivos constitucionais e o âmbito do direito penal devem caminhar em prol de uma sociedade mais justa e juridicamente eficiente.

Palavras-chave: Regressão de regime. Presunção de inocência. Lei de Execução Penal.

Abstract: The studies on the LEP and its developments, especially in the social aspect, has emerged to a field of debate focused on discussions about the prison system in the country and the future of the adequacy measures for the penal code. The objective of this study is to analyze some contradictory discussions in the Law of Criminal Enforcement regarding the regression of the prison regime and the principle of presumption of innocence, observing legal elements that conflict with the constitutional principles and the understanding of the application of the penalty, especially in the context of legal debate based on art. 18, I of LEP. The methodology of the research was based on a bibliographic review, based on the survey of scientific studies, doctrine, jurisprudence and legislation on the subject, collected from databases in the legal field and in scientific journals in the field of criminal law. With the exposure of the discussions on art. 18, clause I of LEP, it was observed that the regression of the prison regime provided by law may present certain inconsistencies if compared with CF/1988, which has already been put under debate in recent articles and case law. For this research, despite the analysis directed to the regression of the prison regime under the perception of the presumption of innocence, it is understood that the discussions should not be restricted only to the contradictory views as to the doctrine in what concerns the LEP, but to deepen the discussions on how the constitutional provisions and the scope of criminal law should walk in favor of a more just and legally efficient society.

Keywords: Regression of regime. Presumption of innocence. Penal Execution Law.

¹ A autora é aluna finalista do curso de direito da ESCOLA SUPERIOR BATISTA DO AMAZONAS – ESBAM.

² Orientador Professor Doutor Paulo Sérgio Lima dos Santos

1. INTRODUÇÃO

O direito de punição, dado ao Estado, não é uma ação social de defesa aos preceitos da lei consideravelmente recente, pelo contrário, é um ato histórico, desde a Antiguidade. A punição realizada pelo Estado, ou seja, o ato de punir, é aplicada por meio de uma sanção que veta os direitos de liberdade (privação de liberdade) de um indivíduo a partir de um processo legal de execução e cumprimento dessa pena.

A execução penal no Brasil, regida pela Lei de Execução Penal (nº 7.210/1984), conhecida como LEP, trata de apresentar um texto embasado na apresentação dos direitos fundamentais do apenado com base, principalmente, nos aspectos de humanização direcionados para a ressocialização do preso.

A LEP faz parte de um processo de reformulação e aperfeiçoamento das leis de aplicação penal no Brasil, na tentativa de tornar o ordenamento jurídico brasileiro mais igualitário e justo, dando ao apenado a possibilidade de gozar de regimes prisionais mais benéficos, a depender da sua conduta e do cumprimento básico de determinadas diretrizes.

Os estudos sobre a LEP e os seus desdobramentos, principalmente no aspecto social, tem emergido para uma seara de debate voltada para as discussões sobre o sistema carcerário no país e o futuro das medidas de adequação para o código penal. Afinal, existem contradições de doutrinas no sistema de aplicação da lei na execução penal?

Nesse sentido, coube como perfilamento de análise para esse estudo, no campo da seara de discussões, observar as relações doutrinárias e as convergências de ações que permeiam a LEP, os princípios constitucionais e o processo de regressão de pena. Posto isto, entende-se que o processo de regressão de pena, dentro do bojo de proporcionalidade na LEP, é uma transição de uma pena menos gravosa para uma mais severa, em decorrência de um fato novo ou comprovação da inexistência de elementos de reintegração social.

O objetivo desse estudo é analisar algumas discussões contraditórias na Lei de Execução Penal quanto a regressão do regime prisional e o princípio de presunção de inocência, observando elementos jurídicos que conflitam com os princípios constitucionais e o entendimento da aplicação da pena, principalmente no bojo do debate jurídico com base no art. 18, I da LEP.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O CONCEITO DE PENA E SUAS TEORIAS

Historicamente, os acontecimentos e infortúnios nas civilizações, no que se trata a

relação entre o indivíduo e a sociedade em uma civilização, eram corrigidos e sancionados por um ente julgador. Nas civilizações antigas, por exemplo, as inundações, eventos da natureza e acontecimentos e fenômenos naturais eram considerados castigos dos seres divinos “deuses” para com o povo (BECCARIA, 2013). A evolução histórica da punição, no entanto, passou a ser observada pelos olhos da lei com base na busca de medidas sancionadas por homens, que detinham o poder da justiça como elementos julgadores.

Ainda durante um período da história, em muitos casos, a prática da violação de direitos era tratada como um método natural de cumprimento da justiça, tanto como uma medida cabível de retaliação ao infrator, como uma prática passivamente aceita pela sociedade durante séculos, em diferentes civilizações (JUNQUEIRA, 2005). Todavia, a barbárie e a selvageria, como medidas punitivas, foram substituídas por garantias e princípios de defesa ao direito do infrator, visto que o poder punitivo do elemento julgador, o Estado, não pode ferir ou violentar os direitos civis e legais daquele que cometeu a infração (BECCARIA, 2013).

De acordo com Mendes (2013), o conceito de *pena* diz respeito a uma sanção imposta pelo Estado a um infrator, praticante de uma ilicitude, a fim de lhe aplicar uma correção e retribuição do delito. Na definição do Dicionário Aurélio de 2019, a palavra “pena”, no âmbito do Direito Penal, significa toda medida imposta pelo Estado a um infrator que cometeu um determinado ato de ilicitude, sendo considerado culpável (AURÉLIO, 2019). Sendo assim, observa-se que o termo “pena” se trata de uma nomenclatura que representa, em tese, uma sanção em resposta a um determinado ato de infração.

A determinação da pena é adequada mediante o modelo de Estado, sendo que cada sociedade define as suas próprias medidas punitivas, em razão dos limites da pena e dos métodos político-criminais para aplicação e legitimação do cumprimento da lei (CORRÊA JUNIOR, 2002). Existem basicamente três tipos de teorias: teorias absolutas, teorias relativas e as teorias mistas. As teorias absolutas partem do pressuposto de que, se houve cometimento de crime, deve haver o cumprimento da pena, negando qualquer prática de julgo; já as teorias relativas determinam como base de julgamento a pena como objetivo de prevenção, tendo um caráter de advertência; já as teorias mistas surgem como uma mescla entre as teorias absolutas e as teorias relativas, tendo como objetivo a prática da sanção pela pena como medida, tanto reeducadora, como de prevenção (NORONHA, 2004).

Em suma, a pena possui dois tipos de funções: em caráter preventivo e caráter retributivo. Quanto ao seu caráter preventivo, a pena pode ser subdividida em geral e

específica, sendo que como *geral* ela representa um caráter de reafirmação da eficiência do Estado, demonstra a intimidação ao autor do crime para que não haja outra prática de reincidência e busca aferir uma proposta de ressocialização. Quanto ao seu caráter retributivo, diz respeito a um processo de reação proporcional ao fato cometido, ou seja, existindo uma culpabilidade identificada, o infrator recebe uma aplicação da lei na medida da infração que cometeu (NUCCI, 2009; NORONHA, 2004).

Segundo analisam Zaffaroni e Batista (2003), os estudos sobre a teoria da pena trazem no bojo da compreensão dos princípios teóricos da pena, a teoria agnóstica da pena como uma importante compreensão no Direito Penal, sendo assim possível entender que a efetivação da pena, parte, precipuamente, de uma comprovação empírica e factual da transgressão, sem que haja qualquer juízo de valor que transgrida a barreira da agnosticidade do seu teor (ZAFFARONI; BATISTA, 2013). Essa teoria trata, sobretudo, da compreensão de que a pena não pode ser um instrumento político ou vingativo, observando que a sua efetivação deve permear o Estado de Direito, dando ao transgressor (apenado) os devidos cumprimentos no rigor da lei.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO PENAL

Para compreender os princípios constitucionais, é necessário observar o que são *princípios, normas e regras* à luz do Direito. De acordo com Gomes (2010) os conceitos que tratam dos princípios e das normas, apesar de diferentes, expressam a base de construção das regras e estão presentes em um mesmo âmbito de entendimento no Direito. O termo *princípio*, por exemplo, diz respeito a uma normativa originária que trata de algo novo, que a partir da sua origem, são embasados em outros termos e regramentos (GOMES, 2010).

Segundo observa Lopes (2005), existem, dentro do Direito, os chamados *princípios basilares*. Estes são, via de regra, os princípios básicos e basilares para a construção de outros princípios, normativas e regras, como a Constituição Federal, por exemplo. No Direito Penal, cita-se o *Princípio do devido processo legal* como um princípio basilar, que diz respeito a um princípio democrático pautado na plena veiculação e tramitação jurídica no Estado Democrático de Direito (LOPES, 2005). Entende-se que o sentido de amplitude no princípio do devido processo legal está previsto no acesso as garantias e direitos, principalmente na tramitação e abrangendo a todos, de forma igualitária, estando previsto na Constituição Federal de 1988 – CF/1988.

O *princípio da ampla defesa e do contraditório* é um outro princípio previsto na

CF/1988, em seu art. 5, inciso LV, que trata da asseguarção do acesso a ampla defesa a partir dos meios e recursos disponíveis, de modo que seja possível concretizar essa inter-relação por meio de dispositivos legais (SOUZA NETTO, 2006). O princípio da ampla defesa, além de ser assegurado pela constituição, possibilita que o os indivíduos estejam em plena igualdade no acesso ao conteúdo do seu processo, no caso o acusado, e que as informações estejam acessíveis. Essa garantia efetiva a condição de igualitariedade, observando que o acusado é considerado a parte mais frágil em um processo penal (SOUZA NETTO, 2006).

O *princípio da legalidade*, apresentado no art. 5, inciso II, da CF/1988, apresenta uma consagração sobre a legalização da conduta do fazer algo, que não deve ser feito fora dos ditames da lei. Esse princípio expressa claramente o cumprimento do poder do Estado junto a sociedade no que tange a legitimação de uma determinada ação pautada na legalidade, infraconstitucional, não ferindo os direitos e deveres do indivíduo (MENDES, 2008). Conforme argumenta Nucci (2009), o princípio da legalidade é fundamental para o Estado, pois trata de premissas basilares para a construção do Estado Democrático de Direito: a competência reconhecida do Estado como o executor de decisões; e a garantia do indivíduo de se contrapor a qualquer tipo de arbitrariedade, mesmo que seja do Estado.

O *princípio da reserva legal* denota entendimento, inclusive tratado no Código Penal, que não deve haver a consagração da autoridade, de modo que os dispositivos constitucionais tratam da legalidade das decisões do Estado (MENDES, 2008). O princípio da reserva legal está previsto no art. 5 da CF/1988, e de acordo com alguns doutrinadores, não pode ser confundido com o princípio da legalidade, sendo então considerado, por estes, uma vertente. De acordo com Souza Netto (2006), o princípio da reserva legal garante, em uma via de mão dupla, a defesa da efetivação jurídica com a legalidade do Estado como cumpridor da lei, ao passo que também defende os interesses individuais, para que não haja uma desproporção na previsão e aplicação da lei.

Como afirma Nucci (2009), os princípios constitucionais, no âmbito do Direito Penal, coadunam na função de garantir a efetivação do Estado como ator principal no bojo do conhecimento, aplicação e análise da lei, ao mesmo tempo que garante ao indivíduo o poder de conhecer os seus direitos, cumprir os seus deveres e agir contra qualquer ato ou efeito de arbitrariedade, inclusive do próprio Estado. Esse entendimento de Nucci (2009), é expressado, também, por Mendes (2008), ao argumentar que a conduta do indivíduo deve ser prevista por dispositivos constitucionais, sendo reprimida ou não pelo Estado, porém sem infringir o entendimento dos dispositivos penais, que são baseados na Carta Magna,

priorizando, sobretudo, a eficiência e a eficácia da lei no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A CF/1988 prevê, em seu art. 5, inciso LVII, o *princípio de presunção de inocência* observando que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, o preceito legal do princípio é garantir que não haja qualquer infração dos direitos individuais civis (BRASIL, 1988). De acordo com Camargo (2005), a presunção de inocência está contida como um princípio basilar na CF/1988, principalmente após o Brasil aderir a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no ano de 1948, no qual o Código Penal estava em processo de reformulação.

Após a inserção na CF/1988, o princípio de presunção de inocência permeou o posto de direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que a defesa dos direitos individuais deve ser observada como um elemento precípua e irrevogável (CAMARGO, 2005). A consagração do princípio de presunção de inocência como um direito fundamental, com base na CF/1988, é considerado como um direito imediato, de acordo com o direito brasileiro, pois envolve as garantias de liberdade, que não pode ser suprimido pelo Estado sem que haja uma plena efetivação e comprovação de crime (SOUZA NETTO, 2006).

Para Moraes (2007), o princípio de presunção de inocência é um dos princípios basilares do Estado de Direito, pois além de envolver a tutela da liberdade pessoal, denota a garantia processual penal do indivíduo, a fim de que não haja uma desproporcionalidade entre os entes, para que o indivíduo não seja culpabilizado por algo que ainda não tenha sido efetivamente comprovado pelo Estado. Na argumentação de Mendes (2008), o autor observa que a presunção de inocência garante um grau de proteção para o indivíduo, tendo por muitos doutrinadores um entendimento de que ele é uma peça jurídica fundamental para o andamento processual.

O princípio da presunção de inocência possui, basicamente, duas aplicações reconhecidas na doutrina: a condição social do réu e o ônus da prova. Na primeira, é consagrado o tratamento do réu, o acusado, que antes do término da tramitação do julgamento, deve ser considerado inocente, jamais como um condenado. Na segunda, que trata de mover para a acusação o ônus da prova para comprovar que o réu. É culpado, e não o acusado demonstrar que é inocente (MORAES, 2007). No contexto do processo penal, a presunção de inocência é observada como um princípio-chave para garantir a efetividade do

cumprimento da lei, para que não exista qualquer mácula processual, ou seja, é afastada todo tipo de interferência no que tange a condenação, antes que seja apresentada e confirmada qualquer tipo de prova apresentada pela acusação (MORAES, 2007).

A certeza da inocência deve ser garantida pelo Estado durante o percurso do processo, até que seja comprovado o ato infracional de cometimento do crime. De acordo com Souza Netto (2006), a presunção de inocência tem suma importância no processo penal, visto que a sua existência como condição de princípio evita que haja qualquer alteração na condução natural do processo, não permitindo com que exista um encaminhamento para uma presunção de culpa, o que pode interferir no curso natural do processo penal.

2.4 REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA

O Código Penal brasileiro, em seu art. 33, estabelece três regimes de cumprimento de pena: o regime fechado, o regime aberto e o regime semiaberto. O regime fechado destina-se ao cumprimento de pena em sistema de cerceamento com vigilância, dispositivos de segurança e rígido aparato de fiscalização por meio de medidas de segurança em sistema penitenciário. O regime aberto, descrito no art. 36 do Código Penal, caracteriza-se por ser o regime com maior liberdade ao condenado, onde não há vigilância no exercício das atividades do condenado e ela se baseia na responsabilidade e autodisciplina do apenado. O regime semiaberto, previsto no art. 35 do Código Penal, é caracterizado por não ter um isolamento no tempo noturno, logo o apenado passa um período em cárcere e outro período livre (LEAL, 2004).

Os regimes de cumprimento de pena apresentam dispositivos processuais que configuram o tempo e o período de execução penal, sendo então observado o sistema progressivo ou regressivo da pena, a depender do andamento processual. De acordo com Bitencourt (2004), existem dois aspectos de orientação dos regimes de cumprimento de pena: a *progressão de pena* e a *regressão de pena*.

2.4.1 PROGRESSÃO DE PENA

A progressão de pena diz respeito a uma movimentação do apenado de um tipo de regime mais rigoroso para um menos rigoroso, ou seja, é um abrandamento do cumprimento da pena, que advém de uma condição de bom comportamento para a adaptação da pena ser mais suave (LEAL, 2004). De acordo com a LEP (nº 7.210/1984), há

algumas condições para a progressão de pena:

Art. 112 - A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo Juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e seu mérito indicar a progressão (BRASIL, 1984).

Nesse sentido, observa-se que o processo de progressão da pena precisa seguir, da parte do apenado, um rito comportamental que o garante esse abrandamento no cumprimento da pena, o que incidirá na mudança do regimento (LEAL, 2004). Como regra geral deve ser cumprido, ao menos, um sexto da pena no regime fixado, com diferença para crimes hediondos, cujo cumprimento deve ser de dois quintos, no caso de reincidente. Um outro critério refere-se ao bom comportamento do apenado, o que pode garantir, dependendo da emissão de comprovação da supervisão do cárcere, a progressão da pena (LEAL, 2004).

2.4.2. REGRESSÃO DA PENA

A regressão de pena consiste na transferência para um regime mais rigoroso, seja pela prática de um crime doloso ou falta grave, cometido por condenação por crime anterior. De acordo com a LEP, em seu art. 118:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado (BRASIL, 1984).

Logo, a regressão de pena denota uma alteração que aumenta o critério de rigor sobre o apenado, que interfere diretamente no seu tempo de execução processual e no tipo de regime, sendo cabível uma nova revisão processual (BITENCOURT, 2004). Ou seja, é perceptível, de acordo com o art. 18, que a prática de qualquer crime doloso enseja,

diretamente, em uma tipificação de mudança para um regime mais rígido, sendo então uma regressão da pena. Para Leal (2004) também menciona o art. 50 da LEP, que apresenta outros tipos de condutas que podem agravar no processo de regressão penal:

- I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II - fugir;
- III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
- IV - provocar acidente de trabalho;
- V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
- VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei;
- VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo (BRASIL, 1984).

Todavia, não há uma prescrição automática de qualquer mudança de regime somente com a prática do ato, sendo também necessário que haja o trânsito em julgado. Bitencourt (2004) argumenta que o agravo da pena, conforme se observa no art. 18 e no art. 50 da LEP, denota de um processo que embarga a reeducação do apenado, pois impacta, também, o viés punitivo com a pena, principalmente quanto ao aspecto de ressocialização do apenado.

3. METODOLOGIA

A metodologia da pesquisa foi baseada em uma revisão bibliográfica, pautada no levantamento de estudos científicos, doutrinas, jurisprudências e legislações sobre o tema, coletados em bases de dados na área jurídica e em periódicos científicos no âmbito do Direito Penal.

3.1 TIPO DE PESQUISA

Trata-se de uma pesquisa descritiva e exploratória, de abordagem qualitativa a partir das análises e percepções dos estudos investigados. De acordo com Gil (2018), a pesquisa descritiva tem por finalidade apresentar uma análise descritiva do problema, investigando as suas motivações e apresentando uma percepção mais acurada.

No que se refere ao seu aspecto, é uma pesquisa bibliográfica e documental, pois reúne pesquisas bibliográficas (artigos científicos e monografias de pesquisa) sobre o tema,

publicados em anais, bases de dados e periódicos científicos. Quanto a características de ser uma pesquisa documental, considera-se as fontes documentais como as legislações consultadas (atualizadas e revisadas) e outros documentos técnico-jurídicos consultados durante o processo de coleta, análise e investigação do estudo.

3.2 FONTES DE PESQUISA E PROCESSO DE COLETA

O estudo realizou a sua investigação a partir de dois tipos de fontes: fontes primárias e fontes secundárias. De acordo com Gil (2018) as fontes primárias são fontes principais, de caráter orgânico da pesquisa, ainda não publicada ou amplamente divulgada, tais como: *papers*, relatórios, periódicos, registros públicos, dentre outros. As fontes secundárias referem-se as fontes produzidas a partir das fontes primárias, sendo composta por elementos já publicados, que servem de referência, tais como: livros, jornais, teses, dissertações, dentre outros.

As fontes de informação foram coletadas nas seguintes bases de dados: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), BDJur, Rede Virtual de Bibliotecas, LexML Brasil e o Portal de Periódicos da CAPES.

4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

4.1 DISCUSSÕES DOUTRINÁRIAS CONTRADITÓRIAS: ANÁLISES

Os posicionamentos doutrinários dentro do bojo das discussões no campo do Direito Penal, em relação aos regimes prisionais e os princípios constitucionais, permeiam os diferentes aspectos de abordagem sobre a necessidade de adequação das leis e entendimento dos casos específicos, principalmente as mais recentes jurisprudências sobre casos dessa natureza. Em relação ao princípio da presunção de inocência, há autores que observam diferentes perspectivas sobre a progressão e a regressão da pena, analisando o art. 18 e o art. 50 da LEP, em análises com a prática e aplicação da lei.

4.1.1 REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL EM DECORRÊNCIA DE FATO NOVO

Há divergências doutrinárias de posicionamento sobre a decorrência do fato novo no processo de regressão do regime prisional. Para Coimbra, Hammerschmidt e Maranhão (2009) o legislador, ao reconhecer que parte do juízo criminal da conduta do apenado pode reverter em natureza criminal, salienta que é uma condição que o condenado arca com a sua conduta, mesmo que ela seja decorrente de uma tipificação de crime ao longo do processo em curso.

O entendimento de Bester e Wescher (2010), favorável ao posicionamento da regressão de pena, compreende que não há a necessidade do trânsito em julgado para que o juiz determine a pena, principalmente no caso de crimes dolosos devidamente comprados pela acusação. Os doutrinadores observam que o condenado, ao cometer um novo crime, descumpra toda e qualquer medida do regime atual que se encontra, sendo então desnecessário reaver a pena em uma adaptação decorrente do trânsito em julgado, pois se pode considerar que a infração decorre da falta de zelo do apenado com a sua atual condição.

Nucci (2009) compreende que, no caso do cometimento de crime doloso, os benefícios do apenado são suspensos, logo, com a transferência cautelar do seu regime, ele passa a cumprir um regime fechado, aguardando o trânsito em julgado. Entende-se que não há a necessidade de aguardar todo o processo, bastando o apenado, imediatamente, cumprir a pena mais severa e, caso seja comprovada a inexistência ou incompletude do fato novo, retornar ao regime anterior. Essa divergência ocorre, em tese, pelo entendimento de que os doutrinadores possuem sobre a compreensão do legislador, que dispensou o reconhecimento com base no juízo criminal, observando a conduta criminal do apenado, que se reveste ou não de natureza criminosa.

O reconhecimento de falta grave por crime doloso tem entendimento recente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por meio Recurso Extraordinário (RE) 776823, que o reconhecimento dessas ocorrências de fato novo no curso da execução penal, mesmo que durante o trânsito em julgado, é passível de aplicação. Esse entendimento, apresentado pelo Min. Edson Fachin, busca sedimentar a independência entre as esferas penais e administrativa, de modo que a questão processual implicada seja observada de natureza mista, porém independente entre si.

Recentemente, no julgamento do RE 972598, o relator, Min. Edson Fachin, apurou que na eventual prática de crime doloso em um caso de furto no Rio Grande do Sul, a insuficiência de provas apresentada pela acusação tornou a prática processual ineficiente,

tendo então o pedido de regressão de penal indeferido. Entretanto, como observado no RE 972598, o entendimento do ministro foi de que, apesar da ineficiência das provas no caso de fato novo em crime doloso, não esbarra o reconhecimento da sanção disciplinar, pois se observa que foram apresentadas ao acusado todas as garantias decorrentes do contraditório oferecidos para a sua ampla defesa, sendo então garantida a preservação do princípio da presunção de inocência.

4.1.2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O ART. 118, I LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Conforme o art. 18, inciso I, da LEP, o princípio da presunção de inocência é apresentado como um dispositivo que salvaguarda o direito individual do acusado no que se refere ao processo de trânsito em julgado para que lhe seja conferida a sentença penal condenatória, ou seja, ninguém pode ser considerado culpado sem que haja todo o tramite processual em julgamento. Todavia, há algumas divergências doutrinárias no que se refere a sua disposição no art. 5 da CF/1988, no inciso LVII, observando que a seara de discussão do art. 18 está especificamente relacionada, no ordenamento jurídico, com o direito penal.

Nesse sentido, vale-se analisar que o sentido que constrói o objetivo conceitual do princípio de presunção não é de meramente punir o apenado em um momento futuro, pelo contrário, trata-se de salvaguardar o seu direito ao julgamento, para que não haja qualquer tipo de infração ou cometimento de injustiça por parte do Estado. De acordo com Bitencourt (2004), no tocante ao objeto de análise do princípio de presunção de inocência, a aplicação da regressão após conhecimento de fato novo, seria somente uma regularização da análise jurídica realizada no julgamento, porém sem que haja nenhum conflito moral ou ético.

Ao observar o que preconiza a CF/1988, é salutar observar o art. 18, inciso I da LEP, a partir de uma releitura, no sentido de compreender que a regressão de regime, nesse caso, esteja precisa do trânsito em julgado, analisando que essa ação se dá pela atuação do juiz na observância dos dispositivos constitucionais. Para Nucci (2009), deve-se observar que medidas de regressão de pena, mesmo com o objetivo de atenuar a pena em razão de ato de reincidência ou cometimento de fato novo doloso, não pode ser aplicado de maneira arbitrária, sendo necessário observar a sentença e o processo penal como um todo.

As discussões sobre os processos de execução penal e a defesa dos direitos garantidos na CF/1988, como no caso do art. 118, inciso I da LEP, gera alguns embates

doutrinários quanto ao limite de regressão de penal e a aplicabilidade das medidas de restrição, na observância de que a liberdade e o cunho de reeducação da pena devem ser, também, priorizados. É o que argumenta Mendes (2008), ao observar que há uma distinção evidente da Carta Magna com o direito penal: enquanto a primeira busca a asseguuração da liberdade e dos direitos individuais, a segunda preza pela aplicação da justiça e garantia da licitude penal e de juízo criminal. Essa observação de Mendes (2008) traz para o debate a noção dos aspectos de ressocialização da pena como cerne doutrinário da construção da legislação penal brasileira, segundo a CF/1988 e a própria LEP.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de execução penal no Brasil e os estudos sobre os princípios e regras no Direito Penal estão cada vez mais analisados e observados sobre diferentes perspectivas doutrinárias, que vem discutindo formas de aprimoramento do processo penal no país. Os princípios e regras que guiam o processo de execução penal trazem diferentes formas de garantir e salvaguardar a condição do apenado, na observância de que os direitos fundamentais devem ser resguardados, sem que haja qualquer tipo de infração dos mesmos.

As condições contraditórias na LEP, principalmente quanto a regressão do regime prisional, traz para o debate acadêmico uma ampla discussão, tratando de relacionar as condições do apenado em caso de fato novo e o limiar de compreensão jurídico-social quanto aos direitos fundamentais apresentados na CF/1988. Ao observar os regimes de cumprimento de pena, compreende-se que há percepções que coadunam entre o processo de regressão e progressão de pena, principalmente se observar que algumas jurisprudências apresentam uma determinada diferença de percepção por parte de alguns juízes.

Os elementos jurídicos que conceituam e tipificam o princípio da presunção de inocência, na maioria dos casos, observam que o apenado não pode ser acusado por alguma coisa sem que haja o trânsito em julgado, entretanto, para alguns doutrinadores, nos casos de regressão de pena a partir do fato novo, em especial com o crime doloso, casos dessa natureza não necessitam de novo trânsito em julgado. Essa divergência de análise e observação da lei de execução, em todo caso, parte de questões referentes ao entendimento sobre a necessidade de reaver casos particulares e a busca por uma atualização do Código Penal.

Coube então, de modo acadêmico, analisar de forma crítica e descritiva os princípios constitucionais referentes ao processo de execução penal, especificando a abordagem para o princípio da presunção de inocência. Trata-se de observar que o caráter

constitucional de garantia das liberdades individuais, ao passo que se choca com as características e elementos do direito penal, tende a gerar discussões no campo da doutrina, sendo então posto como passível para ser debatido. O entendimento de alguns doutrinadores, no que tange a regressão do regime penal durante a execução penal, é que esse tipo de falta grave, no que trata o crime doloso, apesar de ser uma infração do apenado, deve ser mantido em análise até o trânsito em julgado. Todavia, como apresentado nos resultados dessa pesquisa, doutrinadores observam que esses fatos prescindem do trânsito em julgado e devem compor o processo penal em caráter imediato.

Com a exposição das discussões sobre o art. 18, inciso I da LEP, observou-se que a regressão do regime prisional prevista em lei, pode apresentar determinadas inconsistências se comparado com a CF/1988, o que já foi colocado em debate em artigos recentes e em jurisprudências. O princípio da presunção de inocência, como apresentado no entendimento recente do STF, apresenta que o fato novo se tratando de crime doloso, deve ser reconhecido no trânsito em julgado, o que se choca com os dispositivos constitucionais. Busca-se aqui, então, discutir sobre como o entendimento dos doutrinadores e do próprio STF pode influenciar em um futuro aprofundamento desse debate, principalmente em matéria de discussões sobre a atualização da LEP.

Para essa pesquisa, apesar da análise direcionada para a regressão do regime prisional sob a percepção da presunção de inocência, compreende-se que as discussões não devem ficar restritas somente às visões contraditórias quanto a doutrina no que cabe a LEP, mas se aprofundar nas discussões sobre como os dispositivos constitucionais e o âmbito do direito penal devem caminhar em prol de uma sociedade mais justa e juridicamente eficiente. Posto isto, é de suma importância observar que os posicionamentos recentes, principalmente do STF, tendem a contribuir de maneira holística para uma possível reconstrução e avanço no direito penal brasileiro.

6. REFERÊNCIAS

AURÉLIO Dicionário. Conceito de pena. 2019. Disponível em: <http://www.dicionarioaurelio.com.br/conceito-pena-039403>. Acesso em: 01 jul. 2021.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Pilares, 2013.

BESTER, Giselda Maria e WESCHER, Vivian Hey. A inconstitucional regressão de regime decorrente da acusação pela prática de crime doloso diante do princípio da presunção de inocência? **Quo vadis hermeneuta brasileiro**. Disponível em: http://www.vestibulardombosco.com.br/faculdade/revista_direito/3edicao/Artigo%204.pdf. Acesso em: 01 jul. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. 2a ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Lei no 7.210/84. Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 14 jul. 2021.

CAMARGO, Mônica Ovinski de. **Princípio da Presunção de Inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

COIMBRA, Mário. HAMMERSCHMIDT, Denise. MARANHÃO, Douglas Bonaldi. **Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 156.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral, volume 1: introdução**. 3a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LEAL, João José. **Direito Penal Geral**. 3a Ed. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2004

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e princípio dispositivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: volume 1: introdução e parte geral. 38ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 388.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo Penal: sistemas e princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003

**O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOBRE O TRÁFICO
INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL:
ALGUMAS REFLEXÕES**

TIAGO DA SILVA FALCÃO
PAULO SÉRGIO LIMA DOS SANTOS²

Escola Superior Batista do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil.

RESUMO: O tráfico internacional de pessoas consiste no ato de comercializar, explorar ou escravizar um indivíduo que foi persuadido ou levado a força para outro país a fim de trazer lucro ao traficante e muitas das vezes as vítimas são as mais vulneráveis em situações econômicas, por isso caem nas propostas de melhorar de vida, por exemplo. Essa prática que viola os direitos humanos e tem uma bagagem cultural que começou na escravidão com o intuito das mãos de obra baratas passa a ser de cunho sexual. O principal objetivo desse artigo foi expor as ações do ministério público e que atualmente pode ser a ponte de combate à exploração sexual, em paralelo demonstrar de acordo com a literatura a cultura escravocrata que perpetua até o século XXI, com isso a relevância das ações jurídicas no combate desta prática criminal. Trata-se um estudo descritivo, exploratório, qualitativo, do tipo revisão de literatura científica. Conclui-se que ainda há bastante intervenção a serem realizadas para combater tal prática criminal que se faz presente ainda em muitos países, principalmente o Brasil.

Palavras-chave: Tráfico internacional.Exploração sexual.Escravocrata

Abstract: International human trafficking consists of the act of commercializing, exploiting or enslaving an individual who was persuaded or taken by force to another country in order to bring profit to the trafficker and often the victims are the most familiar in experienced situations, so they fall in proposals to improve life, for example. This practice, which violates human rights and has a cultural baggage that began in slavery with the aim of cheap labor, becomes sexual in nature. The main objective of this article was to expose the actions of the public prosecutor and that currently can be the bridge to combat sexual exploitation, in parallel to demonstrate, according to the literature, the slave culture that perpetuates until the 21st century, with this the secrecy of legal actions in combating this criminal practice. This is a descriptive, exploratory, qualitative study, of the scientific literature review type. It is concluded that there are still many interventions to be carried out to combat this criminal practice that is still present in many countries, mainly Brazil.

Key-words: International Traffic.Sexual Exploitation.Slaveholder

¹ O autor é aluno finalista do curso de direito da ESCOLA SUPERIOR BATISTA DO AMAZONAS – ESBAM.

² Orientador Professor Doutor Paulo Sérgio Lima dos Santos

1 INTRODUÇÃO

A Organização das Nações Unidas, através do Protocolo de Palermo, no artigo 3º, define o tráfico de pessoas como:

O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravidão ou práticas similares à escravidão, a servidão ou a extração de órgãos [...] (PROTOCOLO DE PALERMO, 2003).

Os fatores econômicos são um importante fator que propicia o acontecimento do tráfico de pessoas, pois uma das maneiras dos aliciadores conseguir chegar até as Vítimas são com propostas fraudulentas, levando as vítimas a acreditar e que terão oportunidade em mudar de vida, realizar os seus sonhos e poder dar uma vida melhor a sua família. Essa desigualdade econômica, que sofre oscilações entre estados, viabiliza que o acontecimento do Tráfico em proporções ainda maiores. (HIGA, 2015).

Vários países apresentavam discursos relacionados à prostituição que podem ser englobados na mesma discussão, visto que, neste momento, as duas práticas estavam totalmente interligadas. A partir do século XIX, após a abolição da escravidão negreira, a preocupação passou a ser com o tráfico de escravas brancas, com o fim de exploração sexual. O crime de lenocínio não era previsto no Código Criminal do Império, mas foi inserido no Código Penal de 1890, por conta da intensa migração (RODRIGUES, 2012). As primeiras manifestações internacionais referentes ao tráfico de pessoas, apenas se iniciaram em 1895, em Paris, com uma Conferência Internacional, que foi seguida de várias outras.

O tráfico internacional de pessoas para fins de exploração, embora seja uma prática arcaica que visava o lucro para os investidores ilegais ou satisfação pessoal a força contra a vontade da vítima, é um desrespeito aos direitos humanos, que se tornou uma preocupação e problema, de dimensões internacionais. Não é um novo crime, mas tal prática encontra-se enraizado na sociedade há séculos, desse modo tornando um fenômeno de difícil combate, sendo a nova escravidão do século XXI invisível e mais rentável (REIS, 2021).

O Ministério Público Federal atua quando o tráfico de pessoas é

internacional ou interestadual. Quando o crime acontece dentro de um único estado brasileiro, os processos correm na Justiça estadual. Além da esfera criminal, o MPF acompanha a implementação de políticas públicas na temática e de atenção às vítimas, por meio da indicação de representante para o Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (CONATRAP), vinculado ao Ministério da Justiça, e do trabalho conduzido pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC). Há ainda a atuação relativa à cooperação internacional entre países, voltada para viabilizar a produção de provas e a persecução penal de casos internacionais, a cargo da Secretaria de Cooperação Internacional do MPF.

Assim, frente a tal realidade criminológica, a qual afeta a sociedade e afronta o próprio poder estatal, necessário se destacar que há um órgão atuante no sentido de se combater referida conduta delitiva, qual seja, o Ministério Público, cujas funções essenciais e importância estão previstas no Artigo 127 da Constituição Federal de 1988, sendo inclusive, pela Carta Magna, rotulado como um dos componentes das Funções Essenciais à concretização da Justiça.

Nessa perspectiva, este estudo tem como objetivo analisar e identificar as ações realizadas pelo Ministério Público que atualmente pode ser a ponte de , combate à exploração sexual, em paralelo demonstrar de acordo com a literatura a cultura escravocrata que perpetua até o século XXI, com isso a relevância das ações jurídica no combate desta prática criminal.

2 METODOLOGIA

Trata-se de um estudo descritivo, exploratório, qualitativo, do tipo revisão de literatura científica. Realizou-se uma busca na literatura, para aferir os artigos, documentos, tese, dissertações, monografia sobre o tema proposto. Foram consultados as bases de dados SCIELO (Scientific Eletronic Library Online), BDTD (Biblioteca Digital de Teses e Dissertações), Periódicos Capes, Ministério da Justiça. O trabalho foi feito através dos seguintes descritores: “exploração sexual”, “Tráfico de pessoas”, “justiça” e “escravocrata”.

Foram incluídas obras escritas em inglês, português e espanhol, publicados nos últimos seis anos, ou seja, a partir de 2016 que completava o tema do estudo.

Desse modo, um total de 250 nas bases de dados supracitadas. Sucedeu-se

a leitura dos títulos dos trabalhos, em seguida procedeu-se à leitura do resumos, resultados e conclusões com enfoque nos descritores e o tema, totalizando 105 publicações selecionadas para leitura e análise minuciosa do texto na íntegra, excluindo os estudos duplicados e aplicando a variáveis e inclusão e exclusão.

Assim, a amostra final foi de 50 trabalhos científicos, que compuseram a construção do estudo. Os achados foram sistematizados em duas categorias: a cultura escravocrata e panorama das últimas ações governamentais no combate ao tráfico humano.

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

3.1 Ações do Ministério Público

O Brasil é signatário do protocolo de Palermo, Instrumento legal internacional que trata do tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças, o Protocolo de Palermo foi elaborado em 2000, tendo entrado em vigor em 2003 e ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.017, de 12/03/2004, que promulgou esse Protocolo, oficialmente conhecido como “Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças”. (PROCOLO DE PALERMO, 2000).

Esse protocolo é portador do dever de adotar medidas legislativas capazes de coibir as práticas delituosas associadas ao Tráfico de pessoas. Com adoção do protocolo, e sua entrada em vigor, tornou possível, a criação de dispositivos para a construção de uma política de enfrentamento ao Tráfico de pessoas.

Outra adesão feita pelo governo Brasileiro foi o decreto Nº 5.948/2006 – política nacional de enfrentamento ao Tráfico de pessoas, após preocupação homogênea do poder executivo, surgindo assim o decreto 5.948/2006. Tendo sido criado com pretensões específicas, merecendo destaque a elaboração do plano nacional de enfrentamento ao Tráfico de pessoas, a redação ficou a mercê de um grupo de trabalho interministerial, grupo composto por vários órgãos da união e instituído no ministério da justiça.

Já foram realizados vários meios de prevenção para o combate ao Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, por meio de documentos que asseguram os

direitos dessas Vítimas, porém na prática de tal delito ainda há muito que se fazer para que haja avanços significativos no combate desse crime, com tudo é necessário a formação de pessoas com finalidade de investigar e fiscalizar essa prática criminosa para que saibam lidar de forma correta com as complexidades existentes nessas organizações criminosas (ALBUQUERQUE, 2014).

3.2 A cultura escravocrata

Mesmo antes da exploração dos povos indígenas na Amazônia, restante do Brasil já vivenciava outro fenômeno importante durante a fase de exploração colonial: o tráfico negreiro, que trouxe ao Brasil cerca de três milhões e meio de homens e mulheres pretas escravizadas. (COMPARATO, 2003, p.121). É possível dizer, portanto, que a exploração e o tráfico humano no Brasil estão fortemente ligados à matriz colonial e à escravidão. Especialmente mulheres indígenas e africanas que eram traficadas e exploradas estavam sempre ligadas a uma tripla finalidade: mão de obra escrava, reprodução de novos escravos e objeto sexual de seus patrões. (CHIAROTTI, 2002 apud MARQUES, 2018 p.31).

O tráfico de pessoas e a sujeição de seres humanos como objetos de troca e de uso ocorreu em diversos contextos e culturas. A captura de mulheres para os haréns no mundo árabe, homens “bárbaros” para servir de gladiadores no império romano, homens e mulheres negros da África para trabalhar nas plantações das colônias europeias nas Américas, são exemplos de tempos e regiões diversas. Em comum essas histórias têm a desvalorização de seres humanos a partir de características raciais, de identidade nacional ou de gênero (TXAI, 2002, p. 25).

Na Amazônia, esse crime apesar de ocorrer de forma silenciosa, é de conhecimento das autoridades, que na maioria das vezes encontram dificuldades de atuação principalmente pela subnotificação do crime, tendo em vista o fato de que muitas das vítimas, principalmente mulheres traficadas para exploração sexual, sentem vergonha de sua situação e de terem sido ludibriadas. De acordo com o delegado Daniel Daher, chefe da Divisão de Repressão a Crimes Contra Direitos Humanos da Polícia Federal, muitas vítimas não denunciam por medo da exposição e das próprias organizações criminosas responsáveis pelo tráfico.

Em 1992, Gilberto Dimenstein, conhecido jornalista brasileiro, a partir de uma pesquisa feita pelo Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua

(MNMMR), denunciou o problema da exploração comercial sexual de meninas, especialmente na Amazônia. Seu livro, intitulado *Meninas da Noite*, no entanto, não reconheceu a prostituição forçada de meninas-escravas como tráfico de pessoas. No mesmo ano, Americas Watch publicou seu relatório *A Batalha pela Terra no Brasil, Violência Rural Continua* (*The Struggle for Land in Brazil, Rural Violence Continues*), denunciando diversas fazendas pelo uso do trabalho forçado, fornecido pelos gatos ou contratantes que recrutam trabalhadores, geralmente com falsas promessas, para o desmatamento, especialmente na região sul do Pará. Esse relatório, em inglês, utilizou basicamente as informações da Comissão Pastoral da Terra (CPT), uma organização ligada a Conferência Nacional de Bispos do Brasil, formada em 1975 para o monitoramento de violações de direitos humanos no interior do país.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diversas resoluções e leis foram firmadas para combater a prática da exploração sexual por meio do tráfico de pessoas, muitas conferências nacionais e internacionais tomaram frente. No entanto, mesmo com a tecnologia atual ainda há ausência de fortes ações por parte do Ministério Público. E refletir sobre as ideias de alguns autores e especialistas na área, trouxe vários pensamentos do quanto é de séculos atrás que vem crescendo a escravidão para cunho sexual e o quanto há poderosos criminosos por trás dessa violação de direitos humanos.

O tráfico humano remota os tempos antigos desde o tempo da idade média quando havia lutas muitos negros eram utilizados como escravos, sendo tratados como mercadorias e vendidos para outros senhores de engenho. Além disso, podemos citar as guerras entre os Bárbaros e os Romanos, em que os homens que eram derrotados em batalha e conseguiam sobreviver passavam a ser escravos, e com isso, muitas vezes suas mulheres eram estupradas e utilizadas como escravas sexuais.

Indubitavelmente, um dos maiores mecanismos para a prevenção ao tráfico de pessoas é a informação, que deve ser destinada principalmente às regiões com maiores índices de pobreza e desigualdade social do país e que os poderes jurídicos possam reforçar as prevenções para evitar que mais vítimas sejam feitas.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes - CECRIA**. Pestráf – Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil. 2002. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/2003pestraf.pdf>>. Acesso em: 26 de julho de 2020.

CHIAROTTI, Susana. Trata de Mujeres: Conexiones y Desconexiones con Migración y Derechos Humanos. **Conferência Hemisférica sobre Migración Internacional: Derechos Humanos y Trata de Personas**. Santiago de Chile, 2002.

COMPARATO, Flávio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

NASCIMENTO, Luciano. Revista Exame. **Falta de Denúncias é entrave para combate ao tráfico humano**. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/ausencia-de-denuncias-e-obstaculo-para-coibir-o-traf/>>. Acesso em: 11/08/2020.

HIGA, D. **Tráfico humano: Aspectos Sociais, Culturais, Econômicos e Geográficos no Âmbito dos Direitos Humanos e da Ética e Cidadania**. 2015. Disponível em: <https://desireehiga.jusbrasil.com.br/artigos/340100218/Tráfico-humano>. Data de acesso: 13/11/2017.

JUNIOR, R. T. **TRÁFICO DE PESSOAS**. Pesquisa e Diagnóstico do Tráfico de Pessoas para fins de Exploração Sexual e de trabalho no Estado de Pernambuco, 2009. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/Tráfico-de->

MACHADO, C. M. (2018). **Tráfico humano na América Latina: uma análise historicocultural dos países com índices elevados de tráfico**. Fonte: Unniter: <https://repositorio.uninter.com/handle/1/277> Reis, A. A. (14 de 10 de 2021). Tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual. JUS.

MENDES, Afonso. **Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual: o crime do século XXI**. Abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37821/trafico-de-pessoas-para-fins-de-exploracao-sexual-o-crime-do-seculo-xxi>>. Acesso em: 30 de Julho de 2020.

MARQUES, Brenda Moreira. **As rotas do Tráfico Internacional de Mulheres na PanAmazônia no Século XXI: Olhares Feministas do Sul Global**. Cadernos de Relações Internacionais – PUC RIO. Edição especial “Gênero e Sexualidade nas RI”. Vol. 1 Abril 2018.

TXAI. **Tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial no Brasil: Amazônia**. Relatório de pesquisa/ TXAI, Movimento

República de Emaús; Org. e coord. Marcel Hazeu. Belém, 2002.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO CIRURGIÃO PLÁSTICO.

THAIANNA DE SOUZA DA SILVA RODRIGUES¹

PAULO SÉRGIO LIMA DOS SANTOS²

Escola Superior Batista do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil.

Resumo: Este artigo aborda uma questão atual da responsabilidade médica: a obrigação de meio e a obrigação de resultado. Embora a primeira seja a que predomina em qualquer relação médico-paciente, existem algumas especialidades como cirurgia plástica, radiologia, radioterapia, anatomia patológica e anestesia, nas quais a obrigatoriedade dos resultados passou a fazer parte de muitos de seus procedimentos. Com base nesses pressupostos, exploram-se casos da jurisprudência brasileira e observa-se como esta última evoluiu a ponto de não tratar um caso *a priori* como de obrigação de meio ou resultado, mas sim analisá-lo individualmente para proferir a sentença e a provável indenização.

Palavras-Chave: Imperícia. Responsabilidade médica. Obrigação de meios. Obrigação de resultados. Cirurgia estética.

Abstract: This article addresses a current issue of medical responsibility: the obligation of means and the obligation of result. Although the first is the one that predominates in any doctor-patient relationship, there are some specialties such as plastic surgery, radiology, radiotherapy, pathological anatomy and anesthesia, in which mandatory results have become part of many of their procedures. Based on these assumptions, cases of Brazilian jurisprudence are explored and it is observed how the latter has evolved to the point of not treating a case *a priori* as an obligation of means or result, but analyzing it individually to render the sentence and the probable indemnity.

Keywords: Malpractice. Medical responsibility. Obligation of means. Obligation of results. Cosmetic surgery.

¹ A autora é aluna finalista do curso de direito da ESCOLA SUPERIOR BATISTA DO AMAZONAS – ESBAM.

² Orientador Professor Doutor Paulo Sérgio Lima dos Santos

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, a medicina assumiu um papel muito importante na sociedade, razão pela qual o Estado é o órgão encarregado de garantir um sistema de saúde ideal para as pessoas. Por esse motivo, houve uma mudança considerável em relação ao assunto, pois nota-se um aumento considerável em termos de ações indenizatórias contra médicos.

Atualmente, os médicos são frequentemente sujeitos passivos de ações de responsabilidade que buscam reparar os danos causados aos seus pacientes. Essa situação se espalhou para um ramo da medicina em que resultados positivos são muito difíceis de prever, como a cirurgia plástica.

Um dos pontos importantes que se pode apurar é a natureza da responsabilidade médica. Diz-se que a responsabilidade dos profissionais, regra geral, encontra-se no campo contratual, mas não é de estranhar que a responsabilidade profissional, e em especial a dos do médico, costumam suscitar no direito comparado uma situação típica de disputa de responsabilidades, que em cada ordenamento jurídico tende a ser resolvida de acordo com as regras gerais sobre a matéria.

Na prática, como se verá, a negligência médica tem sido frequentemente trazida à responsabilidade civil extracontratual e não há impedimentos lógicos ou normativos para que isso aconteça. A distinção entre os diferentes tipos de obrigações é de suma importância para analisar o grau de responsabilidade que recai sobre o devedor em determinada provisão.

Dentro das várias formas de classificação das obrigações encontram-se as de meio e resultado. Esse tipo de obrigação geralmente se manifesta em atividades em que o objetivo final não pode ser totalmente previsto, por exemplo, a atividade de advogado e medicina. No entanto, a sua aplicação a estes pressupostos ainda é duvidosa, não havendo ainda consenso sobre que tipo de obrigação se enfrenta.

Dentro desses pressupostos encontra-se a cirurgia plástica. Este tema em particular tem sido amplamente discutido doutrinal e jurisprudencial, tanto no Brasil como no exterior. É assim que em países como França, Espanha e Argentina a cirurgia plástica é considerada uma obrigação de meio, enquanto no Brasil a jurisprudência tem estimado que a obrigação contraída pelo médico é de resultado, isso se baseia no fato de a cirurgia estética ser classificada como um tipo de medicina satisfatória ou voluntária, que é "aquele em que o interessado vai ao médico não para curar uma doença patológica, pois atua sobre um corpo são, mas para melhorar sua aparência física ou estética, ou o que é o mesmo

alcançar uma transformação satisfatória no próprio corpo.

Existe atualmente uma tendência global de considerar a obrigação que o médico contrate em cirurgia plástica por obrigação de meio, critério mais correto. Uma das razões para considerar o embelezamento da cirurgia plástica como uma obrigação de meio, são as consequências que ocorrem na medicina, caso contrário, como pode ser visto em países como Argentina e Espanha, em que os médicos para não causar nenhum dano ao paciente se colocam em uma posição defensiva.

Desta forma não ocorre à responsabilidade objetiva de realizar uma série de exames e procedimentos que, em alguns casos, não se justificam, pois o paciente em questão não apresenta sintomas ou sinais que os tornem necessários, este tipo de procedimento em muitos casos pode se tornar bastante invasivo. Isso também traz um alto custo para a saúde, que em países em desenvolvimento, como o Brasil, não se pode arcar.

Portanto, considerar as obrigações do cirurgião plástico como obrigação de fins, significa aumentar consideravelmente o *ônus* da prova do especialista, pois para ser dispensado, ele deve comprovar caso fortuito ou força maior. Do meu ponto de vista, a obrigação deve ser considerada como um meio, por um lado, pelas razões acima expostas, e por outro, sendo uma cirurgia estética não reparadora, mas sim satisfatória ou embelezadora.

O paciente deseja obter uma melhora em sua imagem, portanto, ao decidir realizar ou não a cirurgia, o médico deve informar todos os riscos que esse tipo de procedimento pode produzir, e até os riscos extraordinários, desta forma o paciente pode tomar uma decisão ciente de qualquer tipo de dano no caso de realizar a operação. Desta forma, este artigo tem por objetivo analisar a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico em procedimentos estéticos.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Em primeiro lugar, deve-se destacar o que se entende por responsabilidade civil, destaca Saavedra (2000) apud Alves e Loch (2012, p. 33) que, “a responsabilidade civil deve ser entendida como a prestação obrigatória feita por um sujeito em decorrência de um evento danoso”, seja na pessoa ou no patrimônio de um particular que tem como consequência em matéria civil, surge à obrigação do autor de indenizar o particular pelos danos causados.

Na esfera cível, existe a ideia de reparação, quando uma pessoa causa dano a outra,

nasce o autor com a obrigação de reparar o dano causado. Neste sentido, há que referir também à natureza da responsabilidade profissional, tendo-se dito que corresponde à esfera contratual, uma vez que existe uma convenção entre os indivíduos (VIEIRA, 2011, p.111).

Existem regras diferentes dependendo do que foi estabelecido um contrato entre o paciente e o médico ou uma relação contratual anterior. No primeiro caso, trata-se de responsabilidade contratual e, no segundo, de responsabilidade extracontratual. Eles também são regidos por regras diferentes. Não é o mesmo que causar dano a um paciente com quem foi celebrado um contrato - que pode ser verbal ou por escrito - do que a situação em que o médico, por exemplo, atende o paciente com urgência e não há acordo contratual (ARRAES, 2010, p. 34).

Este duplo tratamento também é criticável. Nada justifica a existência de regras diferentes para a reparação dos danos causados consoante exista ou não um contrato entre o paciente e o médico. Por este motivo, propõe-se unificar as regras aplicáveis à responsabilidade médica, independentemente da negligência ter ocorrido em hospital ou clínica, nem se havia ou não um contrato. Um sistema uniforme permitirá que os destinatários das regulamentações conheçam os riscos que enfrentam no caso de um resultado adverso (VALLE, 2019, p. 110).

Mas será visto que a responsabilidade médica se consubstancia a partir do ponto de vista da responsabilidade civil extracontratual, uma vez que não há diferenças entre a responsabilidade contratual e extracontratual do profissional em questões fundamentais, como a natureza e a comprovação do dever de cuidado, o padrão de cuidado devido às informações relacionadas aos deveres. De acordo com o dicionário Aurélio médico é “a pessoa legalmente autorizada a professar e praticar a medicina”.

A responsabilidade civil do médico, segundo Saavedra (2014, p. 37) apud Alves e Loch (2012, p. 33) é compreendida como:

A obrigação que cabe ao médico de enfrentar todas as consequências jurídicas – especialmente o dever de reparar ou indenizar - derivadas da criação de situações de risco para bens jurídicos protegidos ou dos danos que, mediando um fator de atribuição de responsabilidade – geralmente culpa, excepcionalmente dolo ou fator objetivo de atribuição, causado a pacientes ou eventualmente a terceiros no exercício de sua profissão em decorrência da inobservância dos deveres impostos pela *lex artis* da medicina.

Ao falar de "*lex artis*" refere-se ao fato de que o médico deve agir de acordo com o conhecimento adquirido pelo estudo desta ciência e que é obrigado a observar no exercício da profissão. A responsabilidade médica ocorre em caso de desconhecimento ou

descumprimento dos princípios e regras da profissão, pois deve responder em caso de agir contrariamente às disposições da ciência que está realizando, desde que agindo em ignorância ou contra as regras da medicina, dar origem à culpa (TSUKAMOTO, 2004, p. 202)

A atividade exercida pelos médicos hoje está sendo bastante analisada, visto que a saúde é vista como um direito que as pessoas têm, e por isso o médico deve responder como qualquer outro profissional no caso de causar algum dano ao paciente. Mas a responsabilidade civil do médico não deve ser exagerada, pois não deve ser confundida entre erros médicos desculpáveis por serem imprevisíveis, negligência médica causada pela imprudência do profissional, por não exercer a atividade de forma diligente e com o maior cuidado necessário conforme o caso. Um dos deveres mais importantes para o médico é colocar suas habilidades profissionais à disposição do paciente de acordo com um padrão geral de diligência. Portanto, para determinar se o devido cuidado foi utilizado, é necessário comparar a conduta efetiva com a de um profissional competente e diligente. O que se busca é comparar o resultado obtido pelo médico e o esperado por ele, de acordo com sua especialidade e conhecimento, mas sempre levando em consideração as situações externas em que o profissional teve que realizar seu trabalho (RIZZARDO, 2009, p. 201).

3. NATUREZA DAS OBRIGAÇÕES DO MÉDICO: OBRIGAÇÃO DE MEIO E RESULTADO.

Na doutrina nacional a responsabilidade civil que pesa sobre os médicos, quando causam dano ao paciente, devem responder por todo tipo de culpa, e não apenas por falta grave. Mas ainda existem alguns problemas em torno desse tema e um deles é a natureza das obrigações do médico. Uma delas é a diferença entre obrigação de meio e resultado (GONÇALVES, 2012, p. 62).

Entende-se por obrigação de meio aquela cuja prestação consiste no desenvolvimento de uma atividade do devedor destinada a fornecer determinado objeto, interesse ou resultado ao credor (NADER, 2010, p. 76)

A obrigação de meio, também chamada de obrigação geral de prudência ou diligência, exige o agir de forma prudente e diligente, para alcançar o resultado desejado, mesmo que não seja obtido, o importante é fazer tudo o que for necessário para que seja cumprido (FORSTER, 2017, p. 56).

Um exemplo desse tipo de obrigação é a que o médico tem com o paciente e a do

advogado com seu cliente, a primeira não pode garantir a melhora do paciente e a segunda a obtenção de uma sentença favorável (MONTALVÃO, 2018, p. 169).

Pelo contrário, compreende-se por obrigação de resultado aquela em que o devedor obriga-se a prestar, direta e imediatamente, a satisfação do interesse do credor, mediante a obtenção de um resultado, que integre a prestação. Requer apenas agir com diligência e prudência, mas também cumprir o que foi acordado. Um exemplo típico de obrigação de resultado é o de transportar mercadoria ou entregar algo (LOPEZ, 2019, p. 166).

4.CULPA E ERRO

Em muitos casos, a jurisprudência do Brasil confundiu-se os conceitos de erro e culpa na responsabilidade civil do médico. Em determinadas situações, para ajudar o paciente-vítima, o comportamento culpado é assimilado ao simples erro que qualquer bom profissional pode cometer, pelo simples fato de ser um ser humano que, por falta de atenção ou confusão, pode cometer um erro na intervenção, mas sem a intenção de causar dano ao paciente (AVELAR, 2010, p. 37).

Por outro lado, um comportamento culposo por parte do cirurgião, é realizado com pleno conhecimento, ele decide realizar um determinado comportamento, que na mesma situação, um bom profissional não teria realizado, devido às graves consequências que esta decisão pode produzir (NADER, 2010, p. 76)

Em certos casos, ocorrem imprevistos que, apesar da ação diligente por parte do médico, não podem ser evitados. É assim que a jurisprudência, para suprir tais deficiências probatórias, muitas vezes se utiliza indevidamente do adágio *res ipsa loquitur* (deixe que as coisas falem por si mesmas), inferindo do mero gesto infeliz a existência de conduta culposa do médico (MONTALVÃO, 2018, p. 169).

O médico não deve arcar com a indenização por erros, mas a questão é o que deve ser feito nesses casos, pois é muito injusto que o paciente sofra dano por erro profissional, mas também é injusto estender a responsabilidade civil do cirurgião. Na doutrina não há resposta (FORSTER, 2017, p. 56).

No entanto, generalizando (simplificando) pode-se argumentar que: por um lado, razões de segurança sanitária, consideradas prioritárias pela sociedade, justificam que, excepcionalmente, certos resultados devem ser garantidos ao paciente, não aceitando a desculpa de erro ou diligência por parte do médico (obrigações de desempenho médico); e,

por outro lado, alguns acidentes médicos graves, que podem ou não ter sido causados por um descuido médico inevitável (LOPEZ, 2019, p. 166).

4.1 Crítica à distinção

O essencial quanto à obrigação de resultado é que o devedor/médico se comprometa a cumprir uma certa expectativa que o credor tem e, no que respeita à obrigação de meios, é que o devedor aja de forma diligentemente, utilizando todos os meios à sua disposição, e assim conseguir cumprir a obrigação (GONÇALVES, 2012, p. 27).

No primeiro caso, há descumprimento quando a expectativa do credor não é atendida e, no segundo, quando a ação do médico não foi diligente. Na doutrina nacional, vários autores criticam essa distinção, entre eles Gonçalves (2012, p. 31) e aponta que as críticas foram mistas, entre eles pode-se citar:

a) que, num exame mais atento, todas as obrigações apontam para um resultado, e nas chamadas intermediárias esse resultado é mais restrito; A prestação tende sempre a satisfazer um interesse do credor (não se concebe um meio para nada), de modo que nas de meios, o resultado fica restrito à tentativa (GONÇALVES, 2012, p. 31).

E assim, por exemplo, na obrigação do médico, tanto o paciente quanto o enfermo, são direcionados à cura, a ponto de se ocorrer a cura, não há responsabilidade, mesmo que os meios utilizados sejam inadequados. Por outro lado, toda obrigação de meios pressupõe pelo menos alguns resultados intermediários (por exemplo, na do médico, realizando um exame) e, assim, a chamada obrigação de meios nada mais seria do que uma sucessão de obrigações de resultado (GONÇALVES, 2012, p. 32).;

b) no outro extremo, argumenta-se que toda obrigação pressupõe o uso de certos meios, meios de execução, de modo que, em última análise, toda obrigação é um meio; um resultado não pode ser obtido até que um determinado comportamento seja desenvolvido; toda obrigação exige sempre uma conduta diligente do devedor; que permite qualificá-la como obrigação de meio (GONÇALVES, 2012, p. 33);

c) por outro lado, muitos contratos implicam simultaneamente obrigações de ambas as classes. Por exemplo, o médico se compromete com um determinado comportamento de curar e, ao mesmo tempo, usar determinado instrumento ou realizar determinado teste; o advogado obriga-se a prestar determinados serviços com diligência, sem prometer resultado, mas está sujeito à obrigação de resultado quanto à realização, dentro de certo prazo, de determinados atos processuais. Enquanto isso, no direito comparado, há um grande número de autores que apoiam a doutrina criada por Demogue. Entre eles

encontramos Mazead, entre outros (GONÇALVES, 2012, p. 34). Josserand argumenta que há obrigações que tendem a obter determinado resultado que deve ser alcançado, enquanto outras se referem apenas à conduta que o devedor deve observar sob certas condições e direção. Afirma que as primeiras são as obrigações de resultado, enquanto as últimas são as obrigações de meio; naqueles que o devedor se comprometeu a realizar um ato específico, positivo ou negativo, por exemplo, transportar viajantes ou mercadorias de tal para tal ponto, ou construir uma casa; neste último, ele só se comprometeu a se comportar de tal maneira, de tal direção, para lançar sua indústria, sua atividade, seu talento, prestar seu cuidado, oferecer seus esforços - para obter um resultado, sem uma dúvida - mas sem garantir o sucesso (KLAUDAT, 2007, p. 63).

Essa distinção é aplicada primeiramente no campo da responsabilidade contratual, especialmente à prova; pelo fato de se verificar o incumprimento de uma obrigação de resultado, pelo próprio facto de o resultado não ter sido produzido na forma exigida pelo credor, por outro lado, no que respeita às obrigações de meio, o incumprimento da obrigação é produzida pelo simples fato de agir com pouca diligência por parte do devedor. De acordo com isso - diz Josserand -, o paciente de um médico não obterá compensação a menos que prove que não lhe prestou o cuidado consciencioso, atento e de acordo com as prescrições da ciência, que lhe devia contratualmente (LIMA, 2014, p. 164).

Há outros autores que apoiam parcialmente a doutrina de Demogue. Entre eles está Alterini, que usa os termos de Alsina Aienza, quando expressa que o mérito de Demogue está em ter destacado a importância da delimitação precisa do conteúdo das obrigações, em conexão com as regras do ônus do teste, mas admite que suas virtudes não devem ser exageradas. Enquanto isso, Boggero afirma que esta teoria engenhosa pode facilitar a solução mais justa dos sempre complexos problemas de responsabilidade, se lhe for atribuído um papel menos ambicioso do que o perseguido pelos seus mais ardentes apoiantes (ALVES e LOCH, 2012, p. 34).

Finalmente, há também detratores da doutrina Demogue. um dos mais graves, o crítico moderno da distinção entre obrigações de meios e resultados é Wayar, que aponta que não há diferenças ontológicas entre elas, sendo a distinção apenas aparente, pois naqueles que a tradição chama de "meios" é sempre possível encontrar um "resultado", que começa a ser entendido quando se aceita que em toda obrigação há meios e que em toda obrigação também se buscam resultados (ARRAES, 2010, p. 35).

Como segunda base de combater esse critério classificatório, a Wayar sustenta que o objeto do direito do credor equivale a um resultado que ele espera do comportamento de seu

devedor e que o desempenho ou comportamento do devedor é o meio de produzir esse resultado. Dentro dessa ordem de ideias, resultado e meio são dois elementos que estão intimamente ligados na estrutura de toda relação obrigacional, pois constituem parte de sua essência (VIEIRA, 2011, p.112).

E, em terceiro lugar, Wayar afirma que na chamada obrigação de meios, a prestação (ou seja, a devida conduta) sempre persegue um resultado, que não vai além de satisfazer o interesse do credor. O fundamento de sua tese está no fato de que não é possível diferenciar os meios dos resultados, pois nunca será possível alcançar o cumprimento de um resultado sem utilizar os meios necessários para obtê-lo (VALLE, 2019, p. 115).

5. CIRURGIA ESTÉTICA DO PONTO DE VISTA DA OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

A cirurgia estética é uma das exceções à regra que determina que as obrigações contraídas pelo médico sejam chamadas de meios. Para começar, é preciso definir o que se entende por cirurgia estética, e de acordo com o que indica um dicionário especializado em termos médicos 9, indica que, por cirurgia estética se entende cirurgia plástica que visa melhorar a imagem corporal a partir de um ponto de vista estético (TSUKAMOTO, 2004, p. 214).

A doutrina sustenta que no caso de se deparar com uma cirurgia plástica ou estética, a função que o médico tem nesses casos é diferente, pois nessa situação, o profissional não está apenas melhorando a saúde física do paciente, mas também a psicológica em função do fato de que a partir do momento que uma pessoa decide se submeter a uma cirurgia estética e assim obter uma melhora em seu corpo, como consequência, também está obtendo um aumento em sua autoestima (AVELAR, 2010, p. 47).

Nestes casos, o médico não contrai uma obrigação de meios, mas uma obrigação de resultados. Nesse sentido, que a obrigação é de resultado, se deve ao fato de que se o paciente soubesse que ao decidir realizar uma cirurgia estética, obteria resultados ainda mais danosos para seu corpo, nesse caso, jamais teria realizado isto (RIZZARDO, 2009, p. 221).

Conforme indicado, exige que o médico obtenha um benefício, tornando-se uma espécie de fiador de sua obtenção, e comprovando seu descumprimento pelo simples fato de não obter a finalidade pretendida. Nesse tipo de obrigação, o profissional médico não pode

provar que ao realizar a cirurgia utilizou a devida diligência e prudência ou a existência de erro, portanto, para estar isento de culpa pela não execução do ato, basta provar a existência de caso fortuito ou força maior (NADER, 2010, p. 87)

As obrigações a cargo do médico sejam de resultado, é de natureza excepcional, uma vez que apenas a cirurgia estética, médicos transfusionais, radiologistas, entre outros, se enquadram nessa categoria. No caso da cirurgia estética, o paciente deseja determinado resultado do cirurgião e, portanto, sua não realização constitui prova de descumprimento culposo por parte do profissional (MONTALVÃO, 2018, p. 178).

5.1 Fontes de obrigações de resultados.

Existem dois tipos de fontes nas obrigações de resultado, a primeira é a obrigação de resultado convencional e a segunda é a obrigação de resultado decorrente da natureza da provisão, que é classificada como obrigação de informar o resultado (entrega); para os materiais e produtos; e por último a obrigatoriedade de exames e análises simples (FORSTER, 2017, p. 61).

Nas obrigações de resultado convencionais, a vontade das partes pode conferir à obrigação do médico o alcance de uma obrigação de resultado que dá origem à culpa. Nas obrigações de resultado decorrentes da natureza da prestação, a prioridade que as sociedades contemporâneas atribuem à obtenção da segurança sanitária, que permite prevenir alguns riscos para os doentes e assegurar a reparação dos danos caso ocorram, levou a que os médicos fossem excepcionalmente graves, mas sobretudo aos estabelecimentos de saúde, com algumas consequências obrigações de segurança que não aceitam a desculpa ou a diligência ou má conduta. Em geral, a provisão dessas obrigações não dependem de elementos aleatórios externos e são considerados tão relevantes para os pacientes que os médicos são obrigados a prevenir o seu incumprimento (ou a subscrever um seguro) estabelecendo essas obrigações de resultado (GONÇALVES, 2012, p. 41).

Entre essas obrigações, pouco desenvolvidas na legislação nacional, serão examinadas três, essencialmente referentes à prática nacional: (i) obrigação de prestar informações; (ii) obrigação relacionada a materiais e produtos de saúde; e (iii) obrigação relacionada a exames ou análises simples (KLAUDAT, 2007, p. 73).

Na obrigação de fornecer informações, no Brasil esta questão não foi tratada como no direito comparado e, embora haja alguns vislumbres a esse respeito, ainda não há

consagração legal. A obrigação de informação do médico pode ser mais ou menos intensa dependendo do serviço envolvido. Assim, costuma-se indicar que no caso da cirurgia estética há um dever maior de informação ao paciente. Como não há finalidade terapêutica, o médico deve informar não apenas os riscos normais, mas também os excepcionais. O usual será que haja um contrato entre o médico e o paciente, cabendo ao primeiro certificar que cumpriu a obrigação de informação. Trata-se de regra específica para a responsabilidade contratual – Lei nº 10.406 de 2022 -, segundo a qual o devedor da obrigação deve comprovar sua execução (LIMA, 2014, p. 178).

No entanto, no Brasil, a obrigação de informação teve pouco desenvolvimento. Não há condenações conhecidas por violação do dever de informação. A razão pode ser que a violação do dever de informar só se traduz na perda de uma possibilidade. Ou seja, o paciente fica privado da opção entre realizar ou não o tratamento. Este é um problema de causalidade. Ao não reportar um risco e tê-lo verificado, não cabe indenizar o dano constitutivo do risco ocorrido, o que está dentro das possibilidades, mas corresponderia apenas a indenizar o dano da perda da opção, cujo valor é difícil de determinar (LOPEZ, 2019, p. 171).

O dever de informar o doente pode ser classificado como obrigação acessória do contrato médico (implícita por força da Lei 10,406 de 2022) ou como obrigação pré-contratual que visa ilustrar o consentimento antes da intervenção médica. No direito comparado, a obrigação de fornecer informações médicas tendeu a abandonar os códigos de ética profissional para se tornar um direito do paciente. O médico deve informar, pois como se sabe, a medicina é uma ciência e, portanto, contém uma linguagem totalmente desconhecida do paciente. Generalizando, pode-se argumentar que o médico deve fornecer informações inteligíveis, adequadas e completas (ALVES e LOCH, 2012, p. 43).

Na obrigação de resultado para materiais e produtos, o médico deve utilizar materiais - como bisturi, pinças, entre outros - e, assim, obter um resultado ótimo, para isso, deve utilizar os respectivos instrumentos corretamente de acordo com sua natureza. Se o profissional utilizar esses instrumentos, mas não da forma adequada ou se estiverem defeituosos, aplicar-se-á o artigo 927 do Código Civil, que se refere aos defeitos ocultos da coisa e, neste caso, o médico torna-se fiador da obrigação para a manutenção adequada dos materiais e produtos necessários para obter um bom resultado na cirurgia. Na obrigação de resultados de exames e análises simples, os diagnósticos e exames médicos estão sujeitos à interpretação que o profissional deve fazer sobre seu alcance e possíveis efeitos, e nisso

estão sujeitos à regra geral da obrigação de meios (ARRAES, 2010, p. 40).

Mas há exames ou análises laboratoriais que não apresentam nenhum elemento aleatório, que não necessitam de interpretação e para os quais o paciente pode legitimamente esperar um resultado livre de erros, uma vez que a entrega de um exame com resultado errôneo produz sérios danos ao paciente (AVELAR, 2010, p. 57).

Portanto, *ab initio*, o resultado confirmado pelo cirurgião apontará para uma melhora estética no paciente intervencionado. Caso contrário, a operação não teria razão de ser. No entanto, a regra norteadora não deve ser considerada imutável, a partir da qual será possível apreciar em cada hipótese qual foi o resultado desejado pelas partes (VIEIRA, 2011, p.111).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode ver, o ponto principal, se a obrigação é de meio ou de resultado, é uma questão que a doutrina e jurisprudência não analisaram exaustivamente, apesar de ser, uma questão que vem se tornando cada dia mais relevante, esta se deve ao aumento significativo do número de cirurgias estéticas no Brasil e no mundo. Com relação à análise do assunto, pude concluir que:

- A distinção entre obrigação de meio/resultado vem sendo cada vez mais aceita pela jurisprudência no Brasil. No entanto, é considerada uma obrigação de resultado, gerando responsabilidade objetiva do médico.
- A jurisprudência de outros países, considera a responsabilidade do cirurgião plástico como uma obrigação de meio;
- A responsabilidade do profissional de saúde deve ser classificada como obrigação de meio, porém, como na obrigação de resultado, deve ser considerado o dever de informação do cirurgião ao paciente. O dever de informação no Brasil tem tido pouca importância, apesar de ser um fator de grande importância neste tipo de intervenção. O médico deve ter a obrigação de explicar ao paciente todos os riscos ordinários que podem ocorrer com a finalidade da cirurgia e também os extraordinários, para que o paciente possa tomar uma decisão

com base nessas circunstâncias. Portanto, o descumprimento desse dever deve ser considerado na avaliação da atuação diligente do cirurgião plástico;

- Uma das razões para não considerar a distinção entre as obrigações de meio/resultado por parte da doutrina se deve aos artigos 927 do CC e art 14 do CDC. Assim, os referidos artigos aludem especificamente às obrigações de resultado, uma vez que cabe ao médico/devedor comprovar o caso fortuito ou força maior e, assim, isentar-se do pagamento de indenização pelos danos resultantes do incumprimento da obrigação. Mas quanto às obrigações de meios, o critério utilizado pela doutrina deve ser o mesmo utilizado pelo direito comparado, portanto, cabe ao paciente/credor comprovar a falta de diligência utilizada pelo médico/devedor, em outras palavras para demonstrar o ato culposo do profissional.

7. REFERÊNCIAS

- ALVES, R. G. de O.; LOCH, J. de A. **Responsabilidade civil do cirurgião plástico em procedimentos estéticos**: aspectos jurídicos e bioéticos. Revista bioét, Porto Alegre, n. 20. <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/758/811>. Acesso em: 08 de ago de 2022.
- ARRAES, R. B. M. **O dano estético: conceito e incidência à luz das novas perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais**. Revista de Direito Privado. São Paulo, v. 11, n. 44, p. 106–136. 14 out. 2010.
- AVELAR, J. M. **Cirurgia plástica**: obrigação de meio e não obrigação de fim ou resultado. São Paulo: Hipócrates, 2010.
- BRASIL. **Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a Proteção do Consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 12 de setembro de 1990.
- BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 2002.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 81.101/PR**. Relator: Waldemar Zveiter - Terceira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 05 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 25 fev. 2014.
- FORSTER, N. J. **Cirurgia plástica estética**: obrigação de resultado ou obrigação de meios? Revista da AJURIS. Porto Alegre, n. 69 mar. 2017. p. 407–414. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/4c800/4d5cd/4d618?f=template_s&fn=document-frame.htm&2.0>. Acesso em: 09 de ago de 2022.
- GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.
- KLAUDAT, A. N. **A obrigação da promessa em Hume**. Kriterion: Revista de Filosofia. Belo Horizonte: UFMG, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, v. 52, n. 124, dezembro 2007.
- LIMA, G. F. de. **O consentimento informado, o princípio da autonomia e a proteção jurídica na relação médico-paciente**. Jus Navigandi, Teresina, Ano 19, n. 3906, 12 mar. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26868>>. Acesso em: 10 de ago de 2022.
- LOPEZ, T.A. **O dano estético: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MONTALVÃO, A. S. **Erro médico**: reparação do dano material, estético e moral. Doutrina, Legislação e Jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Julex 2018. v. 1.
- NADER, P. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 7.

RIZZARDO, A. **Responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TSUKAMOTO, F. **Reparação civil do dano estético nas cirurgias plásticas**. 2004. 78f. Monografia (Conclusão de curso) – UNIFMU Centro Universitário. São Paulo. Disponível em: <<http://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/ft.pdf>>. Acesso em 10 de ago de 2022.

VALLE, C. A. do. **Dano moral doutrina modelos jurisprudência**. Rio de Janeiro: AIDE, 2019.

VIEIRA, L. C. **Responsabilidade civil médica e seguro: doutrina e jurisprudência**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

UM ESTUDO SOBRE O ABANDO AFETIVO INVERSO À LUZ DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE NO DIREITO DE FAMÍLIA: ANÁLISE DAS DISCUSSÕES DOUTRINÁRIAS NO ÂMBITO JURÍDICO BRASILEIRO

THAIS DOS SANTOS MONTEIRO¹
PAULO SÉRGIO LIMA DOS SANTOS²

Escola Superior Batista do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil.

Resumo: A dissolução matrimonial, considerada uma das questões que geram maior conflito relacionado à guarda do (s) filho (s), pode desencadear em muitos casos a ruptura de um laço afetivo que pode induzir a alienação parental. O dano seja moral ou psicológico causado na criança pela alienação parental é tema polêmico. A prática da alienação parental causa danos morais e psicológicos de fácil percepção, e em determinados casos esses danos continuam por longos anos. Assim, os traumas causados na infância continuam pelo decorrer da vida até mesmo na fase adulta. Com essa problemática, é importante destacar a discussão sobre a aplicação da guarda compartilhada, como forma de diminuição da alienação parental. Atualmente, em determinados casos de dissolução matrimonial surge o problema da guarda, pois o ex-cônjuge usa-se disso para atacar o outro. Entretanto, nessa situação o princípio do melhor interesse da criança deve prevalecer, de maneira que o mais vulnerável nessa situação, não seja prejudicado. Este trabalho consiste em uma pesquisa qualificada como documental, bibliográfica, qualitativa e dedutiva com intuito de tentar demonstrar a relação da guarda compartilhada com a alienação parental. Entende-se, com a análise, que há uma insuficiência dos métodos de guarda unilaterais previstos no ordenamento jurídico e que o modelo compartilhado de guarda foi o que mais obteve sucesso e ganha espaço no ordenamento jurídico brasileiro, sendo atualmente a regra. Por fim, conclui-se pela possibilidade de identificação do dano causado pela alienação parental que a guarda compartilhada é mais eficaz para o desenvolvimento dos filhos e para sua proteção.

Palavras-chave: Família; Responsabilidade Civil; Alienação Parental; Guarda Compartilhada.

Abstract: Marital dissolution, considered to be one of the issues that generate the most conflict related to the custody of the child(ren), may trigger in many cases the rupture of an affective bond that may induce parental alienation. The moral and psychological damage caused to the child by parental alienation is a controversial issue. The practice of parental alienation causes moral and psychological damage easily perceived, and in some cases this damage continues for long years. Thus, the traumas caused in childhood continue throughout life even into adulthood. With this problem in mind, it is important to highlight the discussion about the application of shared custody as a way to reduce parental alienation. Currently, in certain cases of marital dissolution, the problem of custody arises, because the former spouse uses it to attack the other. However, in this situation the principle of the best interests of the child must prevail, so that the most vulnerable in this situation is not harmed. This work consists of a research qualified as documental, bibliographic, qualitative and deductive with the purpose of trying to demonstrate the relationship between shared custody and parental alienation. The analysis shows that there is a lack of unilateral custody methods in the legal system, and that the shared custody model has been the most successful and is gaining ground in the Brazilian legal system, and is currently the rule. Finally, it is concluded by the possibility of identifying the damage caused by parental alienation that shared custody is more effective for the development of children and for their protection.

Keywords: Family; Civil Liability; Parental Alienation; Shared Guardianship

¹ A autora é aluna finalista do curso de direito da ESCOLA SUPERIOR BATISTA DO AMAZONAS – ESBAM.

² Orientador desse estudo

1. INTRODUÇÃO

O elevado crescimento da população brasileira é um reflexo, também, das mudanças sociais e dos processos econômicos. No que tange o envelhecimento, a população tem aumentado a sua expectativa de vida, seja pelo aprimoramento da ciência médica, seja pelo aprimoramento dos procedimentos estéticos. O Brasil obteve uma elevação na perspectiva de vida na última década com cerca de 40% da sua população acima dos 70 anos de idade, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

No âmbito familiar, a concepção do termo “família”, ao longo de décadas, ganhou uma dimensão ainda maior, principalmente por influência do debate público. A concepção de família no contexto jurídico leva em consideração, para além da relação consanguínea, os vínculos de afetividade, vínculos sociais, vínculos econômicos e, sobretudo, os vínculos jurídicos institucionalizados no ordenamento jurídico brasileiro.

Tratar sobre *abandono afetivo* demanda uma necessidade de observar os principais aspectos jurídicos que envolvem os debates dentro dos estudos do Direito de Família. No entanto, é salutar ultrapassar o olhar para a relação pais e filhos e discutir como outros tipos de abandono também deve ser tratado na literatura acadêmica, como no caso do *abandono afetivo inverso*, ou seja, aquele que é do filho para o pai. Ademais, tratar um tema sensível dessa natureza pressupõe uma observância ao que se apresenta nas doutrinas e pelos legisladores.

Nesse sentido, trata-se aqui como objetivo do artigo analisar as discussões sobre o abandono afetivo inverso a partir dos debates doutrinários e das legislações vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque para a responsabilidade civil dos filhos e as suas implicações cabíveis em lei.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O CONCEITO DE FAMÍLIA

Para Faria (2011) a origem do conceito de família está diretamente ligada à evolução da civilização humana. A composição familiar que observamos na contemporaneidade sofreu diferentes transformações ao longo de séculos. É o que de acordo com Leite (1991) surge como uma modificação da estrutura basilar da família que conhecemos hoje. Ela veio da raiz Greco-Romana em um modelo criado a partir da ideia do pater famílias, ou seja, do

conceito de família patriarcal.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, apresenta que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Então se observa que o conceito de família na Carta Magna apresenta explicita as entidades familiares e os modelos adotados e amparados pelo Estado: união estável, família monoparental e o casamento (MADALENO; MADALENO, 2015).

Para Lima (2018), à luz da jurisprudência e da doutrina jurídica, abordado pela CF/1988, observa-se que o conceito de família no campo jurídico brasileiro sofreu forte influência da igreja e dos princípios sociais de igualdade e defesa dos direitos do indivíduo. Com o passar dos anos, o vínculo familiar passou a ser representado de diversos modos, e no âmbito jurídico, a representação foi alicerçada em sua Carta Magna e por meio de dispositivos jurídicos e institucionais.

Ademais, compreende-se então que o conceito de família tradicional surge de um modelo monoparental, associado pela união estável como base da instituição de pluralidade, que ao longo dos anos perpassou por modificações, principalmente por influencia das construções sociais, como hoje se observa com a instituição da união estável (LOBO, 2004; WALD, 2004).

2.2 DIREITO DE FAMÍLIA

Ao longo da história da humanidade, pela formação parental e estabelecimento do vínculo afetivo, a codificação civil e direito de família brasileiro foi construído a partir do estabelecimento de bases alicerçadas na família tradicional (DIAS, 2017). O primeiro Código Civil Brasileiro, de 1916, seguia uma tradição jurídica com base no código alemão e nos princípios do direito romano, tratando a relação de família de modo conservador e tradicional, seguindo diretrizes de característica mais elitista (BEVILÁQUA, 2003; BRASIL, 2004)

Com o Código Civil de 2002 observou-se uma grande mudança no aspecto das relações de família, tratando o vínculo familiar de modo mais flexível e com um caráter menos conservador (DIAS, 2018). Já a partir do estabelecimento da CF/1988 e com o Código Civil de 2002, a família como instituição passou a apresentar uma amplitude de relações reconhecidas pelo Estado, como a união estável e os grupos monoparentais, além do fortalecimento da igualdade das relações entre e mulher no modelo familiar (ALVES, 2007, p.123).

A formação do conceito de família é complexa, conforme argumenta Pereira (2005) ao observar que os pilares basilares do Direito de Família estão atrelados aos aspectos relacionais e de cunho afetivo, além da responsabilização. Farias (2011) analisa que a relação familiar na instituição família no bojo da ordenação jurídica preconiza uma relação de vínculo familiar: relações afetivas, casamento, relações pessoais, relações econômicas, responsabilidades, direitos e deveres.

2.3 ABANDONO AFETIVO: NOÇÕES NO ÂMBITO JURÍDICO

A contextualização jurídica sobre o abandono afetivo parte de uma análise mais generalizada sobre o conceito da palavra “abandono” especificando a relação conceitual do termo com o aspecto de afetividade. A definição da palavra “abandono” no âmbito jurídico está relacionada com o aspecto, ação ou prática de detrimento a capacidade de acolhimento, seja no sentido de responsabilidade afetiva, econômica ou familiar (BRAGA, 2011).

O princípio afetivo no direito brasileiro trata o abandono afetivo como uma ação que produz dano moral e é configurado como ato ilícito. A afetividade, por ser um princípio do Direito de Família, está implícita na CF/1988, deixando claro a relação de responsabilidade civil e moral no que tange a condição de valor afetivo (BRAGA, 2011). Para entender e compreender o abandono afetivo sob a ótica do princípio da afetividade é salutar observar para a “teoria do desamor” no âmbito jurídico – é trazido para o ordenamento jurídico a compreensão de que o sentimento protetor e natureza da dedicação tutorial permeia esse princípio (LOBO, 2017, p.111).

2.3.1 Abandono afetivo x afetividade

O ato de abandonar denota de um processo de rompimento de afeição, logo, é uma ação originária da afetividade. Lobo (2017, p.15) observa que o abandono afetivo diz respeito a omissão de cuidados, de assistência social, assistência psíquica e assistência financeira, de modo que as consequências geradas ensejem no rompimento de relação por parte do que abandona, na qual o abandonado é prejudicado socialmente e emocionalmente. Dentro do âmbito jurídico é importante os dois tipos de abandono afetivo: o abandono afetivo dos pais com os filhos e o abandono efetivo do filho com os pais (denominado de abandono afetivo inverso). A afetividade é um sentimento que está diretamente relacionado com o laço familiar.

Maluf (2016, p.99) observa que o abandono afetivo, independentemente do tipo e da relação, imbrica em um rompimento de vínculo de emoções e sentimentos entre pessoas. Esse vínculo observado por Maluf (2016, p.121) se trata de uma relação estabelecida pela afetuosidade ou afetividade que, como em uma relação entre pais e filhos, é formada desde os primeiros contatos, até mesmo do contato físico.

A caracterização jurídica contextualizada pelo abandono afetivo alude o seu aspecto emocional, ou seja, para além do aspecto judicial, ele incide sobre questões de obrigação civil e responsabilidade civil, ferindo sentimentos e relações de cunho afetivo, afetando o psicológico e a saúde mental (MALUF, 2016). Posto isto, discute-se na esfera jurídica como o abandono afetivo pode influenciar ou até desencadear atos de infração na esfera civil, sendo de suma importância a observância dos mecanismos legais de proteção.

2.3.2 Abandono afetivo reverso e responsabilidade civil

De acordo com Maluf (2016) o abandono afetivo inverso é aquele que denota inação de afeto no cuidado dos filhos com os genitores, sendo de regra os idosos. Para Bittar (1994) a responsabilidade advém da palavra *respondere* – do latim *rrr* – e trata da necessidade de se responsabilizar por algo ou a necessidade de cumprir uma determinada regra ou ordenança, de modo que haja uma sanção ou dano caso não seja cumprido.

Dentro do contexto da responsabilidade civil, o dano moral incide como uma das ações mais recorrentes e representativas no caso de agravo em relação a uma determinada conduta que venha a infringir ou violar um direito, seja ele material ou moral (GOMES, 2000, p.21). Nesse caso, há de se definir esses dois tipos de dano dentro do contexto da responsabilidade civil. Segundo Gonçalves (2016) o dano material tem por definição a ação que fere a materialidade patrimonial de uma pessoa, tendo a ação praticada pelo agressor um prejuízo de ordem material, logo, quantificada no ponto de vista patrimonial.

Já o dano moral, de acordo com Iglesias (2002, p.24), pode ser definido como aquela ação ou menção que fere uma pessoa dentro da sua esfera extrapatrimonial, ou seja, que não tem materialidade patrimonial (física), logo, é caracterizado por não ter um agravo mensurável ou quantificável dentro de um sentido patrimonial. Há uma distinção clara dentro do ponto de vista da ação de materialidade no contexto da responsabilidade civil ao observar os dois tipos de danos: Gomes (2000) observa que o dano moral, por ser de origem subjetiva, diluiu-se na observância do bem jurídico e do objeto que sofreu a lesão do seu agressor.

No âmbito do abandono afetivo inverso é possível que haja os dois tipos de danos: moral e material. No entanto, o dano moral tem sido mais aprofundado no ordenamento jurídico para os casos de abandono dos filhos para os pais, tendo em vista que o ente que foi lesionado teve suas condições e garantias, estabelecidos em lei específica, infringidas (IGLESIAS, 2002; MALUF, 201, p.34). Os direitos institucionalizados de proteção ao idoso são constitucionalmente estabelecidos desde 1988, além de dispostos em legislações específicas, entretanto, a questão social e a ineficiência no cumprimento das políticas públicas no Brasil tem sido um grande desafio para lidar com a materialidade na responsabilização civil em casos de abandono (GONÇALVES, 2016; GOMES, 2000, p.113).

A reparação civil tem sido objeto de profundo debate em relação ao abandono afetivo inverso. Maluf (2016, p.115) observa que há uma necessidade cada vez mais urgente de compreender o idoso abandonado como alguém que foi desamparado e passou por um processo de vexame e sofrimento, logo, ele precisa ser indenizado e a natureza da ação de lesão deve ser reparada juridicamente. Peres (2008, p.22) argumenta que, em caso de dano moral, a materialidade da prova é muito difícil de avaliar, tendo em vista que há uma característica de subjetividade bastante presente nesse tipo de lesão, que pode ser ainda mais dificultada a depender do caso.

3. METODOLOGIA

3.1 Tipo de pesquisa

Tratou-se de aplicar nesse estudo a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental. Quanto ao método adotado, a pesquisa foi de caráter qualitativo, apresentado por Gil (2017) como aquele tipo de pesquisa que observa os aspectos qualitativos (subjetivos) no processo de investigação do objeto de estudo. Nesse sentido, a pesquisa bibliográfica foi realizada nas seguintes bases de dados (Doutrinas e Legislações): LexML, BDJur, Portal de Periódicos da CAPES, SciELO, LegiX, Infolegis e Revista Tribunais.

Quanto a pesquisa documental, foi realizada a coleta de documentos jurídicos em fontes bibliográficas e documentais do Direito. Zanella (2013) define a pesquisa documental como um tipo de análise que investiga as informações registradas em documentos, cujo acesso pode ser realizado a partir da consulta em bases de dados. Dentre as fontes documentais consultadas estão: atas, legislações, acórdãos, jurisprudências e

demais documentos.

3.2 Fontes de pesquisa e processo de coleta

Quanto a tipologia das fontes, foram coletados dados dos arquivos em fontes primárias e fontes secundários. Gil (2018) conceitua as fontes primárias como as fontes principais, de caráter orgânico da pesquisa, ainda não publicada ou amplamente divulgada, tais como: *papers*, relatórios, periódicos, registros públicos, dentre outros. As fontes secundárias referem-se as fontes produzidas a partir das fontes primárias, sendo composta por elementos já publicados, que servem de referência, tais como: livros, jornais, teses, dissertações, dentre outros.

4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

4.1 Abandono afetivo inverso: uma análise sob a perspectiva. das doutrinares no direito de família

O estudo trouxe como abordagem as questões inerentes ao debate sobre o abandono afetivo inverso dentro do ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que a compreensão da pesquisa alude para reflexões e argumentações nas doutrinas, observando a responsabilidade civil e as implicações legais.

Existem diferentes perspectivas e análises sobre o tema, envolvendo principalmente as discussões sobre o abandono afetivo inverso juntamente com as suas implicações legais, jurídicas, sociais e psicológicas. Dessa forma, pode-se observar que a responsabilização civil para o abandono afetivo inverso não está alinhada a nenhum consenso de entendimento, no qual se observa uma característica subjetiva e moral.

A observância na doutrina perpassa por discussões que envolvem aspectos jurídicos transversais na área do Direito de Família, que envolve o contexto social do princípio da afetividade e os principais das garantias do direito básico relacionados a condição do idoso. O “idoso” como sujeito jurídico está imerso em uma contextualização jurídica na relação parental, o que denota a responsabilidade do filho para com o genitor.

Trata-se aqui, como argumenta Madaleno (2018), que o abandono afetivo é caracterizado como uma ação que fere diretamente o princípio da afetividade e da garantia dos direitos, tendo como traço jurídico o entendimento de que houve um rompimento de direitos e uma infração aos dispositivos jurídicos, dentre estes a CF/1988 e o Estatuto do

Idoso. Para a discussão sobre o abandono afetivo inverso é fundamental compreender e pontuar diferentes tipos de entendimento à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Para a proposta de discussão nessa pesquisa sobre o abandono afetivo inverso e a responsabilização civil (SPEISS, 2017; ROSENVALD, 2015; MADALENO, MADALENO, 2015; BOAS, 2012; ALVES, 2007; GONÇALVES, 2016) observou-se uma miscelânea de estudos doutrinários que discutem a temática a partir de perspectivas de abordagem que permeiam o Direito de Família. Para tal, é salutar observar que as discussões estão apresentando uma abordagem que contribuem para uma compreensão mais holística sobre o tema.

Madaleno e Madaleno (2015) tratam de observar que o papel do Estado é crucial para a garantia da proteção dos direitos dos idosos, sobretudo, do salvaguardamento das suas garantias de legitimidade e reconhecimento, observando aqui o campo subjetivo no sistema jurídico. Da mesma forma, Gonçalves (2016) define a instituição familiar como uma entidade de reconhecimento constitucional, logo, ela é legitimada pelo Estado, sendo os componentes dela passíveis de direitos e responsabilidades.

A compreensão de Gonçalves (2016) dialoga com a visão de Boas (2012) ao observar o idoso como um sujeito passível de representatividade e responsabilidades, tendo o Estado a obrigação de atender às suas necessidades à medida que seus direitos estejam sendo negligenciados. Essa compreensão recai na percepção de que a responsabilidade afetiva incide no reconhecimento da legitimidade, ou seja, os filhos e os pais, sentido inverso ou não, possuem direitos e deveres, bem como responsabilidades e garantias à luz dos dispositivos jurídicos- legais (BOAS, 2012; MADALENO; MADALENO, 2015).

A materialização jurídica, conforme discute Alves (2007), diz respeito aos casos de abandono afetivo a partir da concepção familiar. A compreensão nessa questão é observar que o filho possui um papel importante na condição física, financeira e psicológica dos pais – por isso é fundamental compreender o sentido da responsabilização civil. Gonçalves (2016) afirma que a responsabilidade civil é um resultado natural da condição de abandono, seja no caso do abandono inverso ou não. Esse entendimento denota, portanto, da materialidade da condição de responsabilização civil para com os filhos, o que no entendimento doutrinário e no campo legislativo é quase que unívoco quanto a sua compreensão.

Madaleno e Madaleno (2015) observam que a família, como núcleo e instituição, é representada por membros que vinculam entre si responsabilidades e aspectos de

afetividade – a omissão dessas responsabilidades pode gerar danos morais, sociais e psicológicos. Logo, esse dano é observado a partir de uma responsabilização mútua entre os membros, seja pelo aspecto social ou psicológico intencionalizado a partir do ato de abandonar.

O ato de abandonar, conforme argumenta Boas (2012), pode ser representado por diferentes formas, sendo uma delas a ausência do pagamento de pensão ou mesmo do ato proposital de descuido para com os direitos básicos. É o que no entendimento de Gonçalves (2016) ele observa como o rompimento do vínculo de responsabilidade afetiva, ou seja, é um tipo de dano moral e civil que infringe os direitos de garantias básicas do ente familiar, no caso do abandono afetivo inverso, dos pais.

O aspecto da constitucionalidade, da garantia constitucional, é discutido por Alves (2007) a partir do objeto do direito da família como instituição. Os casos de abandono afetivo inverso representam um rompimento do núcleo familiar, institucionalizado na CF/1988, no qual o vínculo emocional e social são elos que devem ser mantidos, sem infringir o núcleo (BOAS, 2012). O idoso, no caso do abandono afetivo inverso, representa um elo mais fraco, assim como o filho (quando menor de idade), por isso para o entendimento da lei e das jurisprudências, a responsabilização civil, nesses casos, são equitativos e estão sendo observadas dessa forma nos atos recentes, apontam Madaleno e Madaleno (2015).

A subjetividade na análise do dano moral no abandono afetivo inverso trata de uma ausência de unilateralidade na percepção da lei em decorrência de fatos mais palpáveis para determinação e uniformidade nas decisões. O estudo observou que as doutrinas em relação aos processos de abandono afetivo de filhos para com os pais idosos recaem em um entendimento um pouco mais difuso quando se trata de uma percepção mais clara sobre a ausência da responsabilidade do filho. Gonçalves (2016, p.44) observa que a responsabilidade civil em casos de abandono deve ser observada dentro de uma percepção que enquadre o abandonado e o agente abandonador em um mesmo foco de percepção, logo, não deve haver qualquer sentido de diferença para analisar os fatos. Em suma, essa situação ocorre por dois aspectos, de acordo com Boas (2012, p.101): ausência de uniformidade no entendimento da lei e legislações específicas limitadas quanto ao idoso no Brasil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As pesquisas que tratam o Direito dos Idosos à luz do Direito de Família para tratar

das implicações do abandono afetivo inverso apresentam diferentes prismas de abordagem, não havendo um discurso unívoco no âmbito jurídico, de modo que na perspectiva legal e jurídica a compreensão dessa modalidade de abandono é observada como uma grave ação de infração de direitos e princípios.

Não obstante, esse estudo buscou trazer uma discussão mais ampla e apresentar diferentes doutrinadores para tratar do abandono afetivo inverso à luz do ordenamento jurídico e suas nuances discursivas a partir das análises apresentadas em doutrinas e jurisprudências. Para tal, com base nas legislações específicas que tratam da proteção e da garantia de direitos ao idoso (Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003 e a Política Nacional do Idoso – Lei nº 8.842/1994), foi possível identificar elementos claros que retratam a responsabilização civil em caso de abandono afetivo, seja inverso ou não inverso, observando que o dano moral afeta diretamente o idoso a partir de um aspecto material e imaterial.

Essas doutrinas representam uma compreensão da literatura científica do Direito sobre o tema, discutida a partir da observância das análises sobre a proteção dos direitos dos idosos e do conceito de família, como núcleo, e da representação legal da família como instituição. Observou-se que o trato jurídico para o tema é composto por perspectivas que abordam as implicações sociais, psicológicas, econômicas e jurídicas – tendo como pano de fundo as representações sociais e a necessidade de discutir sobre o cumprimento de garantias e direitos, observando no idoso uma figura central de representatividade e proteção do Estado por meio dos seus dispositivos legais.

A controvérsia e a dualidade de pensamentos na doutrina brasileira sobre o tema, como foi observado, não reflete necessariamente um problema. No entanto, é salutar observar que há uma necessidade latente de ampliar as discussões sobre o abandono afetivo inverso na literatura acadêmica e, para além disso, observar como essas correntes teóricas implicarão em uma construção legislativa para aperfeiçoar os dispositivos legais, contribuindo assim para melhorar o ordenamento jurídico brasileiro.

Conclui-se então que as discussões doutrinárias sobre o abandono afetivo inverso no ordenamento jurídico brasileiro são permeadas por diferentes concepções que dialogam dentro de um contexto de compreensão da necessidade de olhar para a responsabilização civil do filho para o pai idoso como um ato que gera um dano moral, seja material ou imaterial. Ou seja, entende-se que a garantia do direito do idoso deve ser salvaguardado e os dispositivos jurídicos devem agir para garantir, efetivamente, essa proteção dos seus direitos. Ademais, orienta-se como pesquisas futuras um necessário aprofundamento das

discussões sobre o tema ampliando o debate para outros doutrinadores e observando a responsabilidade civil a partir de outras esferas do Direito, como no Direito Penal e Direito Civil, por exemplo.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A função social da Família**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 39. dez-jan, 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Observações para esclarecimento do Código Civil Brasileiro**, in: Códigos Cíveis do Brasil: do Império à República: uma retrospectiva histórica. Brasília, DF: Senado Federal, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BOAS, Marco Antonio Vilas et al. **Estatuto do Idoso Comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal Código Civil Brasileiro**. 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. Estatuto do Idoso. **Lei n.º 10.741/2003**. 1. ed., 2 reimpressão. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DICIONÁRIO ON-LINE PORTUGUÊS. **Conceito de abandono**. 2011. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/abandono/>. Acesso em: 30 set. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3. ed., rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GOMES, Luiz Roldao de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

IGLESIAS, Sergio. **Responsabilidade Civil: por Danos a personalidade**. São Paulo: Manole, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento**. Curitiba: Juruá, 1991.

LIMA, Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva. Entidades familiares: uma análise

da evolução do conceito de família no Brasil na doutrina e na jurisprudência. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 23, n. 5383, 28 mar. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64933>. Acesso em: 14 set. 2021.

LOBO, Paulo. **Direito civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. **Repensando** o direito das famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada: física e Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2015.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores do direito de família**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. A Co-regulação da família pelos círculos sociais (Sociedade Civil e Estado): um diálogo com a Constituição Federal do Brasil. In: MEZZARROBA, Orides et al (Org.). **Direito da Família**. Curitiba, PR: Clássica, 2014.

PERES, Ana Paula Artiston Barion. **Proteção aos Idosos**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 24.

ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade civil por omissão de cuidado inverso. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (Coord.). **A responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 311- 331.

SPEISS, Larissa. A responsabilidade civil dos filhos pelo abandono afetivo de pais idosos em asilos e a possibilidade de reparação. **Revista dos Tribunais**. Rio de Janeiro, v. 975, p. 155- 171, Jan. 2017.

ZANELLA, Liane Carly Hermes. **Metodologia de Pesquisa**. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 201

UMA ANÁLISE SOBRE O INSTITUTO DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL SEGUNDO A LEI Nº 13.465/2017.

VALDECIR DOS SANTOS LEAL¹
PAULO SÉRGIO LIMA DOS SANTOS²

Escola Superior Batista do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil.

Resumo: O título por possessão adversa soa, à primeira vista, como título por apropriação indébita, um método primitivo de aquisição de terras sem pagar por isso. Quando o novato é informado de que, pelo peso do autor, nem mesmo a boa-fé é um requisito, a doutrina aparentemente oferece uma instância anômala de amadurecimento de um erro em certo contrário a um dos axiomas mais fundamentais da lei. "Pois é verdade que nem a boa-fé pode fazer um título onde houver direito. Este estudo teve como objetivo geral, analisar os detalhes da Lei nº 13.465/2017 sobre a usucapião extrajudicial, além de verificar s preâmbulos normativos da usucapião extrajudicial; identificar a questão do Direito Adquirido na Lei nº 13.465/2017; e, avaliar a aplicação da Lei nº 13.465/2017 na cidade de Manaus. Para se atingir os objetivos foi realizada uma pesquisa bibliográfica por método indutivo que se inicia com uma afirmação particular, ou hipótese, e examina as possibilidades de se chegar a uma conclusão lógica específica, de acordo. O estudo conclui que o usucapião se afirmar com uma forma de aquisição da propriedade, móvel ou imóvel, em função da posse em um espaço temporal vinculante desde que atenda aos requisitos definidos da lei.

Palavras-Chave: Direito de propriedade, usucapião, processos extrajudiciais;

ABSTRACT

Abstract: Title by adverse possession sounds, at first glance, like title by embezzlement, a primitive method of acquiring land without paying for it. When the novice is told that, by the author's weight, even good faith is not a requirement, the doctrine apparently offers an anomalous instance of ripening from an error into a right contrary to one of the law's most fundamental axioms. "Because it is true that not even good faith can make a title where there is a right. This study aimed to analyze the details of Law nº 13.465/2017 on extrajudicial adverse possession, in addition to verifying the normative preambles of extrajudicial adverse possession; identify the question of the Acquired Right in Law nº 13.465/2017; and, to evaluate the application of Law nº 13.465/2017 in the city of Manaus. To achieve the objectives, a bibliographic research was carried out by inductive method that begins with a particular statement, or hypothesis , and examines the possibilities of reaching a specific logical conclusion, accordingly. The study concludes that adverse possession is affirmed as a form of acquisition of property, movable or immovable, depending on possession in a binding temporal space provided that it meets the requirements defined requirements of the law.

Keywords: Property right, adverse possession, extrajudicial proceedings;

¹O autor é aluno finalista do curso de direito da ESCOLA SUPERIOR BATISTA DO AMAZONAS – ESBAM.

²Orientador desse estudo

1 INTRODUÇÃO

A política de prescrição é algo que nem sempre é claramente apreciada. O ordenamento jurídico brasileiro civil observa que o mérito do possuidor não é demérito daquele fora de posse já que a política é recompensar aqueles que usam a terra de uma forma benéfica para a comunidade.

Isso leva muito em conta o caso individual. O estatuto não tem por objetivo recompensar o invasor diligente por seu erro, nem ainda para penalizar o negligente e proprietário adormecido por dormir sobre seus direitos; o grande propósito é para silenciar automaticamente todos os títulos que são aberta e consistentemente, a prova de títulos meritórios, e corrigir erros na transferência de propriedade.

A única coisa a ser observada é a posse do réu, não a falta de posse do autor. Uma posse que continuou por muito tempo sem interrupção, e que tem sido acompanhada por uma reivindicação ininterrupta de propriedade, deve prevalecer contra todo o mundo.

Embora, em geral, um ato tortuoso nunca possa ser a base de um título legal ou equitativo, mas se o exercício da propriedade aparente fez evidência conclusiva de título, este método de atacado necessariamente estabelece e acalma o mal junto com o bem.

Neste sentido, este estudo trata da usucapião como instituto de direito, que no Brasil pode ser requerido via judicial ou vi extrajudicial. Com isso esse estudo irá responder ao seguinte problema: quais as condicionalidades e especificidades contidas na Lei do instituto da usucapião que podem ser solicitadas viam extrajudiciais?

Para Assim Este estudo teve como objetivo geral, analisar os detalhes da Lei nº 13.465/2017 sobre a usucapião extrajudicial, além de verificar s preâmbulos normativos da usucapião extrajudicial; identificar a questão do Direito Adquirido na Lei nº 13.465/2017; e, avaliar a aplicação da Lei nº 13.465/2017 na cidade de Manaus.

A escolha em abordar este tema se dá pela preocupação da autora de verificar questões bem específicas contidas no ordenamento jurídico brasileiro com relação ao instituto da usucapião, especificamente aqueles que são solicitados via extrajudicial, regulamentos pela Lei nº 13.465/2017. Justifica-se no fato de que nos últimos anos as deficiências do sistema legal na proteção de direitos tem levado a muitas demandas na justiça e com isso avolumam o número de processos, a lei nº 13.465/2017 veio exatamente para reduzir o número de processos de usucapião âmbito judicial e dando celeridade a esses processos mais simples.

Para se atingir os objetivos foi realizada uma pesquisa bibliográfica por método indutivo que se inicia com uma afirmação particular, ou hipótese, e examina as possibilidades de se chegar a uma conclusão lógica específica, de acordo. O estudo conclui que o usucapião vem se afirmar como uma forma de aquisição da propriedade, móvel ou imóvel, em função da posse em um espaço temporal vinculante desde que atenda aos requisitos definidos da lei.

O método utilizado foi o método indutivo. O indutivo, ou indução, começa com uma afirmação particular, ou hipótese, e examina as possibilidades de se chegar a uma conclusão lógica específica, de acordo. O raciocínio indutivo é um método de raciocínio no qual um corpo de observações é sintetizado para chegar a um princípio geral (GIL, 2014).

Assim, é aplicado quando há pouca ou nenhuma literatura existente sobre um tópico, é comum realizar pesquisas indutivas porque não há teoria para testar. A abordagem indutiva consiste em três etapas: Observação (quando o pesquisador observa um evento); Observação padrão (quando se verifica a padronização em alguns eventos; e, desenvolvimento de uma teoria (quando se apresenta um nova forma de pensar sobre um evento) (MORAES, 2014).

A natureza da pesquisa foi exclusivamente qualitativa, pois, através dela foi possível pesquisar, compreender e interpretar o problema da pesquisa. A pesquisa foi descritiva, considerando que serão descritos todos os dados substanciais encontrados considerando que o objetivo geral é de analisar a questões referente ao instituto da usucapião em processos extrajudiciais (GIL, 2014).

A Pesquisa será de campo e bibliográfica, com características de estudo de caso, pois, trabalhará somente com um caso – a aposentadoria por idade com coleta de dados por meio de pesquisa bibliográfica. O tipo de pesquisa que será empregado neste é a pesquisa bibliográfica que servirá de aporte teórico para a comprovação das hipóteses aventadas (MORAES, 2014).

2 O DIREITO DE PROPRIEDADE

“Flutuando, de certa forma, nesse oceano de opiniões, sistemas e erros que o tempo levanta contra as instituições humanas, propriedade, abrigo, já dada pelos juriconsultos romanos, chegou até a sociedade moderna. E depois de receber tantos choques, ver-se ela se restabelecer no antigo santuário que lhe foi aberto pelos novos legisladores, e para fazer trabalhos laboriosos, diligentes e industriais ao agricultor; aumentar a riqueza, a

população, o comércio do Estado; ajuda manufaturas e belas artes, deleite da sociedade, restauração nas tristezas e inconveniências da vida; em uma palavra, propriedade, à sombra das leis, tornou-se o berço da felicidade”. Assim se expressou 1828 um comentarista italiano do Direito Civil francês, Liberatore, para quem a propriedade era uma espécie de poção legal com efeitos sociais maravilhosos: Graças a ela, a sociedade adquiriu um ar de serenidade pastoral e paz e eficiência entre os burgueses protegidos por uma instituição legal de raízes eternas (ANDERSON e LUECK, 2018).

No entanto, diante desse quadro bucólico e em movimento, outras vozes se levantaram para destruir esse lirismo. Rousseau, em uma passagem que escandalizou Voltaire disse que "O primeiro que, tendo cercado um terreno, teve a ideia de dizer 'Isto é meu' e encontrou pessoas bastante simples para acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassinatos, tosses, misérias e horrores não teriam poupado a raça humana aquele que, desenraizando os postes ou enchendo a vala novamente, se ele tivesse dito ao seu companheiros: 'Cuidado ao ouvir este impostor; você estará perdido se você esquecer os frutos (OLIVEIRA NETO, 2013).

Por outro lado, ele sustentou a evidência de que toda propriedade é roubo, e Marx acreditava que a alienação do homem não seria superada enquanto a propriedade não fosse abolida dos meios de produção (DOUGLAS, 2012).

Não há dúvida de que a propriedade é um tema que despertou a imaginação e criação de mitos da humanidade. Tanto aqueles que a elogiaram quanto aqueles que a atacaram contribuíram para o mito da propriedade. Outro quis dar-lhe um caráter decisivo na organização das relações humanas, para ambos os grupos, seus defensores e seus detratores, propriedade cumpre certa função quase religiosa: representa tudo o que é bom ou tudo o que é mau, dependendo da posição adotada (OLIVEIRA, 1994).

Sem dúvida, os mitos são elementos essenciais da vida humana e desempenham um papel insubstituível na compreensão vital de certas verdades que afetam os aspectos mais íntimos da condição humana. Mas quando uma auréola mítica é coberta por esses aspectos que não têm uma dimensão mítica, mas perfeitamente histórica e circunstancial, importante, produz-se uma grave distorção: o objeto do mito torna-se apenas um fetiche (GOMES, 2014).

De acordo com o exposto, chama-se propriedade aquele esquema de relações entre indivíduos em relação a um objeto, que foi legalmente definido e desenvolvido pelo Código Napoleônico CN e pelo jurista clássicos. Esta definição é aparentemente arbitrária, pois

privilegia o nome de "propriedade" a uma das formas históricas que assumem as relações sociais em torno dos objetos (NUNES, 2014).

No entanto, a propriedade liberal clássica à qual aludido representa um marco muito importante na história dessas relações e constitui a base de grande parte dos atuais Códigos Civis. Não há dúvida de que a propriedade privada só adquire sua forma acabada quando passa para uma sociedade de mercado, baseada na troca de propriedades individuais. Portanto, é a partir dessa concepção final de propriedade que se deve apreciar as transformações modernas desse direito: a propriedade napoleônica servirá como ponto de referência para abrir os desvios, modificações ou substituições feitas no tempo atual (MICELI, 2017).

O artigo 544 do CN define a propriedade como "o direito de desfrutar e dispor das coisas da maneira mais absoluta", que significa que essa propriedade contém dois direitos fundamentais: o direito de gozar; implicando usar a coisa (*fus utendi*) e perceber seus frutos (*fus fruendi*); e para dispor (*fus abutendi*) da coisa, ou seja, a possibilidade de transferir a propriedade para um terceiro (NASCIMENTO, 2012).

Uma maneira cada vez mais comum de ganhar aplausos fáceis é opor-se a esta afirmação alegando que ela foi ultrapassada pela realidade justamente porque nenhum desses direitos pode realmente ser exercido "absolutamente", mas dentro dos limites estabelecidos por lei (GONÇALVES, 2017).

No entanto, ainda que a ideia napoleônica de propriedade tenha sofrido profundas transformações, a objeção mencionada não parece muito inteligente. Parece implausível pensar que o legislador francês do século XIX quis criar um direito absolutamente irrestrito e fora da lei. Ao contrário, não há dúvida de que ele considerava que as limitações legais eram óbvias, mas não constituíam o essencial do imóvel. Esse mesmo legislador, ao longo do Código Civil, estabeleceu as condições em que o imóvel poderia ser usado e as formalidades de alienações e proibições ligadas à sua transferibilidade: o direito de alienação estava sujeita, sob pena de nulidade ou anulação da transferência, a qualquer uma série de normas do mesmo do Direito Civil (NADER, 2011).

Assim, o legislador do artigo 544 do CN entendia a propriedade como o direito de gozar e dispor de uma coisa da forma mais absoluta "dentro dos limites estabelecidos por lei". E se assim entende-se essa definição hoje; a crítica mencionada perde seu fundamento: a propriedade clássica admite certo regulamento, permite a sua adaptação legal com o bem social (VENOSA, 2016).

Uma vez esclarecido este aspecto, a definição do Código Francês tipifica natureza

deste direito: a propriedade é de fato o mais completo controle sobre uma coisa que a lei permite a um sujeito de direito. Dentro de um determinado ordenamento jurídico, levando em conta as escalas de poder individual que essa mesma ordem permite, será chamada de propriedade uma coisa que reúne o maior poder de uso e disposição sobre essa coisa. Em outras palavras, a propriedade é uma relação entre uma pessoa chamada de "sujeito ativo" e outras pessoas chamadas de "sujeitos tributáveis"; por aí uma coisa em relação à qual o sujeito ativo é reconhecido como tendo pleno poder (*plena in re potestas*) (BASTONE, 2016).

Isso significa que a propriedade é basicamente um direito de iniciação, um direito de agir independentemente, a seu próprio critério, em uma coisa; dentro do quadro estabelecido por lei. O Estado pode limitar ou condicionar o exercício do direito de utilização ou eliminação; mas não pode substituir o proprietário nestes direitos. Particularmente no que diz respeito ao direito de disposição - que é o mais característico da propriedade – ninguém pode forçar a transferência (GONZAGA, 2015).

Assim o único que pode tome a iniciativa, mesmo quando se deve se submeter a um conjunto de condições imposta pelo ordenamento jurídico. Desta forma, a propriedade é um direito essencialmente individualista, que confere poder de decisão ao indivíduo, que preserva ou isola dessa coisa as decisões dos outros. Está característica tem sido conhecida na doutrina como a exclusividade do proprietário e apenas o proprietário tem o direito de fazer uso dos direitos que o propriedade lhe concede (BATISTA, 2013).

A propriedade também precisa ser absoluta, em outro sentido deste termo. Ao contrário de um direito de crédito que só pode ser reclamado pelo devedor, a propriedade é oponível a todos, pois todos são obrigados a respeitá-lo, todo o resto do mundo é, de certa forma, um "devedor" ao proprietário (SILVA, s/d)

Por esta razão, ao contrário dos direitos relativos a um determinado devedor prejudicado, o imóvel se apresenta como um direito absoluto, não sujeito a um relacionamento em particular, mas pode ser usado contra qualquer pessoa, mesmo contra aqueles de quem não havia notícias até aquele momento (BUSSAD, 2008).

Finalmente, a propriedade liberal é caracterizada por sua perpetuidade e independência; É um direito de alienação puro e incondicional, não sujeito a prazo ou a ligações fora de sua própria natureza. Uma "propriedade" temporária não é uma propriedade no sentido clássico. Pode haver direitos reais de natureza temporária como usufruto, uso, etc. Mas o direito de propriedade não pode ser sujeita a fatores externos a ela mesma, por exemplo, não se pode dizer que uma pessoa só é proprietária no sentido

clássico na medida em que é ao mesmo tempo de trabalho da empresa e perdendo a qualidade de proprietário do ativos da referida empresa a partir do momento em que deixar de trabalhar para ela (GONÇALVES, 2012).

3 O QUE É USUCAPIÃO?

Diferente das limitações por acordos e limitações por consentimento, usucapião não se aplica apenas às invasões de proprietários adjacentes, mas também aos direitos do proprietário de qualquer terreno (MACEDO DE CAMPOS, 2013).

A usucapião ou como é chamada no direito internacional de posse adversa ocorre quando uma pessoa perde o título de propriedade porque outra pessoa ocupou a terra por um período mínimo que bastante entre os Estados Nacionais, resultando em uma sobreposição de descrições legais (REZENDE, 2017).

Além do requisito do espaço temporal e para ordenar que um indivíduo apreenda adversamente a terra de outro, também deve possuir a terra aberta, conspícua e visivelmente de tal forma que está em conflito com o direito de propriedade do proprietário (BRITO, s/d).

Portanto, A não pode possuir adversamente o terreno de B se A tiver permissão de B para estar em sua terra. Além disso, A deve possuir a terra continuamente por um período de tempo mínimo (que varia bastante, no caso do Brasil, 10 anos quando é usucapião for ordinária, ou seja, uma posse ininterrupta que pode ser reduzida para 5 anos quando existe um justo título, residência no local ou atividade de interesse social) que deve ser exclusiva para uso de terceiros (DINIZ, 2013).

É importante notar que desde B tem o título legal da terra, A deve fornecer claramente os requisitos para a o uso do usucapião. Além desses requisitos básicos para o usucapião, a lei exige que um possuidor adverso ocupe a terra por pelo menos 10 anos atender a cada um dos dois seguintes usucapião sob a escusa de direito ou usucapião injustificada (ANDERSON e LUECK, 2018).

A posse a escusa do direito se consolida quando um possuidor adverso pode reivindicar o imóvel de acordo com a justificativa legal se atender as seguintes duas condições: o possuidor adverso deve demonstrar que a reivindicação de título de terra é baseada em um documento registrado por escrito; o possuidor adverso deve acreditar genuinamente que o documento é a reivindicação correta de título (DINIZ, 2013).

O possuidor adverso deve mostrar posse da propriedade da terra por um mínimo de

5/10, e ter realizado algumas benfeitorias: Cultivando ou fazendo melhorias; protegendo-o com um invólucro substancial (geralmente uma cerca); se não for cercado, usar a terra para fornecer comida ou cercas, madeira para agricultura ou uso comum do ocupante; atualizando parcialmente uma parte do um lote reconhecido ou uma única fazenda, fazendo a parte não melhorada, se no costume da área, foi considerada ocupada (OLIVEIRA NETO, 2013).

Gomes (2014) diz que usucapião é uma anomalia na lei, na medida em que é um sistema pela qual um direito legal é obtido por meio de uma conduta que deve ser injusta. Essencialmente consiste na ocupação não permissiva de a terra de outro até que um estatuto de limitações impeça seu direito de recuperá-la.

Ao contrário da situação habitual de prescrição, em que apenas um proprietário é impedido, em usucapião o ocupante adquire uma afirmação de direito legal ativo, um título original em taxa simples. Claramente tão estranho e a doutrina drástica deve surgir de uma forte necessidade (OLIVEIRA, 1994).

A tentativa de proteger o ocupante ou punir o proprietário negligente não deve ser o motivo, embora alguns casos cheiram a isso. A doutrina surgiu na lei, não na equidade. Em vez disso, sugere-se que a posse adversa repousa em considerações de ordem pública: que o título de propriedade não deve ficar muito tempo em dúvida, que a sociedade se beneficiará do uso da terra que o proprietário deixa ociosa, e que terceiros que vir a considerar o ocupante como proprietário pode ser protegido (BRITO, s/d).

De alguma força também deve ser a noção de que a mera posse, em si um direito rudimentar em terra, poderia se metamorfosear em um direito mais formal se continuasse por muito tempo (REZENDE, 2017).

A usucapião moderna é a sucessora da dissidência em comum da lei, sendo comum referir-se ao possuidor adverso como "disseisor" e o proprietário desapropriado como "disseisee". Embora a seisin originalmente significava apenas posse que detona um arrendamento de propriedade, levando consigo os incidentes de feudalismo. Só no século XVIII se pensou em como um direito abstrato de propriedade no sentido moderno de "título". Um disseisin era uma eliminação indevida de seisin, não meramente um descarte. Ssensing, o que pode ser legítimo' e implicava tanto uma entrada quanto uma expulsar do domínio (ANDERSON e LUECK, 2018).

Diz-se geralmente que uma disseisin, não importa por quanto tempo continuou, não poderia dar título, o que não é surpreendente, considerando que seisin não era título do

resumo. No entanto, o comum da lei tinha prazos de prescrição para todas as ações de recuperação de terras, e, devido à natureza da *seisin*, o cerceamento do direito do único que derrotar o disseisor deu a este último uma espécie de título. Além disso, parece que, embora o disseisor não possa ser apreendido em seu próprio certo, ele poderia transmitir *seisin*. Os estatutos de prescrição variaram várias vezes ao longo de vários séculos até o período para trazer todas as ações para recuperar terra foi fixada em vinte anos em 1623 na Inglaterra e a partir daí todos os estados Nacionais criaram mecanismos jurídicos para determinar o período de prescrição (OLIVEIRA, 1994).

Este era o estatuto em vigor nos séculos XVIII e XIX é o que se chama de período do direito consuetudinário. O termo "posse indevida" parece ter sido usado pela primeira vez em 1757 no caso de Taylor Atkyns contra Horda. No Brasil, todo caso de usucapião envolve um estatuto. Isso não quer dizer que a qualidade da usucapião seja sempre regular por lei, mas sim que o período durante o qual a usucapião deve ser mantido para dar o título regido por estatuto (NUNES, 2014).

Muitas vezes se faz com que o pensamento de alguém considere os casos de usucapião como envolvendo questões de duas áreas distintas do direito: posse de bens imóveis e limitações nas ações (NASCIMENTO, 2012).

O Brasil tem uma lei que rege o Usucapião (desde o Código Civil de 1916) e a Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981. Além disso, existem dois outros estatutos menores que, embora não se preocupem com situações adversas, *seisin*, são abordados por causa de uma conexão lógica que simplesmente dispõe que todas as ações de recuperação de título ou posse de bens imóveis deve ser iniciado no prazo de 10 ou de 5 anos dependendo do caso (REZENDE, 2017).

4 RESULTADOS E DISCUSSÕES

a. Qualidade do título derivado de Usucapião

O título da terra é normalmente a questão envolvida em casos de usucapião, e é tão bem estabelecido no Brasil que a usucapião continuou para o período de limitações dá o título de que nenhuma autoridade precisa ser citada para isso como regra geral. O título obtido é original em taxa simples e é da mesma qualidade do título obtido por escritura. Portanto, não pode ser renunciado oralmente ou por atos, mas pode ser perdido ou desistido apenas nas formas que o título adquirido por escritura poderia ser, o que significa que pode

ser transmitida por escritura (MACEDO DE CAMPOS, 2013).

Desta forma o título de usucapião foi aperfeiçoado e apoiará afirmativamente uma ação para silenciar o título ou ejetar o proprietário do registro desapropriado. Porque o título do usucapião título está além da égide dos atos de gravação, a autorização do proprietário gravado, a alienação a um comprador de boa-fé não elimina tal título, embora não seja evidência disso que parece registrada (GONÇALVES, 2012).

Isso cria um problema para o título de examinador que a inspeção física do terreno nem sempre pode resolver, uma vez que o possuidor adverso não pode perdê-lo simplesmente desocupando a terra (BUSSAD, 2008).

Desta forma, sob a doutrina da usucapião, o ocupante de uma terra que não é o verdadeiro proprietário adquire o título da terra sem consentimento ou compensação ao proprietário 'verdadeiro' (NASCIMENTO, 2012).

Essa norma jurídica, encontrada tanto no sistema civil quanto no direito consuetudinário, especifica que, após certo período de tempo, muitas vezes denominado de prescrição ou prazo legal, nem mesmo o verdadeiro proprietário do imóvel pode ajuizar ação para expulsar um possuidor não autorizado. A usucapião impõe um estatuto de limitação ao direito do proprietário de intentar uma ação contra o possuidor (GONÇALVES, 2017).

A usucapião foi formalizada na lei comum inglesa em 1632 no Estatuto de Limitações. Enquadra-se no quadro da doutrina geral da prescrição, que fixa o prazo em que as partes devem seguir o exemplo para ajuizar uma ação. Após um certo período de tempo, uma pessoa, quer tenha adquirido a posse de uma propriedade com ou sem razão, deve ser protegida de ações para recuperar a posse da propriedade (NADER, 2011).

Para que as regras de usucapião sejam aplicadas, algumas condições inter-relacionadas devem ser atendidas. O possuidor deve deter o imóvel de forma efetiva, exclusiva, contínua, aberta e notoriamente adversa aos proprietários, pelo prazo estatutariamente definido. A interpretação dessas condições tem sido objeto de debate e a interpretação difere no direito internacional. Geralmente exige-se que o possuidor detenha a posse exclusiva de outrem por um período pelo menos tão longo quanto o estatutário, sem ser desapropriado (continuamente), de forma aberta e visual incompatível com o título do proprietário (adverso). e sem a permissão do proprietário (VENOSA, 2016).

Com exceção de variações nos períodos de tempo e outras pequenas diferenças, a doutrina da usucapião sob a lei comum não difere muito daquela encontrada na maioria dos sistemas de direito civil. Sob o sistema de direito consuetudinário, a usucapião também

fornece a um indivíduo um meio de adquirir o título por meio da posse de acordo com a lei (BASTONE, 2016).

A principal diferença entre a regra de usucapião dentro de países de direito civil e aquela encontrada sob baixa comum é o significado da distinção entre possuidores de boa e má-fé. No direito anglo-americano há um debate se a intenção do possuidor importa para a aplicabilidade da doutrina da usucapião. No Brasil, tanto a Lei nº 6.015/ 1973, quanto a Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981, além da Lei nº 13.465/2107 se consubstancia na intenção necessária, pois a posse equivocada não é considerada suficientemente hostil ao direito do proprietário (ANDERSON e LUECK, 2018).

A nova lei enfatiza que o estado de espírito do possuidor é irrelevante. Sob a nova norma, um possuidor de má-fé poderia adquirir a propriedade por usucapião. Uma pesquisa de Gonzaga (2015) indica que os tribunais tendem a decidir contra a concessão de títulos quando as invasões foram feitas intencionalmente, ao passo que o oposto é verdadeiro no caso de erros de boa-fé.

De acordo com a Lei da prescrição que estavam em vigor na Inglaterra antes de 1833, o efeito de permanecer na posse pelo período prescrito era impedir apenas o recurso da pessoa despossuída, não seus direitos (BATISTA, 2013).

Seu título permaneceu intacto. Se ele obtivesse a posse da terra de maneira legal, seu título prevaleceria contra o possuidor. De acordo com os estatutos em vigor desde 1833, o direito e o remédio extingue-se o proprietário desapropriado. A usucapião do direito romano, tal como adotada nos sistemas de direito civil, representa o que muitas vezes é chamado de prescrição aquisitiva no sentido de que a usucapião conferia um título positivo ao ocupante, que permaneceu na posse por certo tempo (SILVA, s/d)

A lei inglesa nunca adotou isso, especialmente no que diz respeito aos bens móveis, embora o tenha feito com lucros. Ao longo dos anos diversas justificativas econômicas para os estatutos de usucapião foram encaminhadas na literatura. O usucapião envolve uma importante redução dos custos das provas (OLIVEIRA NETO, 2013).

A evidência decai com o tempo, o que torna difícil julgar os casos depois de algum tempo. Portanto, não exigir que todas as partes mantenham todos os registros necessários para o litígio permite economia de custos. Este argumento não é inteiramente convincente. Hoje, pode-se supor que a tecnologia moderna permite a manutenção de registros eficiente e menos dispendiosa (OLIVEIRA, 1994).

Outra justificativa seria que os proprietários deveriam sofrer uma penalidade por

exercerem seus direitos. Eles devem receber incentivos para fazer uso de sua propriedade de forma eficiente (GOMES, 2014).

A objeção a esse argumento pode ser que ele assume que o proprietário original não estava maximizando o valor da propriedade ao não usá-la. Na maioria dos casos, no entanto, será difícil avaliar o uso mais valioso da propriedade, como pode ser no futuro. Então, o uso que maximiza o valor é esperar o momento ideal para agir (NUNES, 2014).

A posse adversa reduz os riscos associados à transferência de título. Ele contém um elemento de economia de custos de transação. Os custos de pesquisa e os custos de verificação são reduzidos, pois o potencial comprador tem a garantia da validade do título apresentado (DINIZ, 2013).

O potencial comprador que sabe que o atual possuidor ocupou o imóvel durante o período legal exigido tem a certeza de que o título que adquire é bom. Tome-se o exemplo de um jovem professor que deseja construir uma casa para constituir família com sua esposa (BRITO, s/d).

Ele tem sua mente fixada em certo pedaço de terra perto do campus universitário. À medida que as negociações começam, é importante que ele leve em consideração a natureza dos direitos à terra detida pelo vendedor. O vendedor/titular pode ser o verdadeiro proprietário do terreno, no sentido de que possui o melhor título legal sobre o terreno, ou pode ser apenas o possuidor do terreno, sendo apenas um ocupante do terreno. Quanto maior a incerteza da verdadeira propriedade da terra, menor será o preço da transação (REZENDE, 2017).

Nesse sentido, a usucapião é um dispositivo que reduz a incerteza quanto à pessoa que detém o título válido do imóvel em questão. Este exemplo também ilustra a importância de uma boa definição de Venosa (2016) de proteção dos direitos de propriedade. Isso se baseia na suposição de que, ao eliminar antigas reivindicações de propriedade, os custos de transação serão reduzidos.

Além disso, a usucapião pode aumentar a certeza, reduzindo os efeitos de erros e enganos. Miceli (2017) vê a doutrina da usucapião como uma solução para os problemas associados a erros de limites em imóveis.

De acordo com sua teoria, a usucapião tem uma dupla função no sentido de que não apenas cria incentivos para o possuidor evitar erros de limite antes de investir em desenvolvimento (a primeira melhor solução), mas ao mesmo tempo também mantém incentivos para o proprietário para mitigar os erros em tempo hábil após o possuidor ter

iniciado os desenvolvimentos (a segunda melhor solução), pois reduz a capacidade de um verdadeiro proprietário de extrair rendas de um possuidor que confiou em um erro para melhorar a propriedade (MACEDO DE CAMPOS, 2013).

A usucapião envolve essencialmente o seguinte compromisso de eficiência: um período legal mais curto reduz a incerteza quanto ao título em transferências subsequentes, enquanto um período legal mais longo reduz os custos para os proprietários protegerem suas terras de possíveis proprietários adversos (GONÇALVES, 2012).

A teoria econômica sustenta que quanto maior o benefício da redução da incerteza em relação à propriedade de um bem, menor deve ser o período de tempo exigido para usucapião (BUSSAD, 2008).

Um estudo bastante recente sobre os estatutos de prescrição nos diferentes Estados Nacionais fornece evidências empíricas sobre as várias diferenças e examina os determinantes da duração do período de ocupação nos estatutos de limitações de usucapião. Em primeiro lugar, observou-se uma relação negativa entre o valor da propriedade em uma nação e a duração do estatuto. Quando a propriedade tem grande valor, há simplesmente um retorno maior a ser obtido ao encerrar potenciais disputas sobre a propriedade que surgem de erros (MICELI, 2017).

Além disso, os custos dos erros são maiores quando o valor da propriedade é alto. Em tais circunstâncias, é recomendável que os requisitos de usucapião (duração, tipo de posse) sejam menos exigentes. No entanto, deve-se reconhecer que, se os valores da propriedade forem altos, os proprietários têm mais a perder com a usucapião (SILVA, s/d).

Em segundo lugar, foi encontrada uma relação positiva entre a densidade populacional e a duração do estatuto. À medida que a densidade populacional aumenta, mais transferências de propriedade ocorrem, o que aumenta a probabilidade de ocorrência de erros (na determinação de limites, identificação do titular do ladrilho, registro etc.). A duração do período de prescrição afetará os incentivos de várias maneiras (NASCIMENTO, 2012).

Assim, a introdução de um prazo de prescrição afetará as taxas de criminalidade e aquisição tortuosa. A possibilidade de se tornar um verdadeiro proprietário por mera usucapião aumenta o valor de um bem usufruído. Um ladrão que queira revender o bem roubado poderá cobrar um preço mais alto ao comprador sob um sistema em que este pode se tornar o proprietário legalmente incontestado depois de decorrido um curto período de tempo (GONÇALVES, 2017).

Além disso, prazos curtos de prescrição forçam os proprietários de bens perdidos, roubados ou alienados fraudulentamente a concentrar seus atos de busca e reintegração de posse em um curto período de tempo, o que leva a maiores custos de oportunidade de busca. Por outro lado, prazos curtos de prescrição proporcionam ao possuidor incentivos eficientes no que diz respeito ao investimento (NADER, 2011).

A duração do prazo legal também pode depender do tipo de propriedade e, mais precisamente, da possibilidade/desejabilidade de registro. Isso pode fornecer uma explicação para os longos períodos de prescrição para bens imóveis, conforme encontrado na maioria dos sistemas jurídicos. A possibilidade de pesquisar os registros prediais e verificar se o vendedor tem um título válido reduz substancialmente a incerteza do adquirente, desde que esses registros sejam fiáveis (BATISTA, 2014).

b. Regularização fundiária na cidade de Manaus

A Lei nº 13.465/2017 trata da regularização fundiária rural e urbana; também trata da liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e mais especificamente sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal. Também trata da questão da alienação de imóveis da União.

Seguindo a linha weberiana no estado do Amazonas foi estabelecido um modelo de Zoneamento Ecológico-Econômico definido pelo Serviço Geológico do Brasil - CPRM. Assim, o CPRM criou classes de propriedades que estão implantadas no Estado todo, mas principalmente no Distrito Agropecuário - DAS, que podem ser classificadas como:

a) Agroflorestal; b) Associação; c) Reserva; d) Órgãos Públicos; e) Agroindústria; f) Empresa; g) Médios Lotes; h) Pequenos Lotes; Agropecuária; Fazenda; k) Mineradoras l); e, Reflorestadoras (BARBOSA, s/d).

Essa classificação fundiária no DAS levou em consideração as ciências da Terra que devem procurar e delinear suas unidades areais e volumétricas impondo limites no continuum da superfície da área. Esse reconhecimento de padrões depende necessariamente de conceitos anteriores, enraizados na língua e na cultura, ou mais recentemente alcançados pela reflexão científica. As unidades expressam uma noção do que é teorizado como importante na paisagem. Uma vez que tais unidades discretas tenham sido identificadas, procedimentos sistemáticos podem ser invocados para transformá-los em classes de vários tipos em vários níveis de generalização e foi isso que foi feito (SUFRAMA, 2005).

Como as unidades de mapas em todas as escalas expressam categorias conceituais e como são geralmente referenciadas a classes ou tipos, não é inapropriado se referir aos esforços que produzem mapas de áreas como classificação de terras (SUFRAMA, 2005).

É importante reconhecer a diferença entre unidades biológicas típicas (os organismos discretos fornecidos) e unidades terrestres ecológicas (as áreas delineadas do terreno). Além disso, a percepção de qualquer tipo de unidade, seja organizacional ou geográfica, não é o resultado de certificação regida por regras formais (BRITO E BARRETO, 2011).

Cada um é reconhecido pela consciência dos níveis de organização e da interconectividade de partes e conjuntos. Na biologia, a existência de organismos individuais não é revelada pela aplicação a células, tecidos e órgãos justapostos de procedimentos formais de classificação. Da mesma forma, não se deve esperar que a manipulação de amostras contíguas da superfície da área por algoritmos formais produza automaticamente unidades terrestres com significado ecológico. Observe que estamos nos referindo aqui à identificação de unidades básicas e não à classificação. Dadas às unidades básicas, a classificação é possível através da comparação de seus atributos e foi assim que foi realizado no DAS, conforme Figura 1:

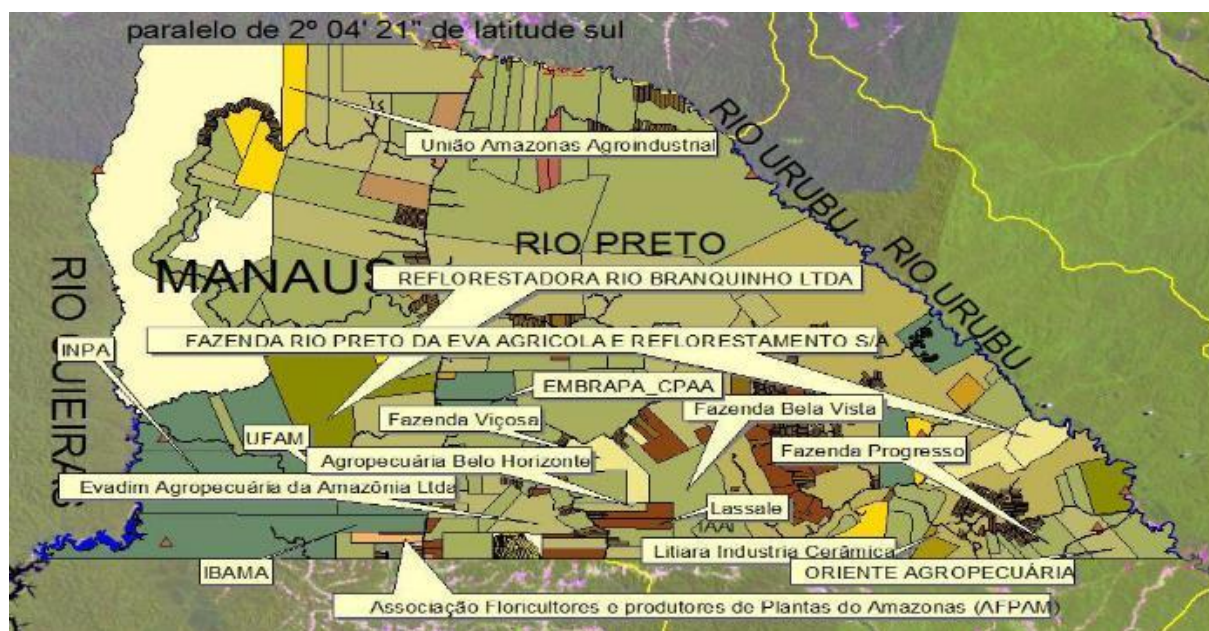


Figura 1 – Situação Fundiária do DAS
Fonte: COGEC/SUFRAMA (2018)

Como se pode observar na Figura 1, a situação fundiária no DAS, estão localizadas um diversidade muito intensa de atividades econômicas do setor primário que visa à demanda das cidades centro de suas funções - Manaus e Rio Preto da Eva. São quatro os tipos de ocupação da terra no DAS: a) propriedades com projetos aprovados, em

funcionamento, e titulação da terra providenciada; b) propriedades com projetos aprovados, em funcionamento, e titulação da terra ainda não providenciada; c) propriedades com projetos em fase de aprovação, mas em funcionamento, e ainda sem direito à titulação da terra; d) propriedades sem projetos e em fase de regularização, sob a supervisão da SUFRAMA (BRITO e BARRETO, 2011).

Assim no campo do processo negocial como processo de alcançar objetivos através de um acordo nas situações em que existam interesses comuns e divergências de ideias, interesses e posições. Existem alguns contextos que mostram a importância e a necessidade crescente de se negociar. Benson (2013, p. 25):

1) A economia moderna é dinâmica e competitiva; 2) Um novo estilo de negociação busca o máximo aproveitamento das potencialidades; 3) A nova estrutura organizacional, com o achatamento da pirâmide e diminuição dos níveis hierárquicos, em que as decisões em redes, equipes de trabalho e forças-tarefas, substituem as decisões de cima para baixo; 4) As consequências negativas ou os custos do progresso.

Assim o processo negocial se caracteriza pelo sistema ganha/ganha tem como ponto base que a efetividade de um acordo é produto de sua qualidade por sua aceitação. Qualidade significa atendimento dos interesses legítimos das partes e aceitação é a adesão emocional e comprometimento com o que ficou acordado. E isto só acontece quando se consegue manter o relacionamento em nível construtivo, apesar de todas as divergências e conflitos de interesses (ALFONSIN, 2001).

Ao considerar as diretrizes da SUFRAMA sobre a questão fundiária no DAS desconstruímos e fornecemos uma leitura crítica destas diretrizes e sugerimos um significado social, cultural e político mais amplo. A orientação explicativa das diretrizes fundiárias define as disposições dentro de um quadro empírico impulsionado pelo desejo de empreendedores do setor primário de terem maior acesso ao campo aberto (CAMPOS JÚNIOR, 2009).

Portanto, em vez de ser uma política abertamente política, as diretrizes da SUFRAMA no campo fundiário devem ser consideradas como o culminar de uma luta para alcançar esse desejo. O objetivo dos empreendedores do setor primário que promovem as contas de acesso ao campo no DAS durante a primeira metade da década de 1980 era permitir um direito geral de se estabelecer. Isso foi definido como um direito natural que havia sido tomado pelos proprietários de terras ao longo dos séculos. No Brasil, especialmente no Estado do Amazonas tem havido uma pressão contínua sobre os governos para concluir o trabalho inacabado da distribuição de terras no DAS de forma mais simples

em termos de concessão de acesso público a áreas abertas (FIGUEIREDO, 2008).

Embora mais conhecido por suas disposições relativas ao acesso a terras do DAS, as diretrizes da SUFRAMA também contém reformas nos direitos de passagem, conservação da natureza e designação da paisagem. Assim estabelece o novo direito estatutário. O exercício desse direito está sujeito a várias restrições, como proprietários de terras que podem excluir ou restringir atividades econômicas que tenham cunho de preservação ambiental. Reconhece-se, no entanto, que as diretrizes da SUFRAMA, moldam a cidadania e a territorialidade. Assim fica evidente que as normas fundiárias no DAS atuam sobre o comportamento no espaço, pois é claro que os comportamentos moldam e justificam as mesmas. Como resultado, sugere-se que uma legislação como nova possa ser vista como uma cristalização ou pontuação das contínuas lutas pelo acesso mais simples a terra (BRITO e BARRETO, 2011).

Quando dirigido especificamente ao solo e ao uso do solo, trata-se também de regular as relações sociais e o comportamento de indivíduos, grupos e sociedades. Ao fazê-lo, legitima e marginaliza de maneira diversa os comportamentos individuais e as reivindicações de interesses particulares. Portanto, argumenta-se que as diretrizes da SUFRAMA podem ser vistas como parte de um processo negocial de ceder e ganhar poder por meio de transações de direitos e obrigações (LEUZINGER, 2002).

Esses ganhos e perdas de formas de capital - que envolvem certas liberdades (simbólicas e práticas) é representado. São processos complexos, nos quais as liberdades sob o relacionamento com presentes envolvem restrições compensatórias (ALFONSIN, 2001).

Em termos políticos da terceira via, cada direito implica uma responsabilidade; cada capital implica uma dívida. Desse modo, também é fornecida uma desconstrução das implicações da política da Terceira Via, vinculando a noção de doação aos debates da cidadania contemporânea e à política do setor primário no Brasil. Essa mudança na regulamentação econômica e social das áreas rurais (principalmente agrícolas no DAS) a posse da terra deve ser facilitada pela pós-modernização progressiva das relações jurídicas. Portanto, argumenta-se que o antigo apego positivista do poder jurídico a partidos particulares ou facções de classe, que tradicionalmente caracterizam a propriedade da terra agrícola, está em processo de decomposição (CAMPOS JÚNIOR, 2009).

Em seu lugar, impulsionado pela ortodoxia de livre mercado da direita política na década de 1980 e no início da década de 1990, é uma estrutura mais fluida e flexível, na qual as questões de poder e o controle sobre a terra estão sujeitos a constante contestação e

negociação. Argumenta-se, também, que as relações de poder e as estruturas da sociedade estão mudando de tal forma que a noção de sociedade em si está ameaçada. Em vez disso, fluidez, mobilidades e relações contingentes entre sociedades estão substituindo a regulamentação pré-projetada ou de cima para baixo pelos estados-nação (FIGUEIREDO, 2008).

c. O procedimento da usucapião extrajudicial

A usucapião extrajudicial que possui opcional a usucapião judicial ocorre tão somente no Cartório de Registro de Imóveis, e surgiu como uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro dentro do novo Código de Processo Civil (art. 1.071 que adicionou o art. 216-A na Lei nº 6.015/1973), que significa a adição do paradigma de desjudicialização de procedimentos contidos na Emenda Constitucional nº 45/2004 (ANDERSON e LUECK, 2018).

Ressalta-se que no Brasil a via extrajudicial no caos da usucapião foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.977/2009, dando autonomia para as Serventias Extrajudiciais possam realizar esse tipo de serviço. No Brasil a usucapião extrajudicial era até então aplicada somente no ambiente urbano com meio de regularização fundiária (OLIVEIRA, 1994).

Assim a referida lei veio atender as políticas modernas de desenvolvimento no setor rural que postulavam a abertura da terra ao mercado poderia trazer mudanças positivas para a estrutura societária, uma vez que também contribuirá para a melhoria da produção, marketing, organização etc. Em outras palavras, esta nova proposta de desenvolvimento, além de oferecer maior certeza, também injeta dinamismo ao campo. Portanto, é necessário implementar uma série de reformas que visem a flexibilidade das formas de negociação e transferência de terras, bem como um processo de regularização fundiária que viesse para oferecer segurança (NUNES, 2014).

No Brasil, esses postulados que ganharam força na década de 1980 as bases para a reforma agrária com revogação da distribuição agrária, abertura das porções de terra sem utilização econômica ao mercado de terras; que origina essa lei bem como uma série de regulamentações que vêm moldar a nova política agrária do país. Encaixa salientar que é precisamente no âmbito da CF de 1988 que a base legal da propriedade e, portanto, onde os direitos tipos são indicados imóveis existentes no país (NASCIMENTO, 2012).

Essa reforma no início dos anos noventa causou grande comoção no país; políticos, organizações camponesas (governamentais e não governo), acadêmicos, etc. já que de alguma forma foi terminando o contrato social que existe na propriedade; houve até quem previu que no exato momento em que a lei agrária entrou em vigor, desapareceriam (NADER, 2011).

O debate originado pela reforma concentrou-se principalmente na revogação da distribuição agrária, que tem sido parte importante dentro da reforma agrária no Brasil e uma parte substancial da criação de porções de terra sem destinação econômica. No entanto, viu-se que após quase 5 anos que essa lei entrou em vigor, ainda existem porções de terra sem destinação econômica que responderam de acordo com sua vocação; é claro que os problemas do campo ainda são válidos, há pouca capitalização, o setor privado não se voltou para o campo como vinha sendo esperado, ainda há deficiências nos canais de comercialização, na organização, em treinamento, etc. (BATISTA, 2013).

A doutrina destaca que os benefícios da regularização da propriedade de forma extrajudicial em geral, proporciona aumento do investimento na exploração agrícola e/ou na habitação das famílias que recebem o título de propriedade, e melhores condições de acesso ao crédito por essas famílias, que agora podem oferecer garantias reais a instituições de crédito públicas e privadas. Silva (s/d) (2014) constatou que na América Latina a entrega de diplomas para pequenos produtores podem gerar aumentos significativos no investimento nas fazendas, na produtividade agrícola e na renda dos produtores, além de adicionar novos elementos a economia das pequenas cidades (MACEDO DE CAMPOS, 2013).

No entanto, pode demorar um pouco para que as melhorias de produtividade se tornem ostensiva, e que esses efeitos dependerão em cada caso específico também de outros elementos, como o acesso ao crédito, a oferta de insumos e as características dos mercados onde comercializar os bens produzidos. Oliveira Neto (2013) encontraram ampla evidência da existência de efeitos positivos na aplicação da nova lei derivados da formalização da ocupação, que se manifestam em níveis mais elevados de investimento, menor necessidade de atividades tendentes a proteger a posse (liberando mão de trabalho) e, em certos casos, uma melhoria da situação das mulheres.

Os autores supracitados alertam que a efetiva realização dessas vantagens está condicionada às condições socioeconômicas gerais e a natureza das políticas de intervenção. As evidências de que a entrega de títulos melhorou o acesso ao crédito são, segundo eles, insuficientes (GOMES, 2014).

Miceli (2017) céticos sustentam que os processos de titulação sejam por usucapião

(judicial ou extrajudicial) ou mesmo a doação de terras por parte do Estado contribui para aumentar a segurança na posse da terra, mas que Isso não necessariamente repercute em melhorias nos níveis de investimento ou no acesso a crédito.

A chave está, sublinham, em detectar em cada caso particular se a concessão do título realmente modifica a percepção do destinatário de que eles não serão despejados. Quando esse grau de segurança é alto, mesmo que não tenha direitos formalizados, os títulos não seriam importantes para alterar suas decisões de investimento em melhorias produtiva ou residencial (GONÇALVES, 2017).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Leis do usucapião existem desde Roma cujo objetivo é fomentar a atividade econômica, sendo importante de formular algumas considerações de ordem jurídica, política e operação sobre o assunto. Em matéria jurídica, seguindo praticamente à letra o procedimento na Lei, o usucapião está sujeito às questões fundamentais.

Alguns doutrinadores questionam sobre a legalidade de um procedimento administrativo que conclui privando o proprietário original de seu domínio, sem intervenção judicial, em clara contradição com a CF de 1988. Os Supremo Tribunal Federal – STF ainda não se debruçou sobre a matéria, mas inclinam-se diretamente para a inconstitucionalidade da regra com base:

- i. É inconstitucional por violação do direito de propriedade uma vez que administrativamente o registro de uma "escritura" está sendo organizado sem a devida intervenção do titular do domínio;
- ii. é inconstitucional porque confere à administração os poderes do Judiciário;
- iii. é inconstitucional porque é ignorado o princípio da igualdade perante o direito das pessoas na medida em que faz imóveis não urbanos que estão fora da proteção da norma;
- iv. é inconstitucional porque não respeita o princípio da igualdade das pessoas perante impostos e encargos público;
- v. é inconstitucional por não observar o princípio da igualdade antes da imposição de um prazo arbitrário.

Diante de tantas inconsistências, conclui-se o mais conveniente seria que a Lei fosse revogada para evitar um acúmulo esperado de litígios.

6. REFERÊNCIAS

ALFONSIN, B. de M. **Políticas de regularização fundiária: justificação, impactos e sustentabilidade.** In: FERNANDES, E. (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil.* Rio de Janeiro: Del Rey, 2001. p. 211-212.

ANDERSON, T. L/ LUECK, D), *Posse e Produtividade Agrícola em Reservas Indígenas'*, 35 *Journal of Law and Economics*, 427-454, 2018.

BARBOSA, E. B. **O distrito agropecuário da SUFRAMA 1975-2015.** Palestra. Versão digitalizada.

BASTONE, F. J. da C. **Ação do usucapião.** 5 ed. Rio de Janeiro, Rodrigues Alves, 2016.

BATISTA, A. **Posse, possessória e usucapião.** 2 ed. São Paulo: Letras & Letras, 2013.

BENSON, K. **Como negociar com êxito.** São Paulo. Summus, 2013.

BRASIL, **Lei nº 13.465/2017.** Brasília: Congresso Nacional, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em <http://www.congressonacional.gov.br> Acesso em 10 de mar de 2022

BRASIL. **Medida Provisória 2.220/2001.** Brasília: Presidência da República/Congresso Nacional, 2001. Disponível em <http://www.senadofederal.gov.br> Acesso em 10 de mar de 2022

BRITO, A. L. de. **Usucapião em cartório: novidade do novo Código de Processo CivilP.** Disponível em <<https://annelbrito.jusbrasil.com.br/artigos/198345699/usucapiao-em-cartorio-novidade-do-novo-codigo-de-processo-civil>> Acesso em em 10 de mar de 2022.

BRITO, B.; BARRETO, P. **A regularização fundiária avançou na Amazônia? Os dois anos do Programa Terra Legal.** 72 p.; 21,5x28 cm ISBN 978-85-86212-39-0, 2011.

BUSSAD, W. **Usucapião interpretado pelos tribunais.** 2. ed. Rio de Janeiro, 2008.

CAMPOS JÚNIOR, R. A. de. **O conflito entre o Direito de Propriedade e o Meio Ambiente: A questão da indenização das áreas de preservação florestal.** 1 ed. 5ª reimpre. Curitiba: Juruá, 2009.

DINIZ, M. H. **Posse e Propriedade** 4 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

DOUGLAS, G. *Arquivo de Notificação e o Problema da Propriedade Ostensiva'*, 12 *Journal of Legal Studies*, 53-67, 2012.

FIGUEIREDO, G. J. P. de. **A Propriedade no Direito Ambiental.** 3 ed. rev. at. e ampl.. São Paulo: RT, 2008.

GOMES, R. Posse Adversa e Lei de Perpetuidades: Dois Dentes no Modelo Libertário de Direitos de Propriedade', 64 Washington University Law Quarterly, 723-737, 2014.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. vol. 5. 4 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, C. R. **Sinopses Jurídicas - Direito das Coisas**. Volume 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

GONZAGA, V. **Usucapião - doutrina e processo**. São Paulo : Editora de Direito, 2015.

LEUZINGER, M. D. **Regularização Fundiária das unidades de conservação brasileiras**. In: Anais do III Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação. Vol.1 – Trabalhos Técnicos. Fortaleza: Rede Nacional Pró-Unidades de Conservação: Fundação O Boticário de proteção da natureza: Associação Caatinga, 2002, p.809-810.

MACEDO DE CAMPOS, A. **Procedimentos especiais**. 2. ed. São Paulo, Sugestões Literárias, 2013.

MICELI, T. J. **Economics of the Law**, Nova York e Oxford, Oxford University Press, 2017.

NADER, N. **Usucapião de imóveis**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NASCIMENTO, T. M. C. **Usucapião**. 7. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2012. NUNES,

P. **Do usucapião**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

OLIVEIRA NETO, A. N, de. **Usucapião de bens imóveis**: aspectos de direito material. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 689, p. 25-37, mar. 2013.

OLIVEIRA, A U. de. **Usucapião urbano e rural**. 4. ed. Presidente Prudente, Data Juris, 1994.

REZENDE, A. V. **A posse e sua proteção**. São Paulo, 2017.

SILVA, R. I. da. Usucapião de imóveis e suas espécies. Disponível em: <<https://rafaelioriatti.jusbrasil.com.br/artigos/200682523/usucapiao-de-imoveis-e-suas-especies>> Acesso em 10 de mar de 2022.

SUFRAMA. **CPRM - Serviço Geológico do Brasil**. Zoneamento Ecológico-Econômico do Distrito Agropecuário da Suframa: Textos, Mapas & SIG. Tomo IV: Meio Socioeconômico - Socioeconomia. Manaus: Suframa, 2005.

SUFRAMA. **Regularização fundiária no DAS**. Manaus: Suframa, 2018.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil - Direitos Reais**. Volume V. 6ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.



Localização:
Rua Leonor Teles, 153,
Conjunto Abílio Nery – Adrianópolis
CEP: 69057-510 – Manaus, Amazonas.

Telefone:
+55(92)3305-1800/1801/1803

www.esbam.edu.br