

DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares



Volume 17 - Número 1 - jan./dez. 2022



FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

ISSN 1980-0878



DIREITO E SOCIEDADE
Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 17 – Número 1 – jan./dez. 2022

UF **UNIFIPA**
CENTRO UNIVERSITÁRIO PADRE ALBINO
CATANDUVA/SP



DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Publicação do Curso de Direito com objetivo de divulgar trabalhos acadêmicos que contribuam para a reflexão e o debate jurídico e social, por meio de temas interdisciplinares relacionados ao direito, à administração, sociologia, história, literatura, economia e áreas afins.

FUNDAÇÃO PADRE ALBINO

Conselho de Administração

Presidente: Antonio Hércules

Diretoria Administrativa

Presidente: José Carlos Rodrigues Amarante

Centro Universitário Padre Albino

Reitor: Nelson Jimenes

Pró-Reitora e Diretora de Educação: Cristiane Valéria da Silva Procópio de Oliveira

Pró-Reitora Acadêmica e Pró-Reitora de Graduação: Maria Cláudia Parro

Coordenador do curso de Direito: Luis Antonio Rossi

DIREITO E SOCIEDADE

Editor chefe: Ana Paula Polacchini de Oliveira

Conselho Editorial

Ana Paula Polacchini de Oliveira – Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Carolina Piccolotto Galib – Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCAMP)

Cristiane Miziara Mussi - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFFRJ)

Luís Antônio Rossi - Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Marcelo Grimone - Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Marcelo Truzzi Otero - Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

Desenho de logomarca (capa): Fábio Guilherme Marssari

Editoração de Revistas

Marisa Centurion Stuchi (Analista Técnico)

Os textos publicados neste periódico são de inteira responsabilidade de seus autores.

Permite-se a reprodução desde que citada a fonte.

Pede-se permuta.

D598 Direito e Sociedade. Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares / Centro Universitário Padre Albino, Curso de Direito. - - Vol. 17, n. 1 (jan./dez. 2022) - Catanduva: Centro Universitário Padre Albino, Curso de Direito, 2006-

Anual.
ISSN 1980-0878

1. Direito - periódico. I. Centro Universitário Padre Albino. Curso de Direito.
CDD 340

Endereço para correspondência: Rua do Seminário, 281. CEP 15806-310 - Catanduva-SP, Brasil.
Tel.: (17) 3522-2405. E-mail: ana_polacchini@yahoo.com.br

Sumário

Apresentação

Os Editores..... 05

Artigos

A inteligência artificial como ferramenta auxiliar para a efetividade do sistema de precedentes pelos Tribunais Superiores

Ana Julia Buniak Pinto, André Rocha Gil Martins, Lauana Gleides Andrade, Lucas Martins da Costa Ferreira, Lucas Henrique Costa da Silva, Matheus Mendes Marques, Thaise Cristina Condelechi, Álvaro José Haddad de Souza, Alexandre Fontana Berto, Leila Renata Ramires Masteguin, Alexandre Fontana Berto..... 07

Direito sucessório no universo do direito digital

Cláudia Cavallini, Daniel Monteiro, Guilherme Balastegui de Oliveira, Hágata Fernandes Moreira, João Vitor Theodoro, Livia Camillo Guerbias, Matheus Mendes Marques, Maria Eduarda Giacomo, Rafaela Cecília Milan, Victor Henrique Stausser Oliani, Victória Vieira Gonçalves, Thayane Zarbim, Paloma Fernandes Lins, Jefferson Lucas Monsani Alves, Amanda Sanchez, Luís Antônio Rossi 19

Lei geral de proteção de dados pessoais na esfera educacional: proteção e tratamento de dados, suas diretrizes e limitações

Abner Carlos Barbieri, Ana Júlia Buniak Pinto, Anderson Renato Mendes de Oliveira, André Rocha Gil Martins, Ana Alice Vaz, Ana Clara Gomes Balbino, Daniel Monteiro Francisco, Emílio Danin, Gabriela da Silva Rinaldi, Graziela Cristina Nezinho, Guilherme Balastegui de Oliveira, Igor José Martinez, Isabella Garcia dos Santos, Isabelle Anastácio, Izabelle de Souza Afonso, João Vitor Marquezini Theodoro, Júlia Ferreira, Karolina Pavanatto Devietto, Letícia Graziela Ferreira Vilela, Lauana Gleides Andrade, Lucas Henrique Costa da Silva Ramos, Maria Eduarda Bezerra Marcos, Maria Eduarda Giacomo, Maria Beatriz dos Santos, Mariana Ferraz Ribeiro, Marina Costa Ribeiro, Matheus Mendes Marques, Rafaela Cecília Milan, Tulio Andreghetto Machado, Yan Martins, Paloma Fernandes Lins, Isabela Zatti Perin, Isabella Souza Rainho de Oliveira Poli, Amanda Sanchez, Leila Renata Ramires Masteguin, Luís Antônio Rossi 33

Lei geral de proteção de dados (Lei nº 13.709/2018): impactos nas relações de trabalho e a implantação para pequenas e médias empresas

Amanda Ribeiro Bertin, Ana Clara Gomes Balbino, Geovana Aparecida Paulino Soares, Luiz Henrique Ramos de Lima, Matheus Mendes Marques, Maria Eduarda Bezerra Marcos, Tulio Andreghetto Machado, Marcus Vinicius dos Santos Novaes, Leila Renata Ramires Masteguin, Kleber Henrique Saconato Afonso..... 48

Interferências de aspectos inconscientes nas decisões judiciais

Ana Beatriz Pissolito, Isabela Katarina Marques, Maria Clara Tinti Crepaldi, Carina Alaminio Trida, Marcus Vinicius dos Santos Novaes, Alexandre Fontana Berto 56

Garantia de direitos e humanização de medidas socioeducativas: SINASE e as medidas protetivas no Brasil

Ana Clara Gomes, Claudia Cavallini, Gabriela Rinaldi, Giuliana Valério, Helena Araújo Lúcio Almeida, Ingrid Vitoria de Queiroz, Isabela Baptista Olivio, Isadora Gabriel Fernandes, Marcela Scaldelai, Matheus Mendes Marques, Monielli Peres, Thamy de Fátima Segundo, Ana Paula Polacchini de Oliveira 69

A lei da alienação parental como possível instrumento de violação dos direitos da mulher

Ana Alice Vaz, Isabelle Anastácio, Izabelle Afonso, Mario Quiudini Neto, Márcia Maria Menin, 80

Uma crítica feminista à extinção do direito aos alimentos à mulher em decorrência do fim da conjugalidade

Lara Souza Doti 90

O atual estado da arte do registro civil da pessoa intersexo

Marcia Maria Menin, Ana Luiza Bacic De Carvalho, Eduardo Serpa Rocchi 106

A ata notarial como meio de prova

Assuero Rodrigues Neto 113

Chamada por trabalhos..... 124

Apresentação

É com entusiasmo que o Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) e o curso de Direito apresentam o décimo sétimo volume da revista “DIREITO E SOCIEDADE - Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares”. O periódico anual veicula, desta vez, dez artigos científicos que abordam temas atuais e relevantes do Direito, produzidos por docentes, discentes e egressos do curso.

Os direitos humanos e as metodologias de trabalho são uma preocupação permanente que têm como resultado textos técnicos e compatíveis com as linhas de pesquisa do curso: direitos fundamentais e história do direito. Esse alinhamento da revista “Direito e Sociedade” contribui com a formação e o processo reflexivo e crítico dos acadêmicos e incentiva a atividade de pesquisa de todos os envolvidos. Os artigos exploram questões normativas e conectam saberes em temáticas contemporâneas e desafiadoras.

Os textos abordam o exercício dos direitos pela sociedade de um modo geral, bem como seu reconhecimento e efetivação no âmbito de grupos vulneráveis, mais especificamente dos direitos de crianças e de adolescentes, das mulheres e de pessoas intersexo. Tratam ainda da interpretação da legislação em vigor, dos desafios do direito digital e da LGPD, bem como da produção de atos notariais e a condução do processo. Além dos propósitos que têm norteado a produção acadêmica e os desafios a ela inerentes, ao processo de pesquisa e produção científica acrescentam-se os enfrentamentos decorrentes dos fenômenos instaurados a partir da pandemia do Covid-19. Desenvolver a atividade de pesquisa nesse contexto exigiu incorporar elementos e variáveis ainda não pensados.

Esse volume tem início com o artigo intitulado “A inteligência artificial como ferramenta auxiliar para a efetividade do sistema de precedentes pelos tribunais superiores”. De autoria coletiva e coordenado pelo professor Alexandre Fontana Berto, o texto volta-se ao princípio da segurança jurídica e analisa o uso da inteligência artificial como ferramenta para a atuação dos Tribunais Superiores na formação de sistemas de precedentes.

O segundo texto, também coletivo, é coordenado pelo professor Luís Antônio Rossi e ingressa no direito digital, dando continuidade a pesquisas já realizadas sobre o assunto. Denominado “Direito sucessório no universo do direito digital” o texto faz uma abordagem histórica, dedutiva e analítica do direito sucessório e discute a herança digital e a proteção da personalidade.

O terceiro e quarto artigos do volume abordam a lei geral de proteção de dados (LGPD). Sob a coordenação também do professor Luís Antônio Rossi e sob o título “Lei geral de proteção de dados pessoais na esfera educacional: proteção e tratamento de dados, suas diretrizes e limitações” o artigo analisa as exigências impostas pela LGPD para o tratamento de dados pessoais e sensíveis no setor da educação.

Em seguida o quarto artigo, também coletivo, e coordenado pelo professor Kleber Henrique Saconato Afonso, trata da LGPD nas relações trabalhistas e a sua implantação em pequenas e médias empresas. Ao editar a Resolução nº 2/2022 a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) passou a regulamentar a atuação de pequenos empreendedores no tratamento, armazenamento e compartilhamento de dados pessoais.

O quinto artigo ingressa no direito processual e, mais especificamente, na produção de decisões judiciais. Coordenado pelo professor Alexandre Fontana Berto e intitulado “Interferências de aspectos inconscientes nas decisões judiciais”, o texto considera que a condição humana e a subjetividade composta de emoções, sentimentos, histórias e dinâmicas interferem, mesmo que de forma inconsciente, na interpretação do direito e na tomada de decisões. O artigo discute o tema para identificar fatores inconscientes que interferem nesse processo.

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) é assunto do sexto artigo desse volume. Coordenado pela professora Ana Paula Polacchini de Oliveira e sob o título “Garantia de direitos e humanização de medidas socioeducativas: SINASE e as medidas protetivas no Brasil” discute as medidas de proteção previstas no artigo 101 do ECA, utilizadas nas ocasiões em que os direitos de crianças e adolescentes são ameaçados, quando aplicadas no âmbito do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

O artigo “A lei da alienação parental como possível instrumento de violação dos direitos da mulher” é o sétimo artigo desse volume. Sob a coordenação da professora Marcia Maria Menin o texto faz uma revisão de literatura e descreve os movimentos favoráveis e contrários à mencionada lei para analisar a manutenção de estereótipos de gênero e a lei como possível instrumento para violação de direitos das mulheres.

Ainda na temática dos direitos da mulher, a advogada e pesquisadora Lara Souza Doti contribui com o oitavo artigo da revista. Com o texto “Uma crítica feminista à extinção do direito aos alimentos à mulher em decorrência do fim da conjugalidade” a egressa do curso de Direito faz uma abordagem feminista das normas aplicáveis, da jurisprudência dos tribunais brasileiros e dos dados do Registro Civil para tratar do fim da conjugalidade e o direito aos alimentos. O texto discute o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à limitação temporal para o pleito da prestação alimentar entre ex-cônjuges e o princípio da solidariedade.

O artigo seguinte, coordenado pela professora Marcia Maria Menin, discute o direito à identidade da pessoa intersexo. Intitulado “O atual estado da arte do registro civil das pessoas intersexuais” aborda as últimas modificações na legislação aplicável, bem como as questões médicas sobre intersexualidade e suas implicações no direito.

O artigo “A ata notarial como meio de prova” fecha esse volume. De autoria do professor Assuero Rodrigues Neto o texto propõe uma reflexão para além dos meios tradicionais de prova e analisa a ata notarial utilizada para esse fim, após a sua introdução pela lei 8.935/94. Como instrumento dotado de fé pública, a verdade ou fato por ela narrado, a ata notarial pode ser meio eficaz de prova para no âmbito da internet.

O Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) tem incentivado a investigação e a divulgação científicas, ações fundamentais para, juntamente com o ensino e a extensão, promover uma formação de excelência e contribuir para o desenvolvimento local e regional. Esse propósito reverbera no periódico agora disponibilizado.

Boa leitura!

Os Editores.

A inteligência artificial como ferramenta auxiliar para a efetividade do sistema de precedentes pelos Tribunais Superiores¹

ANA JULIA BUNIAK PINTO
ANDRÉ ROCHA GIL MARTINS
LAUANA GLEIDES ANDRADE
LUCAS MARTINS DA COSTA FERREIRA
LUCAS HENRIQUE COSTA DA SILVA
MATHEUS MENDES MARQUES
THAISE CRISTINA CONDELECHI

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

ÁLVARO JOSÉ HADDAD DE SOUZA

Advogado. Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões pela mesma instituição. Professor do curso de graduação do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) de Catanduva-SP.

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

ALEXANDRE FONTANA BERTO

Advogado. Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino na área de concentração de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Professor dos cursos de graduação do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) de Catanduva-SP e do Instituto Municipal de Ensino Superior.

Resumo: O objeto deste trabalho refere-se ao uso da inteligência artificial pelos Tribunais Superiores e o impacto na aplicação dos precedentes judiciais. O Código de Processo Civil de 2015 positivou um sistema de precedentes formado de súmulas e padrões decisórios os quais devem ser observados pelos julgadores ao proferir qualquer decisão judicial. Notadamente a intenção do legislador foi, além de trazer maior segurança jurídica ao ordenamento, solucionar processos em massa. A atuação dos Tribunais Superiores é de extrema importância para a formação das súmulas e padrões decisórios previstos na legislação processual. Tais tribunais têm investido na inteligência artificial, desenvolvendo sistemas que auxiliam no julgamento de recursos, principalmente no que tange aos requisitos de admissibilidade. É sobre essa nova realidade que o presente trabalho se volta a analisar: a utilização da inteligência artificial, pelos Tribunais Superiores, como ferramenta auxiliar na aplicação dos precedentes judiciais.

Palavras-chave: Inteligência artificial. Decisão judicial. Precedentes judiciais.

Abstract: The object of this work is the use of artificial intelligence by the Superior Courts and the impact on the application of judicial precedents. The Civil Procedure Code of 2015 established a precedent system formed by precedents and decision-making standards which must be observed by judges when rendering any judicial decision. Notably, the legislator's intention was, in addition to bringing greater legal certainty to the order, to solve mass cases. The performance of the Higher Courts is extremely important for the formation of precedents and decision-making standards provided for in procedural legislation. Such courts have invested in artificial intelligence, developing systems that assist in the judgment of appeals, especially with regard to admissibility requirements. It is on this new reality that the present work turns to analyze: the use of artificial intelligence, by the Superior Courts, as an auxiliary tool in the application of judicial precedents.

Keywords: Artificial intelligence. Judicial decision. Court precedents.

Introdução

Uma das grandes lutas travadas pelo Poder Judiciário consiste na redução do excessivo número de processos que tramitam perante o Poder Judiciário. Por conta dessa superlotação, a morosidade se tornou a grande característica do judiciário brasileiro. Diversas foram as mudanças legislativas, aperfeiçoamento de sistemas, mudanças nos procedimentos, dentre tantas outras tentativas para vencer o número excessivo de processos. O Código de Processo Civil de 2015 (CPC) foi estruturado com a tônica de trazer maior celeridade na tramitação do processo.

Uma das novidades do CPC certamente foi a estruturação de um sistema de precedentes judiciais, baseado na experiência brasileira com o uso da jurisprudência a partir da segunda metade do século XX, bem como do uso das

¹ O presente artigo é resultado do estudo desenvolvido no projeto de pesquisa intitulado "O uso da inteligência artificial pelos Tribunais Superiores", no ano de 2022, sob orientação do Professor Doutor Alexandre Fontana Berto, com auxílio do Núcleo de Pesquisa do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP, PESQDIR2021925.

técnicas de julgamento em massa. Tais técnicas foram criadas com a intenção de trazer maior segurança jurídica, mas, também, de reduzir processos.

De outro lado, o crescente desenvolvimento da tecnologia que possibilitou o aperfeiçoamento da inteligência artificial (IA) tem cada vez mais adentrado na atividade jurisdicional brasileira. Alguns tribunais estão adotando tal tecnologia para a administração dos processos, chegando, inclusive, a utilizá-las em decisões judiciais. Há programas capazes de detectar certas expressões em petições e recursos, e, automaticamente, é possível criar um padrão de decisão baseada nos precedentes judiciais de acordo com os algoritmos. Assim, o trabalho que era feito pelo operador do direito, sobretudo para negar seguimento a recursos endereçados a Tribunais Superiores passou a ser feito por softwares, consubstanciando na mecanização dos processos.

A atividade jurisdicional acaba por criar uma linguagem nova para a discussão do direito, cada vez mais baseada nos algoritmos e detecção de expressões que ensejarão o uso ou não do precedente judicial de força vinculante.

Todo esse movimento tem uma justificativa: o citado contingenciamento de processos que abarrotam cada vez mais o Poder Judiciário.

Dentro desse cenário, a presente pesquisa se volta para a análise da IA como mecanismo para elaboração de decisões judiciais e o impacto da aplicação dos precedentes judiciais em tais decisões, no âmbito dos Tribunais Superiores.

Acesso à justiça e a tecnologia

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, dispõe sobre o acesso à justiça. Sendo utilizado frequentemente como sinônimo de acesso aos tribunais, é possível encontrar algumas dificuldades para a definição desta garantia constitucional, em razão de sua amplitude e, ainda, das transformações processuais e reformas na estrutura do sistema de justiça.

Previsto pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto de São José da Costa Rica, o acesso à justiça trata-se, em linhas gerais, de um direito inerte ao cidadão que tem como finalidade o acesso a um sistema que possibilite a resolução de litígios a partir da atividade do Estado, cujo objetivo será o de produzir resultados socialmente justos. Neste ponto, de acordo com a lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.²

Ainda, conforme expõem Cappelletti e Garth, o movimento de acesso à justiça pode ser dividido em três ondas, que são caracterizadas por soluções para determinados obstáculos à efetivação do direito. A primeira onda é marcada essencialmente pela defesa de cidadãos hipossuficientes, de modo que o judiciário deixa de ser visto como filantropia. A segunda onda é caracterizada pela defesa de interesses coletivos e difusos, sobretudo de grupos sociais mais vulneráveis. Já a terceira, tem por objetivo expandir a ideia clássica de resolução de litígios, de modo que passa a desenvolver um conjunto integrado de resolução de conflitos, ou seja, os meios alternativos³.

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 11-12.

³ *Ibid.*

No Brasil, a discussão acerca do acesso à justiça se diferenciou do movimento internacional, uma vez que havia a necessidade de expansão de direitos básicos aos quais a maioria da população não tinha acesso. Neste sentido, Eliane Botelho Junqueira nos ensina:

A princípio, poder-se-ia imaginar que o interesse dos pesquisadores brasileiros sobre este tema nos anos 80 estivesse diretamente relacionado com o movimento que havia começado na década anterior em diversos países do mundo, o “access-to-justice movement”, o qual, no plano acadêmico, havia justificado o Florence Project, coordenado por Mauro Capelletti e Bryant Garth com financiamento da Ford Foundation. No entanto, a análise das primeiras produções brasileiras revela que a principal questão naquele momento, diferentemente do que ocorria nos demais países, sobretudo nos países centrais, não era a expansão do welfare state e a necessidade de se tornarem efetivos os novos direitos conquistados principalmente a partir dos anos 60 pelas “minorias” étnicas e sexuais, mas sim a própria necessidade de se expandirem para o conjunto da população direitos básicos aos quais a maioria não tinha acesso tanto em função da tradição liberal-individualista do ordenamento jurídico brasileiro, como em razão da histórica marginalização sócio-econômica dos setores subalternizados e da exclusão político-jurídica provocada pelo regime pós-64.⁴

Ocorre que, apesar disso e da previsão constitucional acerca do direito de acesso à justiça, o Poder Judiciário brasileiro tem enfrentado um grande problema nas últimas décadas, que é caracterizado pela questão da morosidade, ligada ao fenômeno da hiper judicialização, uma vez que o país apresenta um elevado número de processos judiciais, mesmo com o incentivo de métodos consensuais e extrajudiciais de resolução de conflitos.

Nesse ponto, ressalta-se que o último relatório “Justiça em Números”, do Conselho Nacional de Justiça, elaborado no ano de 2021, que analisou os dados referentes ao ano de 2020, demonstrou que no ano de 2020 tramitaram no Poder Judiciário 75,4 milhões de processos⁵. Embora o número tenha reduzido em relação ao ano anterior, ainda assim a quantidade de processos é assustadora, o que dificulta, sobremaneira, a concretização do acesso à justiça.

Para enfrentar esta situação, uma das alternativas foi a de investir em recursos materiais e humanos. Neste ponto, importante trazer à baila a defesa de Boaventura de Souza Santos acerca de algumas mudanças para o judiciário:

Considero, por isso, essencial a adoção de medidas que visem, designadamente, a alteração dos métodos de trabalho, uma nova organização interna dos tribunais, maior eficácia na gestão de recursos humanos e materiais e de fluxos processuais e uma melhor articulação dos tribunais com outros serviços complementares da Justiça.⁶

A Lei do Processo Eletrônico (Lei nº 11.419/2006) pode ser vista como um dos marcos na tentativa de suavizar este problema, uma vez que, a partir dela, processos em geral passaram para a fase de conclusão em um menor período de tempo. Em contrapartida, ainda existem medidas possíveis de serem tomadas, a fim de que possibilitem maior celeridade processual. Neste sentido, Ricardo Villas Bôas Cueva defende:

Paralelamente, o atual estágio da sociedade da informação demanda a modernização do Estado, não apenas para fazer frente a esse número expressivo de demandas, como também para possibilitar a mineração de dados estratégicos para o planejamento da gestão. Nesse contexto, o uso da tecnologia não é apenas uma realidade, mas uma necessidade.⁷

Além disso, foram implantados alguns sistemas que facilitam o trabalho dos servidores, o acesso dos jurisdicionados e advogados aos órgãos jurisdicionais e que aceleram a tramitação dos processos, como, por exemplo: (i) o “balcão virtual”, estabelecido pela Resolução n. 372/2021, do CNJ através do qual é possível o contato entre advogados e servidores por meio eletrônico, sem a necessidade, portanto, da presença física na dependência dos prédios

⁴ JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025>. Acesso em: 1 mar. 2022.

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. Brasília, DF: CNJ, 2021. p. 102. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 64.

⁷ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Inteligência artificial no judiciário. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (org.). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 79-91. p. 80.

do Poder Judiciário, (ii) “juízo 100% digital”, instituído pela Resolução n. 345/2020, do CNJ, que consiste na tramitação digital integral do processo, sem a necessidade do jurisdicionado comparecer fisicamente aos prédios do Poder Judiciário, (iii) “núcleo de justiça 4.0”, criado pela Resolução n. 385/2021, do CNJ, que torna possível o julgamento de demandas especializadas, “vindas de qualquer território sobre o qual o tribunal tiver jurisdição, com juízes atuando diretamente”⁸.

Destarte, a fim de que seja efetivada a garantia constitucional que dispõe acerca do direito de acesso à justiça, torna-se de extrema importância o investimento em novas tecnologias, que deverá promover mudanças substanciais no Judiciário brasileiro, possibilitando maior celeridade processual na resolução de conflitos. Registra-se, nesse ponto, que um dos investimentos realizados pelos Tribunais Superiores é o aperfeiçoamento da IA, de modo a colaborar na elaboração de decisões judiciais, o qual será abordado em tópico específico.

Breves considerações sobre o sistema de precedentes no direito brasileiro

O Código de Processo Civil vigente estruturou, pela primeira vez, um sistema de precedentes judiciais. Não nos moldes daqueles de países de família *common law*, mas, sim, um sistema baseado em padrões decisórios e enunciados de súmulas com força obrigatória. Tais padrões decisórios e enunciados de súmulas estão listados no artigo 927, do CPC, compreendendo: (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e, (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Não se olvida que os supracitados padrões decisórios e enunciados de súmulas não foram criados pelo atual CPC. A elaboração destes, idealizada pelo Ministro Victor Nunes Leal, se iniciou na década de 1960, no Supremo Tribunal Federal, como um método de trabalho, consistindo no resumo da jurisprudência dominante acerca de determinada tese jurídica, diante “da dificuldade, para os ministros, de identificar as matérias que já não convinha discutir de novo, salvo se sobreviesse algum motivo relevante”⁹. Posteriormente, os demais tribunais brasileiros adotaram tal método. As chamadas “súmulas vinculantes” adentraram no ordenamento jurídico através da Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o artigo 103-A, na CRFB/88, cujo entendimento nelas consolidado, como o próprio nome sugere, possui efeitos vinculantes perante os órgãos jurisdicionais e da Administração Pública.

Já os padrões decisórios também adentraram ao ordenamento jurídico ainda na vigência do Código Buzaid. As ações que compõem o chamado controle concentrado de constitucionalidade provocam o Judiciário a proferir acórdãos os quais devem ser observados. Todo o procedimento está previsto na Lei 9.868/99. A técnica de julgamento dos casos repetitivos, ou seja, dos acórdãos proferidos em sede de Recurso Especial ou Extraordinário repetitivos ou de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, foi regulamentada, pela primeira vez, pelas Leis 11.418/2006 e 11.672/2008.

Dentre os citados padrões decisórios, o acórdão proferido em sede de Incidente de Assunção de Competência é novidade no atual CPC. Tal incidente deve ser instaurando “quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”, conforme dispõe o artigo 947, do CPC.

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório anual 2021*. Brasília DF: CNJ, 2021. p. 45. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/relatorio-anual-2021-web-2022-01-25.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022.

⁹ LEAL, Victor Nunes. Passado e presente da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, n. 145, p. 1-20, 1981. p. 14.

Assim, o que o Código de Processo pretendeu não foi apenas a regulamentação dos enunciados de súmulas ou técnicas de padrões decisórios. A ideia, na realidade, foi a de moldar todo o processo civil de acordo com os precedentes judiciais, os quais devem ser observados em diversas fases do processo. Cite-se, como exemplos, (i) o controle da petição inicial pelo Juiz, o qual deve declarar a improcedência liminar do pedido quando contraria os padrões decisórios e enunciados de súmulas listados nos incisos do artigo 332, do CPC, (ii) o controle da admissibilidade dos recursos, através do qual o Relator deverá negar provimento ao recurso cujas razões contrariem os padrões decisórios e enunciados de súmula previstos no inciso IV, do artigo 932, do CPC ou, ainda, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária aos padrões decisórios e enunciados de súmula previstos no inciso V, do citado artigo 932; em (iii) possibilidade do ajuizamento da ação rescisória contra decisão que deixa de aplicar ou aplica equivocadamente os padrões decisórios e enunciados de súmulas previstos no artigo 927 (CPC, art. 966, V).

Assim, em todas as fases do processo, desde a postulatória até mesmo após o trânsito em julgado da decisão, os precedentes judiciais devem ser observados.

Diversos são os motivos para se adotar um sistema de precedentes. Luiz Guilherme Marinoni, em sua obra “Precedentes Obrigatórios” cita diversos deles: (i) segurança jurídica; (ii) igualdade; (iii) coerência da ordem jurídica; (iv) controle do poder do juiz e a garantia da imparcialidade; (v) possibilidade de orientação jurídica; (vi) definição de expectativas; (vii) desestímulo à litigância; (viii) favorecimento de acordos; (ix) despersonalização das demandas e maior facilidade da aceitação da decisão; (x) racionalização do duplo grau de jurisdição; (xi) razoável duração do processo; (xii) economia processual e de despesas; e, (xiii) maior eficiência do Poder Judiciário¹⁰.

Além disso, ressalta-se que, assim como era uma preocupação do Código de Processo Civil de 1973, o atual Código deixou claro o dever dos tribunais em manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente (CPC, art. 926). Noutras palavras, o comando legal determina a uniformização da jurisprudência.

Outro aspecto do sistema de precedentes que é importante salientar refere-se à interpretação da expressão “observar”, contida no artigo 927, do CPC. E isso porque, a depender de qual interpretação, conclui-se que todos os precedentes ali arrolados possuem força vinculante ou não. A doutrina é dividida quanto ao tema, possuindo, ao menos, quatro correntes de pensamento.

Ronaldo Cramer¹¹, Fredie Didier Júnior, Paulo Sarno Braga, Rafael de Alexandria¹², Hermes Zaneti Júnior¹³, Aurélio Viana, Dierle Nunes¹⁴, Candido Rangel Dinamarco, Bruno Vasconcellos Carillo Lopes¹⁵, Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Delloro, André Vasconcelos e Zulmar Duarte de Oliveira Júnior¹⁶, Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁷, dentre outros, têm o entendimento de o comando “observar” significa que o julgador não poderá deixar de aplicar os precedentes listados no artigo 927, do CPC, razão pela qual todos eles são vinculantes.

Já para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio da Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero¹⁸, tem o entendimento de que o comando “observar” significa que está atribuindo força obrigatória a todos os precedentes previstos no supracitado artigo. Apenas os precedentes das Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça - STJ) são vinculantes.

Teresa Arruda Alvim, Bruno Dantas¹⁹, Luís Roberto Barroso e a Procuradora do Estado do Rio de Janeiro

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹¹ CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 188.

¹² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 2. p. 571.

¹³ ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 396.

¹⁴ NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes: mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 262.

¹⁵ DINAMARCO, Candido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcellos Carillo. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 43-44.

¹⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte et al. *Comentários ao CPC de 2015: execução e recursos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 569.

¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 1393.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2. p. 645.

¹⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 277-279.

Patrícia Perrone Campos Mello²⁰, Alexandre Freitas Câmara²¹, Humberto Theodoro Júnior²², Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini²³ e José Rogério Cruz e Tucci²⁴ entendem que nem todos os precedentes previstos no artigo 927 possuem obrigatoriedade. Há, entre eles, “graus” de obrigatoriedade, podendo classificá-los em “forte”, “médio” e “fraco”. Súmulas Vinculantes, Acórdãos proferidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade, em casos repetitivos ou em Incidente de Assunção de Competência possuem obrigatoriedade “forte”. Enunciados de súmulas possuem obrigatoriedade média e a orientação do plenário ou do órgão especial possui obrigatoriedade fraca.

Para Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery²⁵ e Cássio Scarpinella Bueno²⁶, o artigo 927, do CPC, é inconstitucional, pois não cabe à lei federal estabelecer que determinados pronunciamentos judiciais ou enunciados de súmula sejam vinculantes.

Por fim, partindo da interpretação acerca do grau de obrigatoriedade dos precedentes previstos no artigo 927, do CPC, é fundamental abordar a dinâmica de aplicação dos precedentes. A premissa é a análise de similaridade entre o caso concreto e o precedente: o enunciado de súmula ou padrão decisório obrigatórios não serão aplicados somente nos casos em que houver distinção com o caso em julgamento.

A dinâmica supracitada faz parte do rol de situações previstas no artigo 489, §1º, do CPC, em que uma decisão judicial não é considerada fundamentada, cuja consequência é sua nulidade, conforme prescreve os artigos 11, do mesmo Código e 93, IX, da CRFB. Considera-se não fundamentada e, portanto, nula, a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Trata-se do chamado “*distinguishing*”, ou seja, o afastamento da incidência do precedente se houver distinção com o caso concreto.

O CPC, portanto, trouxe novos contornos ao sistema de precedentes judiciais, o qual impactou todo o procedimento e diversos atos processuais. Nesse ponto, e no que é importante para o objeto deste trabalho, destaca-se o grande impacto dos precedentes judiciais e a decisão judicial. A relação entre decisão judicial e o sistema de precedentes é de grande intimidade. Tanto para a utilização do precedente como a sua não incidência, a decisão deve indicar os motivos pelos quais o precedente deve ser aplicado ou não (nesse último, a distinção entre o precedente e o caso concreto), sob pena de nulidade, um dos mais graves vícios do direito.

O papel dos Tribunais Superiores

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) em seu artigo 2º determina que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são os Poderes harmônicos e independentes da União. Trata-se da adoção da clássica divisão de Montesquieu²⁷, implementada pela maioria dos países do Ocidente, no início do Estado Contemporâneo.

O Poder Judiciário brasileiro é estruturado e regulamentado pela Constituição Federal no artigo 92 e seguintes, tendo como função típica a função jurisdicional, ou seja, dirimir conflitos através da aplicação das normas. Ao ser provocado, o Poder Judiciário intervém nas relações conflituosas por meio de Juízes e Tribunais, estruturados numa espécie de “divisão da Justiça”, sendo elas: Justiça Comum (nos âmbitos Estadual e Federal), Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral e Justiça Militar.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da Advocacia Geral da União*, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016. p. 20.

²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 440.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3. p. 801-802.

²³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 2. p. 748.

²⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. p. 168-183.

²⁵ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 2.052.

²⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 2. p. 382.

²⁷ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

Dentre os órgãos acima referidos, listados nos incisos do artigo 92, da CRFB, interessa para este trabalho os chamados “Tribunais Superiores”, especificamente o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), cuja função principal é dar a palavra final na interpretação das normas, o primeiro em relação à norma constitucional e o segundo em relação à norma federal (com exclusão das demais “justiças especializadas”, ou seja, eleitoral, do trabalho e militar), conforme determinam os artigos 102 e 105, III, respectivamente, da CRFB. Hierarquicamente, acima de todos os Tribunais está o STF e, logo abaixo, os demais Tribunais Superiores, dentre eles, o STJ.

A respeito das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, assim leciona Pedro Lenza:

Na medida em que não pertencem a qualquer Justiça, podemos classificar o STF e o STJ (Tribunais da União) não só como órgãos de convergência, conforme já visto, mas, também, como órgão de superposição. Isso porque, embora não pertençam a nenhuma Justiça, as suas decisões se sobrepõem às decisões proferidas pelos órgãos inferiores da Justiça, comum e especial. As decisões do STJ se sobrepõem àquelas da Justiça Federal comum, da Estadual e daquela do Distrito Federal e Territórios, ao passo que as decisões do STF se sobrepõem a todas as Justiças e Tribunais.²⁸

O STF e o STJ representam a “instância superior” do Poder Judiciário, atuando em recursos ou, ainda, em certas demandas às quais possuem competência originária. Seus julgadores são denominados Ministros.

No “topo” da estrutura hierárquica do Poder Judiciário brasileiro está o STF, sediado no Distrito Federal e com competência sobre todo o território nacional, conhecido como “guardião da Constituição Federal”, conforme se extrai do artigo 102, da CRFB. Tal órgão é composto por onze ministros, indicados e nomeados pelo presidente da República, após aprovação do Senado Federal.

Entre as diversas competências do STF, elencadas no artigo 102, da CRFB, estão a de julgar as chamadas ações diretas de inconstitucionalidade, instrumento jurídico próprio para contestar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; apreciar pedidos de extradição requerida por Estado Estrangeiro; e julgar pedido de *habeas corpus* de qualquer cidadão brasileiro.

Por ser visto como guardião da Constituição Federal, compete então ser o responsável pela lei máxima do país, dessa forma, poderá julgar ações do Estado brasileiro determinando o que está correto e o que não está, tudo à luz da Constituição, cabendo, assim, a fiscalização dos poderes Executivo e Legislativo para que ambos observem sempre os preceitos constitucionais fundamentais no exercício de suas funções.

Exemplificando o que foi dito, cabe ao STF verificar se ao aprovar uma lei, a Câmara dos Deputados e/ou o Senado não foram contraditórios com a Constituição; ou ainda, nos processos de *impeachments*, onde cabe ao STF determinar se o Presidente da República realizou uma ação tida como inconstitucional.

Hierarquicamente abaixo do STF está o STJ, o qual é composto por trinta e três Ministros nomeados pelo presidente da República, os quais também têm de ser aprovados pelo Senado. O Tribunal está sediado no Distrito Federal e assim como o STF possui competência nacional.

Pode ser entendido como a instância superior da Justiça brasileira para as causas infraconstitucionais, as quais não são relacionadas diretamente à CRFB (competência do STF) ou com as matérias correspondentes às “justiças especializadas” (trabalho, eleitoral e militar) sendo responsável pela uniformização, padronização e interpretação do direito nacional.

O “Tribunal da Cidadania”, como é conhecido, tem sua competência prevista no artigo 105 da CRFB, que estabelece quais podem ser os processos originários no STJ e aqueles em que o tribunal age como órgão de revisão. Além de apreciar recursos vindos da Justiça comum, também compete ao STJ a capacidade de processar e julgar os

²⁸ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 576.

crimes comuns de Governadores e os crimes de responsabilidade de, entre outros, membros dos seus tribunais subordinados e dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho.

A uniformização das leis (atribuição principal), pode ser exemplificada da seguinte forma: quando dois tribunais subordinados fazem interpretações diversas a respeito da mesma lei federal deve ser impetrado recurso ao STJ, que o analisará. A interpretação dada pelo Tribunal no caso, deverá ser considerada a oficial para todo o país, orientando as demais cortes em casos similares.

Desta forma, a função do STF e do STJ, chamados “Tribunais Superiores” ou “Cortes de Vértice”, é o de trazer unidade ao direito, dando-se a “última palavra” sobre determinada interpretação da norma jurídica constitucional ou infraconstitucional, traduzindo, em última análise, o primado da segurança jurídica, de modo que o ordenamento jurídico seja seguro, previsível, coeso, estável.

Assim, a função dos Tribunais Superiores para um sistema de precedentes é de extrema importância, uma vez que o sentido da norma jurídica advém de seus pronunciamentos, impactando sobremaneira na formação dos precedentes judiciais.

A utilização da inteligência artificial pelos tribunais superiores e a aplicação dos precedentes

Atualmente, é inegável que todo o sistema brasileiro de justiça está automatizado. Basta observar que todos os tribunais do país já atuam com o processo judicial eletrônico. Diante disso, não se pode confundir o uso da IA com uma mera automatização, visto que isso já existe há certo tempo e se relaciona aos aspectos mecânicos e organizacionais do processo judicial virtual. Por outro lado, a IA percorre outro viés de atuação, vez que possui uma capacidade intelectual desenvolvida, isto é, a ferramenta tem condições de distinguir, associar e interpretar um simples texto, função essa inexistente nos diversos sistemas eletrônicos que hoje em dia gerenciam o processo judicial.

Para facilitar a compreensão, a diferença entre a automatização utilizada na condução dos processos judiciais eletrônicos e a automação fornecida pelo uso da IA está no nível de interferência humana, que é indispensável naquela e pouco presente nessa.

Ademais, vale salientar as lições de Bruno Alves Rodrigues, segundo o qual máquinas anunciadas como “inteligentes”, na realidade, são capazes de fazer predição, ou seja, “a computação cognitiva está associada à capacidade da máquina de organizar autonomamente os dados de entrada para predizer melhor solução de saída”²⁹.

Ao passo que os sistemas do processo eletrônico já estão sedimentados na seara do Poder Judiciário, a IA é recém-chegada ao setor jurídico do Brasil. Apesar de já possuir extensa jornada mundo afora, a IA alcançou os Tribunais brasileiros apenas nos últimos anos e já demonstra uma evolução crescente. Seu uso está presente na mais alta corte do país. O Supremo Tribunal Federal já utiliza da IA para a realização de algumas tarefas, como é o caso do robô batizado Victor:

O programa Victor, desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal em parceria com a UnB e utilizado desde agosto de 2018, com o objetivo de aumentar a velocidade de tramitação dos processos. Em sua fase inicial, o programa tem a função primordial de analisar todos os recursos extraordinários que chegam ao STF e verificar se algum deles se enquadra em determinado tema de repercussão geral, facilitando eventual aplicação de precedentes.³⁰

Em resumo, o sistema desenvolvido pelo programa Victor consiste na aplicação de “técnicas de processamento de linguagem natural e aprendizado de máquina aos requisitos processuais da Suprema Corte do Brasil para admissibilidade de recursos extraordinários”³¹.

²⁹ RODRIGUES, Bruno Alves. *A inteligência artificial no Poder Judiciário e a convergência com a consciência humana para a efetividade da Justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 24.

³⁰ NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Decisão judicial e inteligência artificial: É possível a automação da fundamentação? In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erick Navarro. (org.). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 703-747. p. 707.

³¹ LAGE, Fernanda de Carvalho. *Manual de inteligência artificial*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 286.

Ainda em nível dos tribunais superiores, o Superior Tribunal de Justiça também faz uso da IA. Com atribuições distintas e ainda mais aprofundadas, o STJ já conta com três ferramentas desenvolvidas com base na IA, o que demonstra que a aplicação da tecnologia está avançada nesse órgão do poder judiciário.

Em maio de 2019, o tribunal da cidadania implementou o Sócrates 1.0, cuja função é “análise semântica das peças processuais com o objetivo de facilitar a triagem de processos, identificando casos com matérias semelhantes e pesquisando julgamentos do tribunal que possam servir como precedente para o processo em exame”³². Em seguida, para suprir outras demandas do tribunal, uma nova solução tecnológica foi projetada, a plataforma Sócrates 2.0, cujo desempenho é superior ao da primeira geração, que a torna capaz de realizar tarefas ainda mais avançadas, auxiliando de modo mais efetivo ministros e servidores do STJ:

O Sócrates 2.0, ferramenta capaz de apontar, de forma automática, o permissivo constitucional invocado para a interposição do recurso, os dispositivos de lei descritos como violados ou objeto de divergência jurisprudencial e os paradigmas citados para justificar a divergência. Além disso, o Sócrates 2.0 identifica as palavras mais relevantes no recurso especial e no agravo em recurso especial e as apresenta ao usuário na forma de "nuvem de palavras", permitindo a rápida identificação do conteúdo do recurso. A ferramenta também sugere as controvérsias jurídicas potencialmente presentes no recurso, identificando quais delas correspondem a controvérsias afetadas pelo STJ ao rito dos recursos repetitivos. Dentro da lógica de IA, o Sócrates 2.0 também permitirá que o usuário visualize a petição do recurso especial com a identificação dos elementos marcados pela ferramenta e proponha correções, permitindo a retroalimentação e o aperfeiçoamento contínuo do sistema.³³

Semelhante ao Sócrates 2.0, o sistema Athos atua de modo a identificar nos processos a possível aplicação de precedentes qualificados. Sua função, como bem explica o próprio STJ, visa anteceder até mesmo a distribuição dos processos na Corte:

Baseado também em um modelo de IA, o sistema tem o objetivo de identificar – mesmo antes da distribuição aos ministros – processos que possam ser submetidos à afetação para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos. Além disso, o Athos monitora e aponta processos com entendimentos convergentes ou divergentes entre os órgãos fracionários da corte, casos com matéria de notória relevância e, ainda, possíveis distinções ou superações de precedentes qualificados.³⁴

Há ainda, no que diz respeito ao Sistema Athos, um projeto de implementação nos tribunais de segunda instância para fortalecer a gestão dos precedentes e ainda auxiliar a análise de admissibilidade, bem como integralizar atuação com os Tribunais Superiores.

Conforme se extrai de cada função apresentada, os sistemas atuais em funcionamento atuam de modo a colaborar com o ato decisório e não o substituir, fato esse que geraria por si só mais atenção e cuidado, vez que uma máquina atua a partir de conceitos matemáticos que implicariam prejuízo no contraditório por exemplo, além de outros princípios e garantias próprio do espaço processual, como bem acentua Nathália Roberta Fett Viana de Medeiros:

Causa preocupação o fato de que a busca desenfreada pela eficiência e celeridade acarrete a construção de um cenário no qual os jurisdicionados se vejam impedidos de exercer as garantias inerentes ao ambiente processual coparticipativo de formação das decisões, acarretando o proferimento de decisões carecedoras de legitimidade e a instituição de um solipsismo algorítmico, o qual pode ser ainda mais perverso, posto que as ferramentas de inteligência artificial são envolvidas em uma aura de racionalidade e exatidão que as torna praticamente inatacáveis. É imprescindível que o direito incorpore e se adapte ao uso de novas tecnologias, sendo inquestionáveis as possibilidades que o uso da inteligência artificial pode trazer em termos de melhora do

³² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Portal de Notícias. *Revolução tecnológica e desafios da pandemia marcaram gestão do ministro Noronha na presidência do STJ ESPECIAL*. Publicado em 23 ago. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx>. Acesso em: 3 mar. 2022.

³³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, op. cit.

³⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, op. cit.

processo de tomada de decisões. No entanto, seu uso necessita de balizas, de meios de fiscalização, transparência e auditorias.³⁵

No que tange ao sistema de precedentes delineado pelo Código de Processo Civil de 2015, é possível observar que o uso da IA pode fornecer significativos benefícios para sua aplicação. Um bom exemplo é o caso das questões repetitivas, que podem ser amplamente mapeadas e localizadas nos inúmeros processos judiciais a partir da utilização da IA, bem como tal tecnologia pode ser útil para identificar casos em que há distinção daqueles selecionados para julgamento em recursos repetitivos.

Além disso, o termo “jurisprudência dominante” perpassa o CPC/15 em diversos pontos, a saber: artigos 926, §1º, 927, §3º e 1.035, §3º, I. Por essa razão, um sistema à base de IA poderia contribuir para identificação numérica dos julgados que formam tal jurisprudência, colaborando tanto com o judiciário quanto com a advocacia e demais órgãos como Defensoria Pública e Ministério Público.

É notório que a inteligência artificial aplicada no processo judicial permite haver uma maior padronização dos julgamentos. Isso porque a IA, enquanto ferramenta, possui uma capacidade técnica-funcional superior à humana, notadamente em relação aos parâmetros pré-definidos, denominados algoritmos. Em outras palavras, um programa de computador dotado de IA é potencialmente mais capacitado em trabalhar com os dados captados do enorme acervo formado pelos milhares de processos judiciais do que o ser humano, tanto por conta do volume de informações quanto pela maior assertividade e velocidade da máquina.

Mesmo com a inserção da IA no trato dos processos, haverá manutenção do julgador, tendo o mesmo a palavra final no julgamento, isto é, o ato de decidir não será delegado à máquina. O que de fato ocorre na implementação da IA é uma maior reunião de elementos, qualitativamente selecionados por força da alta capacidade de processamento e precisão da ferramenta, fornecendo assim melhores subsídios à pessoa que fará o julgamento, podendo inclusive elevar a qualidade das decisões.

Nesse ponto, segundo Erik Navarro Wolkart, os atuais sistemas existentes são aptos a auxiliar juízes e advogados na elaboração de peças processuais, notadamente por meio de ferramentas de pesquisa legal, porém, “mesmo os sistemas mais modernos não são capazes de argumentar juridicamente (*legal reasoning*), ainda que isso pareça provável em futuro muito distante”³⁶.

Portanto, a utilização da IA não tem por fim superar a figura do juiz-julgador no processo, tampouco tomar para si a função jurisdicional. Seu uso visa auxiliar o exercício da prestação jurisdicional, tornando-a mais efetiva frente ao grande volume de processos, possibilitar uma maior assertividade na aplicação de precedentes aos casos concretos e garantir duração razoável ao tempo de tramitação dos processos judiciais. Contudo, não se pode deixar de observar que tal utilização deve se pautar em princípios éticos e preservar os direitos e garantias constitucionalmente previstos, bem como assegurar a todos os jurisdicionados a completa segurança jurídica.

Importante salientar, ainda, que a IA utilizada como ferramenta de auxílio aos julgadores traz grandes benefícios à efetivação do sistema de precedentes, possibilitando, inclusive, o percentual de acerto na aplicação correta dos precedentes nas decisões judiciais. No âmbito dos Tribunais Superiores, esse mecanismo trará muitos benefícios no que tange à admissibilidade de recursos especial e extraordinário, visto que se tratam da maioria dos processos em tramitação nas Cortes Superiores, com diversos precedentes que devem ser observados. Além disso, também poderá contribuir para a missão atribuída aos tribunais pelo CPC, de modo a manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente.

³⁵ MEDEIROS, Nathália Roberta Fett Viana. Uso da inteligência artificial no processo de tomada de decisões judiciais. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. (org.). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 749-785. p. 783.

³⁶ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 761.

Ademais, registra-se que atualmente os sistemas existentes ainda não possuem a capacidade de produzir uma peça jurídica com argumentos. Essa atividade cognitiva ainda é humana. Nesse ponto, por exemplo, é difícil que a IA crie decisões que reconheçam a distinção entre o precedente invocado e o caso concreto em julgamento. Porém, não se deve descartar a possibilidade de, no futuro, com o avanço da tecnologia, existirem sistemas capazes de gerar peças processuais com fundamentação jurídica, inclusive que reconheçam a distinção entre o precedente e o caso concreto. O que ainda é difícil concluir, é se esse mecanismo será aceito no futuro.

Conclusão

A tecnologia é imparável. Os avanços cada vez mais influenciam a própria dinâmica da sociedade e as instituições, como ocorre no caso do Poder Judiciário, conforme demonstrado nos tópicos anteriores.

No que diz respeito ao investimento em tecnologia pelo Poder Judiciário, tal fator se deve notadamente para vencer a eterna batalha com a superlotação dos processos. Aposta-se em juízos 100% digitais, automações, sistemas eletrônicos, de modo a acelerar a tramitação de processos e facilitar o acesso à justiça.

Ademais, a tecnologia, por meio de sistemas compostos por IA, pode, ainda, contribuir na efetivação do sistema de precedentes moldado pelo CPC, servindo como uma ferramenta auxiliar do julgador, capaz de elucidar, no caso concreto, quais as teses jurídicas consolidadas em precedentes, bem como os enunciados de súmulas a serem adotados no caso concreto. Esse auxílio tecnológico, desprovido de nossos ruídos mentais, é capaz de aumentar os índices de acerto no uso de precedentes, aproximando-se dos ideais que justificam um sistema de precedentes: garantia da segurança jurídica, da igualdade (*treat like cases alike*), da previsibilidade das decisões judiciais.

No que tange ao auxílio da IA na atividade dos Tribunais Superiores, dada a sua função constitucional, em última análise, trará maior capacitação em dar a direção correta na interpretação da norma jurídica. Além disso, a IA tem auxiliado na verificação dos pressupostos de admissibilidade de recursos. Tais requisitos de admissibilidade muitas vezes são estruturados com base em precedentes judiciais.

Portanto, a IA, como ferramenta auxiliar, é capaz de dar maior efetividade do sistema de precedentes pelos Tribunais Superiores, seja pela facilitação em identificar, nas peças processuais, padrões decisórios ou enunciados de súmulas incidentes, seja pela capacidade de realizar exame de admissibilidade de recursos especial e extraordinário, o qual é formado, além das regras previstas na legislação processual, por enunciado de súmulas, a exemplo da Súmula 7/STJ, Súmula 282/STF.

Ressalta-se que, no momento, a IA é utilizada como ferramenta de auxílio, inexistindo sistema adotado pelo Poder Judiciário capaz de elaborar decisão judicial com argumentação jurídica. Por enquanto, o papel de julgar é do ser humano. Não se sabe, porém, qual o caminho a ser trilhado, no momento que, com o avanço da tecnologia, ser possível os sistemas elaborarem decisões judiciais com argumentação jurídica. Todavia, para este grupo de pesquisa, ainda assim, a inteligência artificial deve ser utilizada como auxílio ao ser humano, para diminuir as chances de eventuais erros proferidos nas decisões e não substituir a cognição humana para o julgamento da causa.

Referências

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da Advocacia Geral da União*, v. 15, n. 3, p. 9-52, jul./set. 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 2.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. Brasília, DF: CNJ, 2021. p. 102. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório anual 2021*. Brasília DF: CNJ, 2021. p. 45. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/02/relatorio-anual-2021-web-2022-01-25.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2022.
- CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021.
- CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Inteligência artificial no judiciário. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (org.). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 79-91.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 2.
- DINAMARCO, Candido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcellos Carillo. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025>. Acesso em: 1 mar. 2022.
- LAGE, Fernanda de Carvalho. *Manual de inteligência artificial*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- LEAL, Victor Nunes. Passado e presente da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, n. 145, p. 1-20, 1981.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MEDEIROS, Nathália Roberta Fett Viana. Uso da inteligência artificial no processo de tomada de decisões judiciais. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erick Navarro. (org.). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 749-785.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Decisão judicial e inteligência artificial: É possível a automação da fundamentação? In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erick Navarro. (org.). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 703-747.
- NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de Souza. *Precedentes: mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte et al. *Comentários ao CPC de 2015: execução e recursos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- RODRIGUES, Bruno Alves. *A inteligência artificial no Poder Judiciário e a convergência com a consciência humana para a efetividade da Justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Portal de Notícias. *Revolução tecnológica e desafios da pandemia marcaram gestão do ministro Noronha na presidência do STJ ESPECIAL*. Publicado em 23 ago. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portals/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx>. Acesso em: 3 mar. 2022.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 2.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

Direito sucessório no universo do direito digital

CLÁUDIA CAVALLINI
DANIEL MONTEIRO
GUILHERME BALASTEGUI DE OLIVEIRA
HÁGATA FERNANDES MOREIRA
JOÃO VITOR THEODORO
LÍVIA CAMILLO GUERBAS
MATHEUS MENDES MARQUES
MARIA EDUARDA GIACOMO
RAFAELA CECILIA MILAN
VICTOR HENRIQUE STAUSER OLIANI
VICTÓRIA VIEIRA GONÇALVES
THAYANE ZARBIM

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

PALOMA FERNANDES LINS

Advogada. Pós-graduada em Ética empresarial: direito societário, contratos e compliance pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

JEFFERSON LUCAS MONSANI ALVES

Oficial Substituto do 1º Registro de Imóveis Títulos e Documentos e Civil de Pessoas Jurídicas de Catanduva-SP. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Damásio. Pós-graduando em Direito Civil: Doutrina e Jurisprudência pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduando em Advocacia do Direito Negocial e Imobiliário pela Escola Brasileira de Direito. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

AMANDA SANCHEZ

Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

LUÍS ANTÔNIO ROSSI

Advogado. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2016). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Professor e Coordenador do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: Considerando que a tecnologia e inovações alteraram significativamente a forma de relacionamento entre as pessoas, bens e a herança digital, o presente trabalho tem como objetivo analisar o direito à herança digital. Para tanto, foi realizada uma abordagem histórica, dedutiva e analítica do direito sucessório, através de uma análise da doutrina e normas. Como resultado, foi possível concluir pela transmissibilidade e direito à herança digital como instrumento de, inclusive, proteção à personalidade do falecido.

Palavras-chave: Direito a herança. Direito e tecnologia. Herança digital.

Abstract: Considering that technology and innovations have significantly altered the form of relationship between people, goods and digital heritage, the present work aims to analyze the right to digital heritage. In order to do so, a historical, deductive and analytical approach to inheritance law was carried out, through an analysis of the doctrine and norms. As a result, it was possible to conclude for the transmissibility and right to digital inheritance as an instrument of even protection of the deceased's personality.

Keywords: Right to inherit. Law and technology. Digital inherit.

Introdução

As novas tecnologias e as inovações alteraram significativamente a forma de relacionamento entre as pessoas, se revelando necessário, deste modo, a análise da operabilidade do Direito Digital para resguardar a proteção das informações e das heranças digitais, as quais compõem o patrimônio digital do *de cuius*, possuindo valor econômico ou afetivo, de modo que a transferência e o acesso à esse patrimônio merecem distinta atenção, especialmente no que toca a situação jurídica de tais bens, a legislação aplicável, os aspectos processuais, práticas de proteção a tais direitos, incidência de tributos e planejamento sucessório.

Direito sucessório: genealogia e história - identificação das raízes de direito sucessório no âmbito social

Genealogia do Direito Sucessório

Diferentemente da concepção ordinária que se tem hoje em relação à legitimação¹ no âmbito do direito das sucessões, quando se olha para o passado, a história se mostra um tanto diversa. Fustel de Coulanges, em sua festejada obra, “A Cidade Antiga”, elenca como cerne da constituição da família e dos atos sucessórios na idade antiga, o culto, ou a religião familiar, e, com isso, traz-se à história do direito sucessório, peculiares características.

Segundo o autor, “o que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados”². Nesse sentido, a família, na Antiguidade, se mostra mais como uma instituição religiosa que natural e, dessa forma, o direito sucessório, nos primórdios, é revestido senão de laços rígidos de crença familiar, que ensejarão, como veremos, tanto o reconhecimento dos herdeiros, como a sua destituição, tudo a depender da submissão (ou não) ao culto familiar.

Silvio de Salvo Venosa, corroborando o exposto, ensina que a propriedade e o culto familiar eram indissociáveis, sendo que a propriedade continuava após a morte, pela perpetuação do culto³. Nessa conjectura, apesar do elemento “religião” ser algo primeiramente concebido como sendo um termo de cunho aberto, possibilitando que qualquer ser humano dela se valha, na idade antiga, quando se busca a história do direito sucessório, encontra-se o culto como sendo também um elemento ensejador de injustiças e preconceitos.

Como exemplo, suscita-se o fato de que o culto era transpassado apenas de varão a varão, maiormente porque depois de casada, a filha seria submetida ao culto do marido, sendo obrigada a deixar o culto realizado pelo pai, motivo que ilegitimava ser a propriedade transferida a uma mulher, visto que quando de seu casamento, o culto se perderia⁴. Era-se parente de alguém, portanto, apenas pela linha paterna, excluindo-se a materna. Para melhor elucidar a questão, vale a leitura:

a religião doméstica não se propagava senão de varão para varão. Isso, sem dúvida, prendia-se à ideia que os homens faziam da geração. A crença das idades primitivas, tal como a encontramos nos Vedas, e nos vestígios que ficaram em todo o direito romano e grego, era que o poder reprodutor residia unicamente no pai. Somente o pai possuía o princípio misterioso do ser, e transmitia a centelha da vida. Dessa antiga opinião resultou que o culto doméstico passou sempre de homem para homem; a mulher, dele não participava senão por intermédio do pai ou do marido; depois que estes morriam, a mulher não tomava a mesma parte que o homem no culto e cerimônias do banquete fúnebre. Disso resultaram ainda outras consequências muito graves no direito privado e na constituição da família. [...]⁵

Contudo, apesar da forte característica patriarcal do culto, e logo, da herança, a condição do filho homem também não era absoluta, encontrando limites justamente no exercício regular da religião familiar. Havia a condição de que o filho perpetuasse o culto para que pudesse herdar a herança, sendo que, se este, por alguma razão fosse excluído do culto, também o seria da propriedade, sendo essa passada ao varão mais próximo do pai, que deveria herdar o culto. O mesmo ocorreria na hipótese de o pai não ter tido filhos homens, ou, caso os houvesse perdido.

Posteriormente, conforme leciona Arnaldo Rizzardo, com a mitigação dos laços políticos, religiosos e de parentesco, a transmissão da herança opera-se não mais aos membros da família, mas aos herdeiros, assim considerados aqueles que estavam sob a proteção direta do pai⁶. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, no direito

¹ O art. 1.786 do Código Civil informa que “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”, resumindo as duas espécies de sucessão, quais sejam, a legítima e a testamentária.

² COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Jean Melville. 2. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007. (Título original: *La cité antique*). p. 31.

³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 3.

⁴ COULANGES, *op. cit.*, p. 53.

⁵ COULANGES, *op. cit.*, p. 28.

⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 3.

romano, a Lei das XII Tábuas funciona como forte expoente no que diz respeito ao nascimento do instituto do testamento, tendo a partir desta, o direito de o *pater familias* dispor livremente de seus bens⁷.

Nesse sentido, Gonçalves aduz que se houvesse testamento, este deveria circunscrever-se a três classes de herdeiros: *sui*, *agnati*, e *gentiles*⁸. Na ausência de membros das duas primeiras classes mencionadas - considerados esse os parentes mais próximos do pai - seriam chamados à sucessão os *gentiles*, ou membros da *gens*, que constituem um grande conjunto de famílias⁹.

No século XIII, na França, o princípio da Saisine (ou *droit de saisine*), de origem germânica, é adotado pelo Código Napoleônico, postulado que sustenta o direito dos herdeiros a imediata propriedade dos bens do *de cuius*, tendo havido nesse período uma mitigação dos privilégios da linha masculina e do direito de primogenitura¹⁰.

Quanto ao Brasil, o Código Civil de 1916, em seu art. 1572 e seguintes, influenciado pelo Código Civil Francês perfilhou o princípio da *saisine*, sendo que nesse momento do direito brasileiro, era considerada como família, apenas aquela advinda do casamento, e conseqüentemente, eram reconhecidos apenas os filhos que deste advinham¹¹. Naquela época, o modelo jurídico adotado, para assegurar a integridade familiar e do patrimônio familiar, não admitia o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, não tendo esses, direito sucessório algum.

Em 1988, ao ser promulgada a novel Constituição da República, no desiderato do legislador em reparar as injustiças sociais e as manifestas violações de direito, elencou a dignidade humana como um dos fundamentos da república (art. 1º, III), motivo que tornou intolerável qualquer tratamento discriminatório relativo à filiação, estabelecendo uma paridade de direitos, inclusive sucessórios, entre todos os filhos, havidos ou não da relação do casamento, assim como por adoção (art. 226, § 6º)¹².

Entende-se, assim, que a genealogia do direito sucessório sofreu grandes transformações ao decorrer dos séculos, sendo primeiramente pautada em uma ordem religiosa – e pouco justa – o que se seguiu a constante luta para o reconhecimento e salvaguarda dos direitos dos sucessores, hoje consubstanciadas em postulados como, dentre outros, o dever de assistência e o princípio da afeição, o que informam, respectivamente, a sucessão legítima e a testamentária.

Pelo fato de a sociedade estar pautada no direito constitucional à herança, assegurado no Artigo 5º, Inciso XXX da Constituição Federal de 1988, o cidadão tem uma segurança maior para trabalhar e formar seu patrimônio, tendo a certeza de que pelo direito das sucessões serão transmitidos para os herdeiros após o seu falecimento. A garantia do direito à herança enseja a motivação ao indivíduo de produzir patrimônio e acumular riquezas, inclusive com a finalidade de que tais bens sejam revertidos para o capital da sociedade.

Fundamentos de direito sucessório contemporâneo: delimitação das noções de sujeito de direito, de bens e de herança, e seu reflexo para fins de aplicação

Estrutura do Código Civil de 2002: os institutos de Direito Privado

Levando-se em conta a clássica dicotomia do Direito entre Direito Público e Direito Privado, é possível considerar o Direito Civil como base estrutural da proteção ao interesse individual, com forte influência sobre praticamente todos os demais ramos jurídicos. Ascensão¹³, por exemplo, indica que “a Teoria Geral do Direito

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito das sucessões. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 7. p. 22.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ GONÇALVES, op. cit., p. 23.

¹¹ GONÇALVES, op. cit., p. 24.

¹² GONÇALVES, op. cit., p. 25.

¹³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. Introdução. As pessoas. Os bens. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 11.

Civil é a disciplina nuclear de todo o Direito Privado”. Daí a importância de conhecimento específico sobre os institutos de direito privado, tais como “pessoa” e “bens”, organizados na parte geral do Código Civil e que têm reflexo nos demais livros do código, e “herança”, que integra o Direito das Sucessões, na parte especial.

A propósito, Monteiro Filho¹⁴ entende que a parte geral do Código Civil atual funciona como verdadeiro pressuposto do direito positivo, ao regulamentar o que se poderia identificar como elementos estruturais do direito privado: as pessoas, os bens e os fatos jurídicos. Na mesma linha de raciocínio, Araújo¹⁵ indica que a parte geral do Código Civil é estruturada de forma a disciplinar os principais aspectos das relações jurídicas: os sujeitos, o objeto e tudo aquilo que seja capaz de iniciar, modificar ou pôr fim a relações jurídicas (fatos jurídicos em sentido lato).

E essa sistematização dos principais institutos privados e o cuidado com o tratamento de cada instituto não é recente, já que as Institutas de Gaio dividiam todo o *ius civile* em pessoas (*persona*), coisas (*res*) e ações (*actio*), o que teve forte reflexo nas Institutas de Justiniano¹⁶, nos principais compêndios adotados no ensino jurídico do Brasil Imperial¹⁷ e no primeiro diploma civil nacional, que relatava, em seu artigo 1º, que o diploma regulava “os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações”.

No que toca ao tema do presente capítulo, o Código Civil de 2002, de forma semelhante ao revogado código, inicia a parte geral com o estudo das pessoas, traz situações de ordem patrimonial e existencial, para no fim regulamentar aspectos sucessórios, inerentes ao encerramento da vida civil da pessoa natural pela morte.

Pessoa

Em sentido filosófico, pessoa é o ser humano, substância racional em sua relação consigo mesmo e com o mundo¹⁸. Já no âmbito jurídico, “pessoa” corresponde a uma definição maior, pois pode se referir à pessoa natural – o próprio ser humano – e à pessoa jurídica, criação do direito para exercer determinados fins econômicos ou sociais¹⁹, mas que não será abordada no presente trabalho porque somente o ser humano pode falecer e ser objeto de estudo do Direito das Sucessões.

A correspondência exata entre pessoa e ser humano, contudo, não é pacífica na literatura jurídica, já que parte de doutrina identifica a pessoa como criação do direito²⁰ e uma outra corrente identifica o ser humano e a sua realização no meio social como a própria razão de ser do direito²¹. Independentemente da discussão doutrinária, costuma-se trazer o estudo das “pessoas” especificamente como elemento estrutural das situações e relações jurídicas, ao lado do objeto e do vínculo jurídico²², para a compreensão da clássica dicotomia entre direito objetivo e direito subjetivo. No Direito das Sucessões, por exemplo, o herdeiro de determinado falecido está sujeito às regras estabelecidas pelo citado ramo do direito, ao mesmo tempo que é titular do direito à herança, que será tratado no último tópico deste capítulo.

¹⁴ MONTEIRO FILHO, Ralpo Waldo de Barros. *Manual de direito civil: parte geral*. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 37.

¹⁵ ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2022. E-book.

¹⁶ Cf. MORAES, Bernardo B. Queiroz de. *Parte geral: código civil: gênese, difusão e conveniência de uma ideia*. São Paulo: YK, 2018. p. 39-50.

¹⁷ As “Instituições de Direito Civil Português”, de Pascoal José de Melo Freire, adotado entre 1805 a 1851, e as “Instituições de Direito Civil Brasileiro”, de Lourenço Trigo de Loureiro, de 1851 até o fim do período imperial. Cf. ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *O direito civil nas academias jurídicas do império*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/DIRE-7PYKYE>. Acesso em: 2 nov. 2021.

¹⁸ Cf. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1ª edição: Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos: Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 761.

¹⁹ V.g. sociedades, associações, fundações, organizações religiosas e partidos políticos (arts. 40 e ss., CC).

²⁰ É o que entende notadamente a corrente positivista, como Kelsen, por exemplo. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 193-194.

²¹ É o que defende especialmente a corrente jusnaturalista. Cf. CUNHA, Paulo Ferreira da; DIP, Ricardo. *Propedêutica jurídica: uma perspectiva jusnaturalista*. Campinas: Millennium, 2001. p. 195.

²² Cf. Capítulo 4 – A relação jurídica, item 14. O problema do sujeito da relação jurídica. In: SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book.

Não obstante, forçoso reconhecer, ao menos como critério metodológico, que a melhor compreensão de “pessoa” se dá através de Ascensão²³, o qual pontua que a pessoa natural tem no direito fundamentalmente três posições: pessoa como fim do direito, como fundamento da personalidade jurídica e como sujeito de direito.

Como fim do direito, é dizer que “todo homem, por necessidade de sua própria natureza, é o centro de uma esfera jurídica”²⁴; ou como prefere De Page²⁵, o suporte essencial para os fenômenos jurídicos. Entre os antigos, Hermogeniano já indicava que todo direito é constituído em benefício dos homens²⁶.

Como fundamento da personalidade jurídica, significa dizer que a pessoa natural, apenas em razão de sua existência, tem aptidão genérica para ser titular de direitos e contrair deveres (personalidade em sentido subjetivo) e deve ser reconhecida como conjunto de atributos próprios e exclusivos do ser humano que merece especial proteção da ordem jurídica, o qual a doutrina denomina de “direitos da personalidade” (personalidade em sentido objetivo)²⁷.

O artigo 1º do Código Civil apresenta a definição de personalidade em sentido subjetivo, ao dispor que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, definição essa que se aplica essencialmente à pessoa natural e de forma extensiva à pessoa jurídica. Já os direitos da personalidade – artigos 11 ao 21 do Código Civil – são inerentes à pessoa natural, tendo forte relação com a dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais da república (art. 1º, III, CF/88).

E ser sujeito de direito, segundo a doutrina, é ser reconhecido pela ordem jurídica como titular de direitos e deveres²⁸. Apesar de a definição de sujeito de direito ser mais ampla que a de pessoa – já que pode se referir a entes despersonalizados –²⁹, a doutrina tradicional indica que personalidade jurídica está intimamente ligada à possibilidade de ser sujeito das relações e situações jurídicas; em resumo, pela corrente tradicional, personalidade jurídica é a aptidão para ser sujeito de direito.

Bens

Depois do estudo das pessoas, o Código Civil traz o estudo dos bens, em livro próprio, conforme artigos 79 e seguintes, que representam, na sistemática civil, um dos objetos das relações e situações jurídicas. A parte geral do Código Civil não contém uma teoria geral dos bens, pois se limita a classificar os bens em suas espécies. O diploma, por exemplo, não define bem jurídico, o que implicou em divergências doutrinárias sobre o sentido e alcance do vocábulo.

De todo modo, é possível definir bem jurídico como “objeto, dotado ou não de existência física, economicamente avaliável ou não, cuja existência, condição ou destino são disciplinados pela norma jurídica”³⁰. A definição proposta é mais ampla que a definição da ciência econômica³¹, pois bens não avaliáveis economicamente também são considerados bens jurídicos.

²³ Op. cit., p. 36.

²⁴ ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 323.

²⁵ PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Principes, doctrine, jurisprudence. 3. ed. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1962. t. 1. p. 349.

²⁶ Cf. ASCENSÃO, op. cit., p. 37.

²⁷ Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929. p. 77; DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Parte geral. 3. tir. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. v. 1. p. 191-193; e SCHREIBER, op.cit.

²⁸ Cf. DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 219.

²⁹ Para Ferraz Júnior, “o sujeito nada mais é do que o ponto geométrico de confluência de diversas normas” e “esse ponto pode ser uma pessoa, física ou jurídica, mas também um patrimônio”. Para Mello, sujeito de direito é todo ente (pessoa, grupo de pessoas, etc.) a que o ordenamento jurídico atribui capacidade de direito e que, por isso, detém titularidade de uma situação jurídica (*lato sensu*), seja como termo de uma relação jurídica ou como titular de uma simples posição no mundo jurídico. Assim, toda pessoa tem personalidade jurídica e é sujeito de direito, mas nem todo sujeito de direito é pessoa. Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 127; e MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 235.

³¹ Bem econômico é tudo que é extrínseco ao homem e que se expressa em dinheiro, medida que representa os esforços pelos quais elas vieram à existência e que representa as necessidades que satisfazem. Cf. MARSHALL, Alfred. *Princípios da economia: tratado introdutório*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 1. p. 123.

Também é mais ampla que a definição de coisa, embora se reconheça posicionamento em sentido contrário³². Entre nós, o vocábulo “bem” deve ser utilizado de forma ampla, para designar todo objeto disciplinado pelo direito, ao passo que o vocábulo “coisa” deve ser utilizado para qualificar os bens disciplinados pelo Direito das Coisas, tal como foram estruturados os dois diplomas civis brasileiros³³.

Consequentemente, a definição atual não comporta a visão tradicional vinculada à propriedade privada. Embora parte da doutrina ressalte a natureza patrimonial e individual dos bens, apontando como características a utilidade, suscetibilidade de apropriação e economicidade, essas características têm sido relativizadas, diante das profundas transformações contemporâneas das relações da pessoa humana com o meio ambiente e com outros bens comuns ou difusos³⁴.

Neste aspecto, Schreiber³⁵ e Tepedino³⁶ propõem uma análise funcional dos bens jurídicos: “para cada bem, portanto, definido com sua específica destinação, finalidade e função, o ordenamento reserva regime jurídico que o singulariza”.

Quanto às classificações estabelecidas pelo Código Civil, os artigos 79 e seguintes apresentam a definição de bem imóvel, móvel, fungível, consumível, divisível, singular, coletivo, principal, acessório e bem público. Além destas classificações, a doutrina diferencia os bens entre corpóreos ou incorpóreos, bens que estão na própria pessoa ou fora da pessoa e bens disponíveis ou indisponíveis.

O critério classicamente construído para traçar a distinção entre bens corpóreos e incorpóreos é a tangibilidade, critério esse que pode ser encontrado nas institutas romanas³⁷, mas também em doutrina atual³⁸. Mas há corrente diversa, que não se pauta apenas pela tangibilidade, identificando como bens corpóreos os bens perceptíveis por todos os sentidos, podendo haver bens corpóreos materiais e imateriais³⁹.

Quanto à segunda classificação, Limongi França⁴⁰ identifica como bens que estão na própria pessoa os direitos da personalidade e como bens fora da pessoa os demais bens. Daí a razão de alguns autores preferirem denominar os direitos da personalidade como “direitos sobre a própria pessoa”⁴¹.

Já a terceira classificação tem relação com a antiga divisão romana dos bens “em patrimônio” e “fora do patrimônio” e com a classificação do Código Civil de 1916 em bens que estão fora do comércio. A propósito, Diniz⁴² e Pereira⁴³ identificam como bens disponíveis aqueles que podem ser objeto de alienação e indisponíveis aqueles que não podem, os quais se dividem em bens naturalmente indisponíveis – como o ar atmosférico, por exemplo – bens legalmente indisponíveis – cuja inalienabilidade decorre da lei – e bens convencionalmente indisponíveis – cuja inalienabilidade decorre da vontade humana.

³² Para parte da doutrina, “coisa” é gênero da qual “bem” é espécie, e para outra corrente, “bem” é gênero e “coisa” é espécie. Filiam-se à primeira corrente Silvío Rodrigues, Agostinho Alvim, Maria Helena Diniz, Limongi França, Serpa Lopes e Sílvio Venosa, e à segunda corrente Orlando Gomes, Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona, Francisco Loureiro e Paulo Nader.

³³ Beviláqua fundamenta que a parte geral do direito civil, nos códigos e nos tratados, é destinada a expor, primeiramente, os princípios sobre o sujeito e o objeto do direito. E ao comentar sobre a organização do diploma civil revogado, o jurista indica que a designação de “bem” na parte geral foi utilizada para dar sentido mais amplo, pois compreende coisas, direitos reais, obrigacionais e hereditários, por exemplo, ao passo que designação de “coisa” na parte especial foi utilizada para tratar da propriedade e de seus desmembramentos, isto é, bens particularmente tratados no Direito das Coisas. E quanto ao Código Civil de 2002, Moreira Alves, responsável pela parte geral, manteve a diferenciação de “bens” e “coisas”. Cf. BEVILÁQUA, op. cit., 1929, p. 77; BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927. v. 1. p. 259; e MACHADO, Costa (org.); CHINELATTO, Silmara Juny (coord.). *Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 10. ed. Barueri: Manole, 2017. p. 120.

³⁴ Cf. LÓBO, Paulo. *Direito civil*. Parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 1. E-book.

³⁵ Cf. SCHREIBER, op. cit.

³⁶ Cf. TEPEDINO, op. cit.

³⁷ Cf. CRETELLA JÚNIOR, José; CRETELLA, Agnes. *Institutas do jurisperito Gaio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 76; e RODRIGUES, Antônio Coelho. *Institutas do imperador Justiniano*. Recife: Typographia Mercantil, 1879. p. 82.

³⁸ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral do direito civil. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 379; e TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 17. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 1. E-book.

³⁹ Cf. ARAÚJO, op. cit.; ASCENSÃO, op. cit., p. 286; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. 30. ed. rev. e atual. Atualização: Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 342.

⁴⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 102.

⁴¹ Cf. SZANIAWSKI, Elimar apud ZAMPIER, Bruno. *Bens digitais*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 57.

⁴² DINIZ, op. cit., p. 415.

⁴³ PEREIRA, op. cit., p. 376-379.

Herança

A herança é objeto de estudo do Direito das Sucessões, que marca o encerramento da vida civil da pessoa humana, conforme artigos 1.784 e seguintes do Código Civil. Consequentemente, é instituto diretamente ligado ao fenômeno morte, por isso não se confunde com “meação”, matéria voltada para o Direito de Família, que decorre especificamente do regime de bens adotado por determinado casal⁴⁴.

O Código Civil brasileiro não traz o conceito, mas, com amparo nos diplomas civis portugueses⁴⁵ e espanhol⁴⁶, é possível definir herança como o complexo de situações jurídicas da pessoa natural que falece, as quais não devem se extinguir com o falecimento.

É tratada por parte da doutrina como sinônimo de “espólio”, mas a utilização deste último vocábulo é mais usual no âmbito processual, para identificar a representação da herança em juízo⁴⁷.

Voltando ao direito material, a herança é norteada pelo princípio da unidade da sucessão, isso porque é composta por situações jurídicas reunidas por determinação legal, para que sejam submetidas a disciplina única⁴⁸. Em decorrência do citado princípio, a herança é identificada, dentre as classificações dos bens, como bem imóvel e bem coletivo (universalidade de direito).

É bem imóvel por determinação legal, constituindo um todo unitário e indivisível até ultimada a partilhada, ainda que vários sejam os herdeiros, sendo aplicáveis as regras relativas ao condomínio, conforme artigos 80, II e 1.791 do Código Civil. O fato de eventual herança ser composta apenas por bens móveis não descaracteriza a classificação de bem imóvel⁴⁹.

Também é universalidade de direito, bem coletivo constituído pelo complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotadas de valor econômico, à vista do artigo 91 do citado diploma⁵⁰.

Diz-se complexo de relações jurídicas porque compreende bens, direitos e obrigações⁵¹, não se confundindo com universalidade de fato (art. 90, CC), composta de bens singularmente determinados; na realidade, os bens constituem a parte positiva da herança, mas ela é constituída tanto do ativo, quanto do passivo⁵².

Todavia, não são todas as situações jurídicas que podem ser objeto de sucessão “causa mortis”, daí a ressalva, na definição de herança feita neste tópico, de que ficam excetuadas as situações que “devem se extinguir com o falecimento”. Nas palavras de Diniz⁵³, “não integrarão o acervo hereditário os direitos personalíssimos nem as obrigações *intuitu personae* do falecido”.

Como a definição de universalidade de direito se refere a situações jurídicas dotadas de valor econômico – situações jurídicas patrimoniais, portanto –, a doutrina clássica costuma definir herança como o patrimônio do

⁴⁴ Segundo Limongi França, a herança é objeto de um direito adquirido pelo falecimento, seguindo a ordem de vocação hereditária prevista em lei, ao passo que a meação é direito próprio, decorrente do patrimônio adquirido em vida e comunicado entre o casal. Cf. FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 41. p. 27.

⁴⁵ Art. 2024. “Diz-se sucessão o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam”. Art. 2.025. “Não constituem objeto de sucessão as relações jurídicas que devam extinguir-se por morte do respectivo titular, em razão da sua natureza ou por força de lei”. Cf. ABÍLIO NETO. *Código civil anotado*. 17. ed. rev. e actual. Lisboa: Ediforum, 2010. p. 1447; e ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 234.

⁴⁶ Art. 659. “La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte”. Cf. DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Derecho de familia: derecho de sucesiones. Madrid: Editorial Tecnos, 1978. v. 4. p. 463.

⁴⁷ Dispõe o artigo 75, VII, do Código de Processo Civil: “Serão representados em juízo, ativa e passivamente: [...] VII - o espólio, pelo inventariante”.

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luíza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil*. Direito das sucessões. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 7. E-book.

⁴⁹ Cf. CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 29.

⁵⁰ O enquadramento de herança como universalidade de direito não é recente, pois já era feita entre os romanos. Inicialmente, os romanos identificavam a herança (*hereditas*) em um sentido subjetivo, como direito de sucessão (*ius successionis*), isto é, como o direito subjetivo do herdeiro (*heres*). Mas nos direitos pós-clássico e justinianeu, foi feita a distinção entre sucessão universal e sucessão singular e atribuído à herança um sentido objetivo, designando o patrimônio de uma pessoa, passando a ser identificada como universalidade de direito (*universitas iuris*). Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 704-705; e TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 177.

⁵¹ A título de exemplo, podem ser citados o artigo 943 do Código Civil (“o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”) e o artigo 1.700 (“a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor [...]”).

⁵² Cf. BEVILÁQUA, 1929, op. cit., p. 209; GOMES, Orlando. *Sucessões*. Atualização: Mario Roberto Carvalho de Faria. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 6. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das sucessões*. Atualização: Zeno Veloso. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7. p. 3.

⁵³ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1370.

falecido⁵⁴. No entanto, como recorda Cunha Gonçalves⁵⁵, há direitos e obrigações intransferíveis, ainda que patrimoniais, como o direito real de usufruto, por exemplo, que se extingue com a morte do titular, nos termos do artigo 1.410, I, do Código Civil.

Neste mesmo sentido, leciona San Tiago Dantas⁵⁶:

Não é a mesma coisa a herança e o patrimônio, porque, quando se considera o patrimônio de uma pessoa viva, incluem-se numerosas relações jurídicas apreciáveis economicamente que, na hora da transformação do patrimônio em herança, têm de ser excluídas: são as relações jurídicas de conteúdo econômico, porém estabelecidas *intuitu personae*, com vistas apenas à pessoa do titular. Desaparecido o titular, todas as relações jurídicas desaparecem.

Outrossim, pelo mesmo critério da economicidade, deixam de integrar a herança os direitos da personalidade, que têm natureza existencial e são intransferíveis por força de lei (art. 11, CC)⁵⁷, além de outros casos análogos, como ocorre, por exemplo, com os direitos de família (poder familiar, tutela, curatela etc.)⁵⁸.

Universo digital e seus impactos no âmbito do direito sucessório

Conforme ensina o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “As sociedades estão em transformação e a complexidade do mundo está exigindo novas formas de manifestação do fenômeno jurídico”⁵⁹. Nesse sentido, vale destacar que as novas formas de relações sociais, ensejadas especialmente pelos novos meios de convivência, como refletiu Zygmunt Bauman, “as atividades dos indivíduos consistem na reformulação e renegociação diária da rede de entrelaçamentos chamada sociedade”⁶⁰.

Com efeito, ao realizar a análise do direito como um objeto de consumo refletido nas mudanças sociais e peculiar aos grupos que o compõem⁶¹, podemos analisar o surgimento da figura da herança digital e das novas formas de relações sociais. Tércio Sampaio Júnior, ao analisar a ciência dogmática do direito na atualidade, relata: “o jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente”⁶².

Nesse sentido, o direito sucessório, que possui uma natureza milenar, vem se transfigurando paulatinamente em decorrência dos novos hábitos sociais e as recentes transformações tecnológicas da nossa sociedade moderna, isso porque, torna-se cada vez mais natural a existência de um patrimônio digital para cada indivíduo, seja por meio das redes sociais, correios eletrônicos, contratos de adesão, créditos, assinaturas, e outros arquivos armazenados virtualmente.

É válido ressaltar o valor sentimental que o patrimônio digital significa, como, por exemplo, fotografias, vídeos que revelam lembranças de momentos importantes⁶³. Então, com o propósito de garantir a sucessão do

⁵⁴ Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 17; FONSECA, Tito Prates da. *Successão testamentária*. São Paulo: Saraiva, 1928. p. 329; e OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1. p. 59.

⁵⁵ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil: em comentário ao código civil português*. 2. ed. atual. e ampl. e 1. ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, 1955. v. 9. t. 2. p. 623.

⁵⁶ DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. Atualização: José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 459.

⁵⁷ Neste ponto cabem algumas ressalvas: a) a atribuição de legitimidade para a proteção processual dos direitos da personalidade (art. 12, CC) não implica na transmissão dos direitos propriamente ditos; b) a utilização dos direitos da personalidade, se tiverem expressão econômica e se a lei permitir, é transferível, tal como ocorre com os direitos patrimoniais do autor (art. 41, Lei Federal 9.610/98 e art. 5º, XXVII, CF); e c) a lei pode prever a transmissão de direitos que a princípio não são passíveis de transmissão, como os direitos morais do autor (art. 24, § 2, Lei Federal 9.610/98). Cf. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. E-book; PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 12. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2018. p. 2092; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira apud ZAMPIER, op. cit., p. 134.

⁵⁸ Cf. GOMES, op. cit., p. 9; e MADALENO, Rolf. *Successão legítima*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book.

⁵⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 29.

⁶⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 39.

⁶¹ FERRAZ JÚNIOR, op. cit., 2003, p. 28-29.

⁶² *Ibid.*, p. 82.

⁶³ BARRETO, Alesandro Gonçalves; NERY NETO, José Anchieta. Herança digital. *Direito & TI*, Porto Alegre. Disponível em:

acervo patrimonial deixado no âmbito digital, é viável inclusive o planejamento sucessório, podendo ser até mesmo registrada pelo proprietário a intenção em um testamento, assim como se faria para bens de outra natureza.

Aliás, conforme ensinam Fábio Ricardo Rodrigues Brasilino e Mathias Carvalho dos Santos⁶⁴, o planejamento sucessório assegura o legado da personalidade virtual construída em vida e instrumento de observância aos direitos da personalidade, devendo ser considerado, ainda, que as redes sociais, além de servirem como forma de interação social, também consistem em fonte de renda pessoal e familiar.

No que tange às disposições do direito sucessório contemporâneo, não há no Brasil uma legislação específica que regule a sucessão dos bens virtuais, sujeitando-se as regras do Código Civil e da Lei 12.865/14 (Lei dos Direitos Autorais). Não obstante a isso, mesmo o Direito não tendo regulamentado tal evolução da sociedade, a ausência de legislação específica não obsta o tratamento da sucessão contemporânea, tendo em vista que o ordenamento jurídico possibilita lidar com a herança digital.

O desenvolvimento exponencial das novas tecnologias e sua relevância na vida da população em geral acarretou uma nova perspectiva a ser analisada no âmbito do direito sucessório. As redes sociais, inicialmente criadas com o intuito de promover a interação, tornaram-se importantes ferramentas de alto valor econômico. Essas plataformas carregam, além da perspectiva monetária, conteúdos sem valor material, sejam essas fotos ou mensagens, que passam a compor um patrimônio individual sujeito à sucessão.

Tendo em vista que, apesar da transmissão patrimonial sucessória ser um fenômeno constante ao decorrer da história, a herança digital passou a ser considerada recentemente como tópico cabível ao direito das sucessões e a falta de uma regulamentação adequada gera dúvidas sobre a possível caracterização dos bens digitais como patrimônio. A herança, por si só, pode ser conceituada de diferentes maneiras pelas mais diversas doutrinas, Clóvis Beviláqua, por exemplo, a descreve como “transmissão dos direitos e obrigações de uma pessoa morta a outra sobreviva, em virtude da lei ou da vontade do transmissor”⁶⁵.

Já Maria Helena Diniz⁶⁶ traz a definição de que “o patrimônio do falecido, isto é, o conjunto de direitos e deveres que se transmite aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do de cujus”. Por mais amplas e diversas definições que possam existir, os conceitos doutrinários não apresentam qualquer empecilho quanto a inclusão do acervo digital (sendo esse um conjunto de bens virtuais com potencial valor econômico) ao tratar-se da herança sucessória, pois o próprio ordenamento não traz qualquer restrição e conceitua o patrimônio de forma abrangente.

A temática da herança digital envolve a discussão acerca dos bens digitais, uma vez que tais bens são objeto da transmissão *causa mortis* nessa modalidade de sucessão. Os bens digitais compreendem, em sentido amplo, todo conteúdo armazenado no universo digital. A despeito de não existir legislação que trate dessa temática, a doutrina construiu uma classificação dos bens digitais, a fim de que, a partir do conhecimento acerca da natureza jurídica desses bens, torne-se possível o exercício da mais adequada forma de transmissão.

A classificação dos bens digitais, apresentada pelo professor doutor Bruno Zampier, em sua obra intitulada “Bens digitais”, é atualmente a mais utilizada pela doutrina. Basicamente, essa classificação divide os bens digitais em três categorias: bens digitais patrimoniais, bens digitais existenciais e bens digitais híbridos (patrimoniais e existenciais).

<https://direitoeti.emnuvens.com.br/direitoeti/article/view/59/57>. Acesso em: 5 nov. 2021.

⁶⁴ BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues; SANTOS, Mathias Carvalho dos. Planejamento sucessório do patrimônio virtual: o respeito à personalidade virtual. *Intertemas Toledo Prudente*, v. 16, n. 16, 2020. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/8549>. Acesso em: 14 nov. 2022.

⁶⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978. p. 2.

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito das sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6. p. 77.

Na primeira espécie, nos bens digitais patrimoniais, estão presentes tudo aquilo que possui caráter puramente econômico, ou de aferição econômica. A título de exemplo estão: as milhas aéreas ou as criptomonedas. Acerca da primeira espécie não há debate quanto a transmissibilidade, visto que o aspecto econômico naturalmente induz tais bens ao destino sucessório.

Em relação a segunda categoria, sua interpretação é mais complexa pois envolve, anteriormente, uma discussão acerca do fim dos direitos da personalidade, isto é, se tais direitos se extinguem ou não com a morte da pessoa natural. Os bens existenciais configuram-se como bens localizados no meio digital que possuam caráter personalíssimo, ou seja, vinculados à personalidade do titular, e que não desfrutem de aspecto econômico. As mensagens trocadas por aplicativo servem de bom exemplo, visto que as conversas íntimas que a pessoa falecida manteve durante a vida, carregam forte característica existencial, nesse aspecto, a destinação de tais bens é alvo de complexa discussão.

Por sua vez, no que toca aos bens digitais híbridos, a compreensão demanda ainda mais esforço, pois a noção de que um bem digital possa ter, ao mesmo tempo, caráter patrimonial e existencial, dificulta e problematiza as hipóteses de transmissão desses bens, uma vez que é bastante comum, atualmente, que a produção de conteúdo digital seja monetizada e renda fruto, isto é, seja rentável, de modo que as características personalíssimas presentes em determinado bem digital tornam-se indissociáveis aos aspectos econômicos advindos desses bens. Nesse aspecto, a controvérsia que recai sobre a transmissibilidade dos bens digitais mistos é fervorosa.

Ocorre que, embora temas venham sendo tratados no país, a evolução tecnológica cresce exponencialmente, e entendimentos e legislações não acompanham tal evolução gerando, portanto, atraso na regulamentação e discussão sobre a matéria. Resultado disso é a falta de arcabouço legislativo suficientemente necessário para regulamentar a denominada herança digital, o que gera insegurança jurídica em casos concretos envolvendo o tema. A fim de sanar a referida lacuna, vale mencionar no que toca a consideração dos dados como herança, projetos de lei, os quais constam como “arquivados” como o PL 4847/2012, o PL 4099/2012 e PL 75/2013 e visavam resguardar legal e formalmente aos herdeiros o direito a todos os conteúdos de contas e arquivos digitais do falecido.

Cumprido destacar que o Projeto de Lei 4847/2012 propunha acrescentar no Código Civil os arts. 1797-A a 1797-C, conceituando a herança digital como “tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual”, como senhas, redes sociais, contas da internet e qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido, sendo proposto, ainda, que ao herdeiro caberá definir o destino das contas, inclusive podendo transformá-la em memorial, restringindo acessos, apagar dados ou remover contas. Vale ressaltar que a justificação do referido projeto de lei destaca uma pesquisa do Centro para Tecnologias Criativas e Sociais, do Goldsmiths College (Universidade de Londres), o qual concluiu que 30% dos britânicos consideram seus bens *on-line* como herança digital e 5% já estão incluindo em testamentos tais legados virtuais.

Por sua vez, o Projeto de Lei n.º 4099/2012 (Câmara) e PLC 75/2013 (Senado), também arquivados, visavam acrescentar ao art. 1788 do Código Civil, um parágrafo único cujo teor determinaria que haveria a transmissão aos herdeiros de todo o conteúdo de contas ou arquivos digitais de titularidade do *de cujus*.

Nesse sentido, passa-se a uma análise de sujeito de direitos, bens e herança em âmbito virtual, digital. Entra-se nos meios digitais ao pensar nas mídias sociais, e-mails, páginas em *web*, *blogs*, *sites*, moeda virtual, contratos digitais, documentos em nuvem, plataformas e servidores virtuais, ante tais meios, muitas vezes extremamente lucrativos e valiosos do falecido.

Devido ao avanço da tecnologia e com o advento da internet as relações humanas foram remodeladas, os meios digitais deixaram de ser não apenas um meio de lazer e comunicação, mas passaram a ser fonte de renda, sendo que, como mencionado, atualmente, grande parte da população passou a trabalhar com plataformas digitais como *TikTok*, *lives*, *twitch*, *youtube* e entre outras.

Diante disso, os questionamentos existentes, dentre tantos, cita-se o principal: o que é a herança digital e como tratá-la? A herança digital é assim denominada pelos doutrinadores de direito sucessório como o conjunto de bens do falecido: bens virtuais, contas em redes sociais, conteúdos e materiais virtuais e todos os demais acima citados, são bens ou direitos utilizados, publicados ou guardados na nuvem. É evidente que ao tratar do assunto, entra-se em uma pauta de extrema importância, que seja discutida e regulamentada.

Portanto, o principal ponto e de mais relevância, é que podemos considerar os direitos, bens e heranças digitais como um direito de personalidade, assim como consideramos os bens corpóreos e patrimônio físico do falecido, sendo que o fato de serem bens e direitos virtuais em nada devem interferir ou minorar os direitos. Parte-se do pensamento que a herança digital também deve ser regulamentada pelo direito das sucessões, posto que o direito das sucessões é área do direito civil que regulamenta a transmissão dos bens em virtude do falecimento do indivíduo.

Outrossim, impõe consignar que atualmente está em trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1689/2021, o qual está apensado ao PL 3050/2020, cuja proposta tem como objetivo regulamentar o destino dos perfis em redes sociais após a morte, para tanto, o projeto estabelece regras para os provedores de aplicações de internet tratarem páginas, contas e publicações de pessoas falecidas.

Tal proposta visa acrescentar o art. 1791-A e 1863-A no Código Civil, incluindo na herança os direitos autorais, dados pessoais e interações dos usuários em provedores de aplicações na internet, resguardando o direito de acesso do sucessor, conceituando a herança digital jacente, isto é, quando não houver herdeiros legítimos, bem como a possibilidade de o *de cujus* realizar testamento cerrado, particular e codicilo em formato eletrônico, quando assinado digitalmente com certificado digital. O referido projeto visa, ainda, alterar o art. 41 da Lei 9.610/1998, a fim de incluir como direito patrimonial as publicações de internet. Vale ressaltar também a justificativa da mencionada proposta legislativa, a qual destaca a construção do retrato da vida no mundo digital, cujo teor pode significar uma memória ou patrimônio autoral do falecido e a propositura de preencher o vácuo jurídico proposto pelas dúvidas dos usuários como, por exemplo, de possibilidade de acesso, edição, remoção de páginas e conteúdo.

Outrossim, importa mencionar que, ao contrário, o art. 1.857 do Código Civil prevê que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”. Insta mencionar que a justificativa do referido projeto aborda a nova realidade gerada pelas tecnologias digitais e a judicialização de situações que familiares de pessoas falecidas postulam o acesso a arquivos e contas e soluções díspares que ensejam a necessidade de tratamento da temática pela legislação civil como medida de prevenção e pacificação de conflitos sociais, uniformizando tratamento e esclarecendo aos herdeiros o direito de acesso e controle das contas e arquivos digitais.

A preservação da vontade do falecido sobre o acervo digital tornou-se outro tópico de questionamento no âmbito do direito sucessório. De acordo com o art. 1.788 do Código Civil, “morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”. Isto é, a vontade não expressa pelo indivíduo enquanto em vida, sem o testamento, a sucessão recebe o nome de legítima, presumindo a vontade do falecido.

Desta forma, se houver testamento capaz de manifestar a vontade do falecido em relação à sua herança digital, ela deve ser respeitada, independentemente de o ordenamento jurídico reconhecer ou não o conceito, e, por outro lado, na hipótese de o falecido não deixar nenhum testamento digital, o sucessor poderá requisitar às aplicações de internet o acesso ou, na hipótese de ser negado, é possível que seja pleiteada a quebra de sigilo judicialmente.

Consistindo a herança um patrimônio transmitido aos herdeiros e levando em consideração a ideia expressa pelo código civil de 2002 de que o patrimônio inclui o complexo de relações jurídicas de valor econômico de um indivíduo, torna-se evidente que os arquivos digitais dotados de tal valor devem fazer parte da partilha sucessória. Em afirmação, a respeito do valor econômico junto com o ponto de vista normativo, Carlos Alberto Rohrmann⁶⁷ aponta que “Uma importante inovação do Código Civil foi estender o conceito de bem móvel ‘às energias que tenham valor econômico’. É inegável que os arquivos digitais de computador são ‘energia armazenada’[...]”, referindo-se ao art. 83, inc I. do Código Civil. Dessa forma, tendo arquivos digitais como energia armazenada, é possível ser considerado como um conjunto de bens móveis para efeito legal.

Diante disso, não obstante a ausência de uma legislação específica, o âmbito do Direito dispõe de instrumentos e princípios hermenêuticos em seu ordenamento jurídico que possibilitam lidar com a herança digital, pelo uso da analogia ou próprios costumes sociais, tendo em vista que nem sempre as normas jurídicas são capazes de acompanhar as mudanças tecnológicas.

Conclusão

Com isso podemos concluir que os herdeiros e representantes de espólio de heranças digitais, estão buscando direitos sucessórios através de meios legais, entretanto e, para tanto, é importante que haja regulamentação acerca da herança digital, para que não haja insegurança jurídica e nem violação a tais direitos, especialmente se considerados os direitos de cunho não patrimoniais do *de cuius* que se extrai das relações jurídicas no âmbito digital, conforme exposto. Não obstante, enquanto inexistente regulamentação específica, equipara-se herança digital à herança já regulamentada pelo arcabouço jurídico brasileiro, aplicando-se, inclusive, os princípios e instrumentos hermenêuticos no ordenamento jurídico, especialmente no que tange as disposições do direito sucessório.

Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1ª edição: Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos: Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ABÍLIO NETO. *Código civil anotado*. 17. ed. rev. e actual. Lisboa: Ediforum, 2010.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016
- ARAÚJO, Rogério Andrade Cavalcanti. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2022. E-book.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral. Introdução. As pessoas. Os bens*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.
- BARRETO, Alesandro Gonçalves; NERY NETO, José Anchieta. Herança digital. *Direito & TI*, Porto Alegre. Disponível em: <https://direitoeti.emnuvens.com.br/direitoeti/article/view/59/57>. Acesso em: 5 nov. 2021.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927. v. 1.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

⁶⁷ ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de direito virtual*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005. p.195.

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.
- BRASILINO, Fábio Ricardo Rodrigues; SANTOS, Mathias Carvalho dos. Planejamento sucessório do patrimônio virtual: o respeito à personalidade virtual. *Intertemas Toledo Prudente*, v. 16, n. 16, 2020. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/8549>. Acesso em: 14 nov. 2022.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Jean Melville. 2. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007. (Título original: *La cité antique*).
- CRETELLA JÚNIOR, José; CRETELLA, Agnes. *Institutas do juriconsulto Gaio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- CUNHA, Paulo Ferreira da; DIP, Ricardo. *Propedêutica jurídica: uma perspectiva jusnaturalista*. Campinas: Millennium, 2001.
- DANTAS, San Tiago. *Direitos de família e das sucessões*. Atualização: José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Parte geral. 3. tir. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. v. 1.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Derecho de família: derecho de sucesiones. Madrid: Editorial Tecnos, 1978. v. 4.
- DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral do direito civil. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito das sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- FONSECA, Tito Prates da. *Successão testamentária*. São Paulo: Saraiva, 1928.
- FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 41.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 3. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1994.
- GOMES, Orlando. *Successões*. Atualização: Mario Roberto Carvalho de Faria. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito das sucessões. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 7.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil: em comentário ao código civil português*. ed. atual. e ampl. e 1. ed. brasileira. São Paulo: Max Limonad, 1955. v. 9. t. 2.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- LÓBO, Paulo. *Direito civil*. Parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 1. E-book.
- MACHADO, Costa (org.); CHINELATTO, Silmara Juny (coord.). *Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 10. ed. Barueri: Manole, 2017.
- MADALENO, Rolf. *Successão legítima*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book.
- MARSHALL, Alfred. *Princípios da economia: tratado introdutório*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 1.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.
- MONTEIRO FILHO, Ralpo Waldo de Barros. *Manual de direito civil: parte geral*. Indaiatuba: Foco, 2018.
- MORAES, Bernardo B. Queiroz de. *Parte geral: código civil: gênese, difusão e conveniência de uma ideia*. São Paulo: YK, 2018.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. E-book.
- OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1.
- PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de droit civil belge*. Príncipes, doctrine, jurisprudence. 3. ed. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1962. t. 1.
- PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 12. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2018.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Introdução ao direito civil: teoria geral do Direito Civil. 30. ed. rev. e atual. Atualização: Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *O direito civil nas academias jurídicas do império*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/DIRE-7PYKYE>. Acesso em: 2 nov. 2021.
- RODRIGUES, Antônio Coelho. *Institutas do imperador Justiniano*. Recife: Typographia Mercantil, 1879.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das sucessões*. Atualização: Zeno Veloso. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.
- ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de direito virtual*. Belo Horizonte: editora del Rey, 2005.
- SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 17. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 1. E-book
- TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. 6. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra, 1991.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil*. Direito das sucessões. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 7. E-book.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ZAMPIER, Bruno. *Bens digitais*. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 134.

Obras consultadas

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Direitos fundamentais e a era digital. *Revista Ltr: legislação do trabalho*, São Paulo, v. 82, n. 1, p. 47-59, jan. 2018.

COSTA FILHO, Marco Aurélio de Farias. Herança digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, v. 9, 2016. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152/143>. Acesso em: 14 nov. 2022.

COSTA FILHO, Marco Aurélio de Farias. *Patrimônio digital: reconhecimento e herança*. Recife: Editora Nossa Livraria, 2016.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

FRITZ, Karina Nunes. Herança digital: quem tem legitimidade para ficar com o conteúdo digital do falecido? In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. *Direito digital, direito privado e internet*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 193-210.

GUILHERMINO, Everilda Brandão. Direito de acesso e herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (coord). *Herança digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 97-104.

HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas: reflexões jurídicas a partir do caso Gugu Liberato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*, Belo Horizonte, v. 23, p. 155-173, jan./mar. 2020. DOI:10.33242/rbdc.2020.01.008.

MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case report: corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. *Estudos Jurídicos RDU*, Porto Alegre, v. 15, n. 85, seção especial, p. 188-211, jan./fev. 2019.

PAOLINI, Marcelo Trussardi; AQUINO, Maria Paula Meirelles Thomaz de. *A indispensável função do testamento para garantir a sucessão de bens digitais*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-indispensavel-funcao-do-testamento-para-garantir-a-sucessao-de-bens-digitais-06062021>. Acesso em: 6 jun. 2021.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

Lei geral de proteção de dados pessoais na esfera educacional: proteção e tratamento de dados, suas diretrizes e limitações

ABNER CARLOS BARBIERI
ANA JÚLIA BUNIAK PINTO
ANDERSON RENATO MENDES DE OLIVEIRA
ANDRÉ ROCHA GIL MARTINS
ANA ALICE VAZ
ANA CLARA GOMES BALBINO
DANIEL MONTEIRO FRANCISCO
EMÍLIO DANIN
GABRIELA DA SILVA RINALDI
GRAZIELA CRISTINA NEZINHO
GUILHERME BALASTEGUI DE OLIVEIRA
IGOR JOSÉ MARTINEZ
ISABELLA GARCIA DOS SANTOS
ISABELLE ANASTÁCIO
IZABELLE DE SOUZA AFONSO
JOÃO VITOR MARQUEZINI THEODORO
JÚLIA FERREIRA
KAROLINA PAVANATTO DEVIETRO
LETÍCIA GRAZIELA FERREIRA VILELA
LAUANA GLEIDES ANDRADE
LUCAS HENRIQUE COSTA DA SILVA RAMOS
MARIA EDUARDA BEZERRA MARCOS
MARIA EDUARDA GIACOMO
MARIA BEATRIZ DOS SANTOS
MARIANA FERRAZ RIBEIRO
MARINA COSTA RIBEIRO
MATHEUS MENDES MARQUES
RAFAELA CECÍLIA MILAN
TULIO ANDREGHETTO MACHADO
YAN MARTINS

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

PALOMA FERNANDES LINS

Advogada. Especialista em Ética empresarial: direito societário, contratos e compliance pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho: novos paradigmas do Trabalho no Século XXI pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

ISABELA ZATTI PERIN

Advogada. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

ISABELLA SOUZA RAINHO DE OLIVEIRA POLI

Advogada. Mestranda em Ciência, Tecnologia e Sociedade pela UFSCAR. Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

AMANDA SANCHEZ

Advogada. Pós-graduanda em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. Pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

LUÍS ANTÔNIO ROSSI

Advogado. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2016). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Professor e Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ao setor da educação diante das exigências impostas pela mencionada legislação para o tratamento de dados pessoais e dados pessoais sensíveis.

Palavras-chave: Dados pessoais. Proteção de dados. Dados pessoais sensíveis. Educação.

Abstract: The present work aims to analyze the impacts of the General Law for the Protection of Personal Data on the educational sector in view of the requirements imposed by the aforementioned legislation for the treatment of personal data and sensitive personal data.

Keywords: Personal data. Data protection. Sensitive personal data. Education.

Introdução

Considerando a inviolabilidade da vida privada, a proteção dos dados pessoais, os princípios da privacidade, confidencialidade, disponibilidade, adequação e finalidade, bem como a composição da sociedade da informação, a qual é representada pela utilização de tecnologias de armazenamentos e transmissão de dados a baixo custo e o dever de compartilhamento dos dados com órgãos de ensino, revela-se necessária a identificação dos impactos da Lei Geral de Proteção de Dados, também conhecida como LGPD, (Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018), no setor privado da educação, especialmente no que toca ao compartilhamento de dados entre profissionais, órgãos e instituições de educação, sobretudo em razão da necessária adoção de novos procedimentos para o tratamento de dados pessoais a fim de obedecer a nova legislação¹.

A LGPD

O ato de proteger dados pessoais, na atualidade, é um dos temas mais discutidos, e não apenas no universo jurídico, tendo em vista que, cada vez mais, os indivíduos, na qualidade de titulares de seus dados pessoais, percebem e são conscientizados sobre a importância de protegerem as informações que lhes dizem respeito.

Diante de tal relevância, é oportuno contextualizar o surgimento da necessidade de proteção de tal direito humano que, inclusive, não é um tema tão novo como aparenta ser, naturalmente em razão de sua relevância. Nesse sentido, vale lembrar que, depois da segunda metade do século XX, vários países europeus fizeram suas constituições com normas que possuíam a privacidade como direito fundamental, a título de exemplo, a Constituição da República Portuguesa de 1976, foi a primeira a prever, em seu art. 35², a proteção de dados como um direito fundamental.

Acompanhando esse movimento, outros países europeus ordenaram acerca da temática de proteção de dados, como a França, Alemanha e Dinamarca. Vale mencionar que no ano de 1981, o Conselho da Europa sancionou a principal norma de privacidade sobre a ótica acerca dos direitos fundamentais, a Convenção nº 108.

Já em 1995, a União Europeia criou a Diretiva Europeia de Proteção de Dados Pessoais (95/46/CE) deixando todos os membros do bloco econômico europeu com a mesma legislação, até sua substituição pelo Regulamento 2016/679³, denominado *General Data Protection Regulation* (GDPR), que foi e é inspiração para a elaboração da atual lei brasileira de proteção de dados pessoais, a LGPD.

O ordenamento jurídico brasileiro, até a data da entrada em vigor da lei que protege dados pessoais no Brasil, passou por diversas consultas públicas até o texto final ser, de fato, sancionado, o que permitiu discussões do tema por um longo período, gerando diversos questionamentos oportunos que perduram até o momento. A legislação teve aprovação unânime, e integralmente entrou em vigor em 1º de agosto de 2021, se tornando a

¹ PINHEIRO, Patricia Peck. Nova lei brasileira de proteção de dados pessoais (LGPD) e o impacto nas instituições públicas e privadas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1000, ano 108, p. 309-323, fev. 2019. p. 310.

² PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Portugal: Assembleia da República/Diário da República, 1976. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>. Acesso em: 8 nov. 2021.

³ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento europeu e do conselho, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE* (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Bruxelas, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Acesso em: 17 ago. 2020.

norma reguladora acerca do tema no Brasil⁴, embora seja sabido que são diversas as legislações que a complementam, como o próprio Código de Defesa do Consumidor, Marco Civil da Internet (lei nº 12.965/2014), dentre outras legislações, havendo, portanto, como bem leciona Claudia Lima Marques, em verdadeiro “Diálogo das Fontes”⁵ entre todas as legislações que de alguma forma preveem a proteção de dados pessoais.

A LGPD é um passo fundamental para o legislativo brasileiro transformar consideravelmente o atual modelo de tratamento de dados pessoais, que passa a coletar e tratar somente os dados essenciais, já que a mesma regulamenta a forma como os dados pessoais podem ser tratados. Cumpre esclarecer, embora cediço, que a LGPD traz o conceito de tratamento, o qual, dentre inúmeros outros, deverá ser observado para qualquer operação que seja realizada com a informação⁶ pessoal. A LGPD visa a proteção dos dados pessoais e dados pessoais sensíveis da pessoa natural, conforme se extrai da lei os conceitos:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:
I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;
II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

O dado pessoal é ativo importante para a atividade empresarial, social e pessoal, bem como para a concretização de políticas públicas e desenvolvimento econômico global, sendo que, como citado acima, a LGPD conceitua dado pessoal como informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável.

Então, ao menos, pode-se dizer que se trata de informação que, isolada ou associada, seja capaz de permitir a identificação de uma pessoa natural. Logo, nome, prenome, estado civil, número do Cadastro da Pessoa Física, número da cédula de identidade, profissão, são alguns exemplos de dados pessoais, o que permite distinguir de dados gerais que não possuem vínculo objetivo com a pessoa.

Por outro lado, informações pessoais que dizem respeito ao mais íntimo da pessoa, como, por exemplo, dados sobre origem racial, étnica, convicção religiosa, opinião política, saúde, vida sexual e outros são os denominamos dados pessoais sensíveis, descritos no art. 5º, inciso II, acima citado. Notadamente, o tratamento de tais dados deverá observar bases legais mais restritivas em comparação com os dados pessoais, considerando a possibilidade de serem causados danos ao titular, de modo que o legislador os tutelou a fim de proteger as vulnerabilidades que inclusive podem se revelar potencialmente mais gravosas aos direitos fundamentais e da personalidade.

A lei dispõe sobre o tratamento de dados feito por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado e engloba um amplo conjunto de operações efetuadas em meios manuais ou digitais. É válido para os dados relacionados à pessoa (brasileira ou não) que esteja no Brasil, no momento da coleta; dados tratados dentro do território nacional, independentemente do meio aplicado, do país-sede do operador ou do país onde se localizam os dados; dados usados para fornecimento de bens ou serviços. E não se aplica a dados de fora do Brasil e que não sejam objeto de transferência internacional.

Diante de tudo isso, protegendo as informações que dizem respeito à pessoa natural, é garantido o respeito à privacidade, a observância a boa-fé, e assegurar os direitos fundamentais de inviolabilidade da intimidade, da honra, da imagem e da vida privada, além da autodeterminação informativa, de modo que o cidadão tem mais

⁴ STELZER, Joana *et al.* A lei geral de proteção de dados pessoais e os desafios das instituições de ensino superior para a adequação. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE GESTÃO UNIVERSITÁRIA, 19., *Anais* [...], nov. 2019. v. 1. p. 4-7.

⁵ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Diálogo das fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 18.

⁶ LGPD, Art. 5º, inciso X: “tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

segurança e controle de seus dados pessoais. Ademais, é garantido ao titular, assim denominado pela LGPD, o dono das informações, sejam dados pessoais ou dados pessoais sensíveis, a sua liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, que são direitos previstos na Constituição.

Não obstante, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação são parte do processo, a partir da criação de um cenário de segurança jurídica em todo o país, assegura também a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, por meio de regras claras e válidas para todo o setor privado e dos setores que tratam sobre direitos humanos, o livre desenvolvimento de personalidade, dignidade e o exercício da cidadania que poderá ser exercido pelas pessoas⁷.

Nota-se que, em decorrência das evoluções tecnológicas, não há como negar que a sociedade tem se comportado de maneira mais expressiva e liberta nas mais diferentes ocasiões do dia a dia. Sendo assim, é indubitável a necessidade de tais situações cotidianas serem regulamentadas pelo direito, tendo em vista que inúmeros dados pessoais, sejam eles de pessoas físicas, circulam na internet, e precisam, para todos os efeitos, serem resguardados de possíveis violações.

Nesse sentido, necessário se faz mencionar o entendimento da Fernanda Graebin Mendonça⁸:

A sociedade de hoje é resultado de uma revolução gerada pela informação, razão pela qual ela é comumente chamada “sociedade da informação”. O grande fluxo informacional que circula rapidamente de um lado a outro do planeta por meio das novas ferramentas de tecnologia e de comunicação mostra que a informação é orientadora e permeadora das relações, fortalecendo-as (por um lado) e permitindo o surgimento de novas a partir da derrubada das barreiras físicas. Nos dias de hoje, é possível acompanhar fatos que acontecem em um país muito distante em tempo real através da televisão, manter conversas simultâneas com várias pessoas de vários lugares, trocando vídeos e fotos, através das redes sociais e descobrir qual a melhor rota para ir de um lugar a outro sem pegar trânsito por aplicativos de celular em apenas alguns segundos – e enquanto dirige, no breve tempo do sinal vermelho do semáforo.

Outrossim, observado o grande “boom tecnológico” e, estando a sociedade abarrotada de informações que circulam a todo instante e nos mais diferentes locais do mundo, a presença de regras específicas para o tratamento, armazenamento, coleta e compartilhamento de dados tornou-se primordial.

Além do exposto, é oportuno mencionar que a nova lei estabeleceu os seguintes princípios que devem ser observados quando do tratamento de dados pessoais e/ou dados pessoais sensíveis, de modo que se proteja tais dados no momento do tratamento: finalidade, adequação, necessidade, acesso livre, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilidade.

É relevante pontuar que, com o propósito de fomentar o cumprimento das disposições acerca da temática de proteção de dados, foi criada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), a qual foi recentemente transformada em autarquia de natureza especial pelo advento da Lei Federal n. 14.460 de 25 de outubro de 2022 com o propósito de assegurar à ANPD autonomia técnica e decisória.

Inclusive, importante destacar que a proteção de dados pessoais foi incluída como direito fundamental, através da Emenda Constitucional nº 115, de 2022, e em perfeita sincronia com a lei geral de proteção de dados pessoais, assim como esclarece a competência privativa da União para legislar sobre assuntos, de como devem ser protegidos e tratados os dados pessoais⁹.

⁷ SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS. *Objetivo e abrangência da LGPD*. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lcpd/menu/tratamento-dos-dados/objetivo-e-abrangencia-da-lcpd#:~:text=A%20Lei%20Geral%20de%20Prote%C3%A7%C3%A3o,da%20personalidade%20de%20cada%20indiv%C3%ADduo.&text=E%20n%C3%A3o%20se%20aplica%20a,sejam%20objeto%20de%20transfer%C3%Aancia%20internacional>. Acesso em: 18 out. 2021.

⁸ MENDONÇA, Fernanda Graebin. *O direito à autodeterminação informativa*: a (des)necessidade de criação de um novo direito fundamental para a proteção de dados pessoais no Brasil. Unisc, 2014. p. 2. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/analisis/index.php/sidspp/article/view/11702>. Acesso em: 18 out. 2021.

⁹ Proposta de Emenda à Constituição n. 17 de 2019. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5o, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Cf. BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *Proposta de emenda à constituição nº 17, de 2019*. Brasília, DF, 12 mar. 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7925004&ts=1594003895291&disposition=inline>. Acesso em: 8 nov. 2021.

Educação e dados por ela produzidos

Pode-se observar que, conforme já apontado, com o advento da LGPD, houve diversas modificações extremamente relevantes e importantes no que se refere ao tratamento de dados pessoais no ordenamento jurídico pátrio, que apesar de estarem relacionados a direitos fundamentais previstos pela Constituição Federal de 1988, ainda careciam de efetiva proteção no momento de tratamento desses dados pelas pessoas jurídicas públicas e privadas.

Necessário ressaltar que esse novo marco legal brasileiro alcança todos os tipos de instituição, seja pública ou privada, que produza e armazene de alguma forma qualquer tipo de dado pessoal dos indivíduos a que se relaciona. Segundo a lição de Luiz Fernando Salles Giannellini e Renata Mota Maciel:

[...] por expressa dicção do *caput* do artigo 3º, se aplica à pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou de direito privado, forçosamente se conclui que a LGPD abarcará todos os contratos de serviços educacionais. As próprias formalidades determinadas pela lei para obtenção do consentimento convergem com as exigências legais do Código de Defesa do Consumidor, quanto à sua obtenção por escrito por meio de cláusula contratual destacada das demais, e do Código Civil, quanto à ausência de quaisquer vícios a manifestação volitiva, diplomas legais que são, igualmente, aplicados aos contratos de serviços educacionais.

Veja-se que a dinâmica da prestação de serviços educacionais ou do modelo de negócio impõe obediência à LGPD, já que são frequentes, para não dizer condizentes, a realização:

- (i) de parcerias institucionais das mais variadas formas e espécies, como por exemplo: (a) com outras instituições de ensino em relação à programação curricular, (b) como critério para obtenção de descontos e bolsas (vide os programas sociais do próprio Estado, destinados ao fomento da Educação, como por exemplo, o Prouni e o Fies, e das próprias instituições de ensino, como o PRIUNI da Universidade Nove de Julho – UNINOVE), (c) seja em relação a abertura de ativos financeiros em instituições financeiras;
- (ii) de hospedagem de banco de dados em nuvem, circunstância que imporia a necessidade de transferência dos dados pessoais, inclusive, dos sensíveis, a terceiros que não o próprio controlador;
- (iii) ações e estratégias de marketing digital, como envio de mailing, mala direta, etc;
- (iv) uso de mídias e plataformas de educação digital;
- (v) realização de excursões, ranqueamento entre alunos, visando estímulo à competição, divulgação de projetos científicos em eventos de cooperação acadêmica e etc.¹⁰

Passa-se a tratar, neste tópico, os diversos tipos de dados educacionais que são produzidos e tratados diariamente pelas inúmeras instituições de ensino. Logo de início, percebe-se que para o funcionamento de qualquer instituição, não sendo diferente no que se refere às instituições de ensino, muitas vezes e, na maioria dos casos, são necessárias coletas de diversos tipos de dados que passam a ser abrangidos pela LGPD, e que, portanto, devem ser observados para que sejam tratados de maneira minuciosamente correta, nos moldes da citada lei.

Alguns exemplos mais comuns que podem ser percebidos são: os dados de alunos, de seus familiares (pais, responsáveis), os próprios colaboradores da instituição em geral, funcionários, terceirizados, prestadores de serviço para a instituição de ensino, professores, dentre vários outros.

Além disso, nota-se que na esfera da educação, de maneira geral, há dados que são imprescindíveis à formalização de uma relação contratual, como o próprio contrato de prestação de serviços educacionais ou mesmo o momento de formalização de matrícula, em que a coleta de dados individuais como nome, data de nascimento, filiação e endereço são necessários, e por conseguinte, precisam estar abrangidos pela LGPD, e devem ser observados tanto pelos titulares dos dados, quanto pela própria instituição de ensino, que coleta e trata tais dados.

Vale mencionar, também, que muitas vezes, essas informações coletadas acabam por envolver dados sensíveis que, por sua vez, devem ser cuidados de maneira ainda mais cautelosa, como, por exemplo, podemos

¹⁰ GIANNELLINI, Luiz Fernando Salles; MACIEL, Renata Mota. O impacto da Lei Geral de Proteção de Dados nos contratos de prestação de serviços educacionais. In: CONGRESSO INTERNACIONAL: desafios e perspectivas das autoridades de proteção de dados pessoais e privacidade. *Anais* [...], Ribeirão Preto: USP, 2019. p. 336-337.

citar o tratamento de dados financeiros dos pais, religião de funcionários, fotos coletadas, uso de imagem de alunos e professores e informações médicas que, eventualmente, sejam armazenadas para alguma finalidade.

Faz-se necessário, portanto, que esses indivíduos que porventura tenham contato com essas instituições estejam plenamente cientes sobre cada um dos propósitos que justifiquem a coleta e tratamento de seus dados, bem como a maneira como serão utilizados, mantidos e descartados, para que dessa forma não acabem por saírem prejudicados, tendo suas informações pessoais vazadas ou situações ainda mais gravosas.

Ao se analisar os dispositivos legais da LGPD, nota-se que as instituições de ensino que tenham por finalidade o ensino de crianças e adolescentes precisam dar uma atenção especial à Seção III (Do Tratamento de Dados Pessoais de Crianças e de Adolescentes), do Capítulo II (Do Tratamento de Dados Pessoais), a qual faz uma abordagem específica quanto ao tratamento de dados desse público.

De acordo com o §1º do art. 14: “O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal”. Logo, o principal critério para o tratamento dos dados é o consentimento do responsável legal. A LGPD dispõe a respeito das informações que serão coletadas, e como serão utilizadas e armazenadas, sendo imprescindível o conhecimento dos titulares dos dados e seus responsáveis: “§2º No tratamento de dados de que trata o §1º deste art., os controladores deverão manter pública a informação sobre os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18 desta Lei”.

De uma forma geral, pode-se dizer que a lei determina que as instituições de ensino apenas façam a coleta de informações para o uso em propósitos específicos, devendo dar conhecimento aos titulares dos dados sobre a finalidade do armazenamento, sendo vedada a utilização das informações para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos e, ainda, fornecer todos os elementos aos titulares quanto ao tratamento dos dados coletados.

Relevância dos dados educacionais no âmbito social

Como visto, no âmbito da educação, há inúmeros dados pessoais no sistema, sejam de alunos, professores, pais e responsáveis e, até mesmo, das próprias instituições de ensino. E para a análise de qual a relevância desses dados educacionais na sociedade, é imperioso estabelecer uma distinção entre os dois ensinos existentes no Brasil: público e privado. De forma breve, no primeiro, o Estado é a Instituição que patrocina a escola ou a universidade, no segundo, não há a “administração” de um governo, mas sim, uma ou mais pessoas que são donas daquela instituição de ensino¹¹.

Ambas as modalidades de ensino guardam consigo interesses públicos e privados para a sociedade. Aliás, a educação, ainda que prestada por uma instituição privada, consiste em um serviço público, de modo que as próprias instituições privadas dependem de autorização e são supervisionadas pelo Poder Público, dado o interesse público de tais tratamentos.

Jean Rivero¹² traz o conceito de interesse público como sendo “um interesse geral, destinado a satisfazer as necessidades da comunidade e dos indivíduos individualmente considerados”. Nesse sentido, é de entendimento que o interesse público se trata de ações administrativas voltadas para os objetivos fundamentais do Estado, os quais se revelam por meio da concretização dos direitos fundamentais e da observância dos princípios constitucionais.

O desenvolvimento exponencial da tecnologia da informação e de técnicas de tratamento de dados tem sido cada vez mais utilizado por parte da administração pública como um instrumento de manutenção e promoção

¹¹ IDEC. *Diferenças entre o ensino público e o ensino privado*. Disponível em <https://idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/diferencas-entre-o-ensino-publico-e-o-ensino-privado>. Acesso em: 17 nov. 2021.

¹² RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. Rogério Ehrhart Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 14-15.

social. Diante desse cenário, o potencial proporcionado pelo uso de dados, a fim de favorecer o setor educacional, tornou-se cada vez mais evidente, o que, inclusive, incentivou na criação de serviços e de instituições, não só em território brasileiro, mas também ao redor do mundo.

Com base nesse propósito, a iniciativa *Data Wise Project*, promovida por pesquisadores acadêmicos da *Harvard Graduate School of Education*¹³ tomou forma e passou a ser aplicada. O principal objetivo por trás do referido projeto é o de elevar a qualidade do ensino americano através da interpretação das evidências coletadas com base nas análises dos dados escolares. Como resultado do uso direcionado dessas informações, o índice de evasão escolar seria reduzido, além de aumentar as chances desses alunos ingressarem em universidades conceituadas e, posteriormente, se tornar o fator decisivo para uma melhor colocação no mercado de trabalho.

Por conseguinte, já em território nacional, o uso dos dados educacionais em função do interesse público, acerca do avanço científico, também foi posto em prática. Criado pelo Governo Federal, o Sedap é um serviço que viabiliza o acesso a dados protegidos com vistas ao desenvolvimento de pesquisas educacionais de interesse público com a manutenção do sigilo e da identidade dos indivíduos e instituições, conforme a legislação vigente¹⁴.

O acesso a esses dados é realizado em salas seguras e permite que os pesquisadores possam continuar seus projetos, desde que cumpridos os procedimentos que permitem o acesso a esses dados e que atendam à legislação de proteção de dados em vigor. Dessa forma, é que o compartilhamento de dados educacionais, de acordo com as adequações e regras determinadas pela LGPD, ganha relevância em âmbito social para os interesses públicos, vez que tais dados possibilitam o desenvolvimento da educação e da pesquisa em si.

O interesse privado, por sua vez, compõe o interesse público em sentido amplo, ao mesmo tempo em que é interesse próprio do indivíduo, mas que deve sempre ceder ao interesse público. Portanto, o interesse particular engloba o interesse puro e simples da pessoa (física ou jurídica, de Direito Público ou de Direito Privado) carente de tutela pelo ordenamento jurídico¹⁵.

Ana Frazão¹⁶ ensina:

[...] entende-se que a proteção de dados é de interesse público e privado, em virtude de ser fundamental para manter vivos e atuantes os pressupostos da democracia, diante da ameaça de manipulação informacional e digital que trazem para a sociedade e o convívio humano, e para a busca das melhorias no sistema educacional.

Contudo, em busca de tais melhorias para a proteção desses dados, se revela imprescindível a análise do sistema educacional, tendo sido inclusive criado o Censo Escolar, o qual consiste em ferramenta de levantamento de dados nacionais, com mapeamento estratégico da educação básica no país¹⁷.

O Censo Escolar refere-se à coleta de dados estatísticos educacionais realizada em todo país, com o objetivo de fornecer uma imagem da situação das escolas do Brasil¹⁸. Criado por meio do Decreto nº 6.425/2008, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) coleta essas informações de todas as escolas de ensino regular, que vão desde o ensino infantil ao médio.

Com as informações coletadas, elaboram-se diagnósticos acerca do ensino no Brasil, que oferecem dados que servem para o planejamento, a execução e o acompanhamento das políticas públicas, de modo que resultam em melhorias no sistema educacional.

¹³ RABELO, Maria Eduarda. *Em novo livro, autores reforçam potencial da análise de dados na educação*. Disponível em: <https://desafiosdaeducacao.grupoa.com.br/livro-data-wise-educacao/>. Acesso em: 16 nov. 2021.

¹⁴ BRASIL. *Serviço de acesso a dados protegidos do Inep (Sedap)*. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/usar-o-servico-de-acesso-a-dados-protegidos-do-inep>. Acesso em: 16 nov. 2021.

¹⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 196.

¹⁶ FRAZÃO, Ana. *A lei geral de proteção de dados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 4.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

Importante destacar, ainda, que os dados educacionais que se referem a “um controle” dos alunos que frequentam as redes públicas e privadas têm objetivo de auxiliar gestores educacionais, educadores, pesquisadores e estudantes na pesquisa pelos dados produzidos pelo Instituto. Estes dados podem ser pessoais ou sensíveis, pessoais aqueles que tratam sobre costumes, por exemplo, e sensíveis, como os que tratam sobre raça, etnia, etc.

Além dos dados pessoais, que identificam a criança ou adolescente, tal como nome completo, dados dos pais ou responsáveis, endereço, entre outros, há os dados sensíveis, que incluem informações de cunho religioso, origem étnica e racial, até informações sobre a saúde do aluno não estão de fora das exigências tratadas pela LGPD. Portanto, no caso escolar, os relatórios pedagógicos sobre o rendimento do aluno possuem muitas informações que se enquadram na categoria de dados sensíveis.

Entretanto, é de suma necessidade uma transformação nas práticas e costumes do ambiente de ensino, indo desde creches, escolas, universidades, até todos os fornecedores que atuam em conjunto com elas, como o transporte escolar, os responsáveis por viagens e excursões, até mesmo o teatro, o museu e ambientes que realizem atividades esportivas.

Com o avanço da era digital, os dados que outrora eram mantidos de forma física, migraram para plataformas digitais em intranets, sites e aplicativos. E, ainda que com acesso restrito, é necessário que sejam revistas e construídas novas políticas de uso e de acesso, um desafio de equilíbrio entre a conveniência e a lei, de modo que, inclusive se pergunta: o compartilhamento de dados educacionais para o setor privado pode aumentar o nível da educação?

A resposta é simples: os ensinos privado e público compõem duas modalidades separadas que se contrapõem em bloco, ou seja, tudo o que é de interesse público acaba se tornando interesse privado e vice versa, sendo assim, o compartilhamento dos dados aumentaria o nível da educação, porém, tudo deverá ser feito de forma moderada, respeitando a LGPD, pois, o uso de dados pessoais de maneira que vai além da finalidade informada, e sem qualquer base legal que a justifique, é uso indevido de dados e pode gerar responsabilidade, além de que a proteção de dados também é de interesse público e privado¹⁹.

E embora haja a coleta de dados pessoais em censos escolares em institutos para pesquisas e para o desenvolvimento da educação, há formação de arquivos públicos e privados aos quais deve ser garantido o tratamento e a proteção em atendimento à LGPD, assegurando, ainda, o sigilo dos dados pessoais, conforme determina o art. 6º, do Decreto nº 6.425, de 2008, que dispõe sobre o censo anual da educação, *in verbis*:

Art. 6º Ficam assegurados o sigilo e a proteção de dados pessoais apurados no censo da educação, vedada a sua utilização para fins estranhos aos previstos na legislação educacional aplicável.

Importante anotar, ainda, que os dados pessoais envolvidos no sistema educacional, em sua grande parte, são de crianças e adolescentes. A LGPD, em seu art. 14, prevê controle mais rigoroso quando se refere ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, que somente deverá ser realizado visando o seu melhor interesse e com consentimento específico de pelo menos um dos pais ou responsável legal pela criança, conforme dispõe o §1º deste art.:

§1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

¹⁹ FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Perguntas frequentes sobre a lei geral de proteção de dados*. Disponível em: <https://www7.fieng.com.br/publicacoes-internas/LGPD%20FAQ>. Acesso em: 17 nov. 2021.

Assim, verifica-se que os dados educacionais são importantes para o desenvolvimento do sistema de educação no Brasil, assim como para as pesquisas realizadas na educação. De toda forma, importante observar, muitas vezes, pode-se invocar o legítimo interesse para justificar algum compartilhamento de dados educacionais.

O legítimo interesse é uma das bases legais previstas no art. 7º, da LGPD, que possibilita o tratamento de dados pessoais e está relacionado à possibilidade do tratamento de dados por interesses legítimos cujo tratamento não possa se justificar pelas demais bases legais previstas na LGPD.

Entretanto, quando há tratamento de dados com base em legítimo interesse, os controladores terão maior responsabilidade, principalmente, quanto à transparência no tratamento desses dados, devendo legitimar o seu interesse na coleta, uso, descarte e armazenamento, além de poder lhe ser solicitado relatórios de impacto à proteção de dados pessoais, devendo, ainda, manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizar. Nesse sentido, Cristina Moraes Sleiman²⁰ conclui:

Considerando que a escola tem a missão educacional, mas não deixa de ser uma empresa, possuindo, assim obrigações legais não há dúvidas que deverá estar em *compliance* a LGPD, uma vez que promove o tratamento de dados pessoais em relação a seus alunos, pais, colaboradores, e muitas vezes até mesmo em relação a visitantes, familiares e amigos de seus alunos, por serem potenciais ingressantes no futuro.

Assim, os dados educacionais são informações importantes e necessárias para o sistema de educação, seja para censos nacionais, seja para pesquisas, seja para o desenvolvimento da educação em si, tanto no setor público, quanto privado. Entretanto, aos dados educacionais também devem ser observadas as determinações de tratamento pelo LGPD, especialmente quando o tratamento estiver fundamentado em legítimo interesse, quando deverão ser observadas as regras próprias dessa base legal.

Diretrizes e limites alusivos à proteção e ao compartilhamento dos dados educacionais

Assim, considerando as inúmeras operações realizadas com os dados pessoais de alunos por instituições de ensino de natureza pública ou privada, sendo realizados, inclusive, compartilhamentos de dados para com o poder público, bem como o fato de que, inquestionavelmente, o setor da educação no Brasil envolve milhões de pessoas, desde o ensino primário até as qualificações do ensino superior, por essa razão, avista-se nesse contexto um universo gigantesco de dados em circulação, o que demanda, portanto, regulamentação e cautela a fim de garantir a devida proteção disposta no ordenamento jurídico.

Com o advento da LGPD, essa dinâmica de circulação de dados passou a ser regulamentada. Nesse sentido, o inciso III do art. 7º²¹ traz o principal requisito permissivo para o tratamento de dados pessoais pela Administração Pública. Por esse inciso, a lei disciplina sobre o tratamento dos dados pessoais sensíveis e desenvolve especificamente sobre a hipótese de manipulação de dados pessoais no que concerne sua utilização pela administração pública, sendo indispensável levar em consideração que alguns tratamentos de dados são imprescindíveis para o cumprimento das obrigações legais de seus controladores, conforme seu setor de atuação.

O tratamento de dados pessoais para prestação de serviços educacionais se revela essencial, especialmente para acompanhamento e avaliação de alunos e docentes no exercício de suas atividades. Estabelece o art. 208, §3º, da Constituição Federal, que “*Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental*

²⁰ SLEIMAN, Cristina Moraes. Os impactos da lei de proteção de dados pessoais para as instituições de ensino. Lei 13709/2018. In: LIMA, Ana; HISSA, Carmina; SALDANHA, Paloma. *Direito digital: debates contemporâneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 135.

²¹ Art. 7, inciso III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta lei;

[...].” Sob esse contexto, foi publicada a Resolução nº 1 de 2018 CNE/MEC²², a qual elenca no art. 7º, as informações obrigatórias que devem constar nos registros administrativos, essa obrigatoriedade de registros se fundamenta, principalmente, na necessidade de aprimoramento dos serviços prestados ou para elaboração de políticas públicas.

Por sua vez, as instituições de ensino devem manter cuidados redobrados no que tange ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, tendo a LGPD reservado uma seção própria para disciplinar a questão, atribuindo ao controlador o dever de gerenciá-los de maneira rigorosa. Vale destacar, no campo educacional brasileiro, que o compartilhamento de dados pessoais com o setor público é frequente. Aliás, como visto, tratando-se de serviço público, ainda que se tratando de tratamento por instituições privadas e/ou compartilhamento juntamente aos órgãos, instituições privadas e o acesso interno, sempre deverão ser observadas as disposições previstas na LGPD.

Para tanto, o gestor de dados deve observar os princípios contidos no art. 6º da LGPD, em especial o princípio da finalidade, o qual estabelece que o uso desses dados deve ter motivo determinado, além de legítimo e específico, como, por exemplo, a coleta de imagens de estudantes no ambiente escolar, visando a segurança. Assim, sua utilização não deve ser genérica, mas possuir finalidade específica, observando, ainda, os interesses públicos, e devendo, ainda, indicar um encarregado de dados pessoais, nos termos do art. 23, inciso III, da LGPD.

Outros princípios essenciais que devem ser observados é o da adequação e o da transparência. O primeiro exige que seja possível a compatibilidade entre a atividade de tratamento dos dados pessoais e a finalidade informada ao titular; o segundo esclarece que as informações prestadas ao titular sobre a realização do tratamento de seus dados devem ser claras e precisas.

Algumas situações impõem o uso compartilhado de dados pessoais, o que a legislação conceitua como “comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicos no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados” (art. 5º, inciso XVI da LGPD).

Vale ressaltar que, em se tratando de crianças e de adolescentes, a lei dedica um cuidado especial no fluxo de informações, observando-se as hipóteses de tratamento dispostas no art. 14 da LGPD, destaca-se a necessidade de tratá-los somente para o melhor interesse do titular. Em outras palavras, as proteções encampadas e o compartilhamento de dados para os órgãos da administração pública, no caso específico do setor educacional, devem ocorrer quando o tratamento visar, por exemplo, o cumprimento de leis ou de políticas públicas.

É permitido o compartilhamento de dados pessoais, incluindo de crianças e adolescentes quando se trata de viabilizar a execução de políticas públicas. Vale lembrar que o conceito de políticas públicas não é único, mas, em linhas gerais, podemos considerá-lo como sendo toda atividade realizada por qualquer ente da administração pública com o objetivo de solucionar demandas da sociedade, englobando setores, tais como saúde, educação, economia, entre outros.

Outrossim, é permitido o compartilhamento de dados para a realização de estudos por órgão de pesquisa, como por exemplo para o Censo Escolar anual do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), o qual reúne diversas informações pessoais de estudantes da rede pública no Brasil como por exemplo renda, classe social, raça/cor, se é pessoa com deficiência, dentre outros²³.

²² BRASIL. Ministério da Educação. *Resolução nº. 1 de 15 de janeiro de 2018*. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=80991-rceb001-18-pdf&category_slug=janeiro-2018-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 25 mar. 2022.

²³ MALDONADO, Viviane Nóbrega e OPICE BLUM, Renato (coord). *LGPD comentada*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 205-206.

No que concerne ao compartilhamento de dados para fins de pesquisa, a lei de proteção de dados recomenda que preferencialmente se realize a anonimização dos dados²⁴. Inclusive, o art. 2º, parágrafo único, da Resolução nº 1 de 2018 CNE/MEC afirma que os dados individuais informados aos censos educacionais gozam de sigilo estatístico, não podendo ser divulgados, mas compartilhados somente em casos específicos²⁵.

Há ainda necessidade de transferência de dados entre secretarias de educação visando a disponibilização de serviços, como o transporte escolar. Nessa hipótese, a secretaria deve ter acesso a informações necessárias para fazer o transporte desses alunos, como nome, endereço e idade.

Ademais, considerando o contexto atual, resta imprescindível às instituições, organizarem as informações através do uso de sistemas operacionais, decorrendo, portanto, o compartilhamento de dados pessoais com organizações privadas prestadoras de serviços de tecnologia, as quais figuram como operadoras na relação de tratamento dos dados.

As informações pessoais dos alunos e/ou docentes podem ainda ser compartilhadas quando indispensáveis à execução de determinado contrato, limitando-se apenas aos dados necessários para que o contrato seja celebrado. Também é possível o uso de dados pessoais de docentes para que sejam produzidas provas em processo judicial no qual a escola é parte, desde que necessárias para a defesa de seus interesses.

Em todos os casos, é imprescindível que a instituição informe aos titulares dos dados e/ou seus representantes legais que as informações serão compartilhadas com terceiros, especificando os tipos de dados coletados, a forma de sua utilização e os procedimentos para o exercício dos direitos a que se refere o art. 18 da LGPD, ressaltando que, no caso de dados de crianças e adolescentes, essas informações devem ser mantidas de forma pública, nos termos do art. 14 da referida legislação.

Em algumas hipóteses o consentimento, isto é, manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada, conforme art. 5º, inciso XII da LGPD, será necessário, como por exemplo quando a escola tiver como finalidade o uso de dados pessoais para atividades fora do contexto educacional, como é o caso de publicação de informações em material de publicidade institucional, publicação de imagens e vídeos dos alunos e docentes em redes sociais, entre outros. O consentimento ao que se refere a lei deve ser expresso, e, tratando-se de dados pessoais de crianças e adolescentes acresce-se o adjetivo específico, em razão da condição de vulnerabilidade do titular do dado: crianças e adolescentes²⁶.

A proteção das informações no âmbito dos serviços educacionais é tão importante que o Ministério da Educação formalizou, em março de 2021 a Portaria 193/2021/SE²⁷ que instituiu o Núcleo de Estudos para Implantação da LGPD no Ministério da Educação – NEILGPD/MEC, posteriormente, em agosto de 2021, quando do início da vigência das penalidades estabelecidas pela Lei de proteção de dados pessoais, nomeou o encarregado pelo tratamento dos dados pessoais do Ministério da Educação através da Portaria nº. 650²⁸ e, por fim, instituiu o subcomitê de segurança da informação e proteção de dados, em novembro de 2021, pela Portaria nº. 1.012²⁹.

Importa ressaltar que o art. 26 da LGPD estatui que: “*O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos*”

²⁴ Ibid.

²⁵ BRASIL. Ministério da Educação, op. cit.

²⁶ BIONI, Bruno R. *Proteção de dados pessoais, a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019, p. 203.

²⁷ BRASIL. Ministério da Educação. *Portaria 193/2021/SE de 10 de março de 2021*. Disponível em: https://www.gov.br/mec/pt-br/media/aceso_informacao/pdf/portaria_n_193_2021_se_neilgpd.pdf. Acesso em: 25 mar. 2022.

²⁸ BRASIL. Ministério da Educação. *Portaria 650 de 18 de agosto de 2021*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-650-de-18-de-agosto-de-2021-340064587>. Acesso em: 25 mar. 2022.

²⁹ BRASIL. Ministério da Educação. *Portaria 1.012 de 25 de novembro de 2021*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.012-de-25-de-novembro-de-2021-362689755>. Acesso em: 25 mar. 2022.

e pelas entidades públicas”. Destaca-se, nesse contexto de políticas públicas e compartilhamento de dados pessoais, a presença dos programas sociais de distribuição de renda, que estabelecem como requisito de concessão e manutenção a frequência escolar das crianças em aulas. De fato, a prestação do serviço público mediante o programa social exige o compartilhamento de dados, uma vez que o órgão público responsável por autorizar a distribuição de renda precisa receber e ter acesso, de forma contínua, aos registros de presença em aulas dos alunos beneficiários.

As situações não se restringem ao ensino regular, conforme mencionado, o setor da educação abrange grande número de indivíduos, e, conseqüentemente, uma ampla camada de dados pessoais de ímpar relevância social, pois, é notório que através da ciência de dados a análise de tais informações pelo poder público permite o desenvolvimento e promoção social. Vale lembrar que, por exemplo, no ensino superior, há programas de financiamento estudantil, de bolsas de estudo e de incentivo à pesquisa científica, mantidos pelo poder público, sendo que todos eles exigem, da mesma forma, o compartilhamento de dados pessoais dos estudantes, especialmente quanto à renda e situação socioeconômica, a fim de possibilitar a concessão e manutenção do auxílio financeiro.

Neste contexto se revela imprescindível que as instituições, sejam elas públicas ou privadas, tenham cautela no que tange ao tratamento de dados pessoais, em especial das crianças e adolescentes, observando os princípios da LGPD, como transparência, adequação, finalidade, necessidade, entre outros, limitando qualquer compartilhamento ao mínimo necessário para atingir a finalidades legais e aperfeiçoamento das políticas educacionais. Por outra, para inserção de tecnologias para o desenvolvimento das atividades educacionais deve ser considerado o uso de tecnologias que tenham compromisso com a proteção de dados pessoais, por padrão (*privacy by default*) e desde a concepção (*privacy by design*), sobretudo porque os alunos ainda estão em processo de formação e são mais suscetíveis a exposições indevidas, mensagens enganosas ou publicidade excessiva³⁰.

Responsabilização pelo tratamento indevido de dados no âmbito educacional

Levando em conta a extensa base de dados, é previsível que se não coletados e tratados da maneira correta a proteção fique prejudicada e cause danos ao seu titular, pois não se pode negar que os interesses ligados à proteção de dados pessoais estejam relacionados intimamente aos direitos pessoais (de personalidade), um eventual vazamento pode gerar, principalmente, um impacto negativo na imagem da escola perante os pais, alunos e a sociedade, além de advertências e multas, como veremos a seguir.

Ocorrido o vazamento serão punidos e obrigados a reparar os danos, o controlador e/ou o operador que, em razão do exercício da sua atividade, causar ao titular dos dados, dano moral, individual ou coletivo, violando a LGPD. O art. 44 da LGPD dispõe a respeito das hipóteses em que o tratamento de dados pessoais será irregular, ou seja, quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, considerando: I - O modo pelo qual é realizado; II - O resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; e, III - As técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

Os danos causados pelo mau manuseio dos dados podem ser classificados como, patrimoniais, morais, individuais ou coletivos, todos incidem em responsabilidade civil no caso de vazamento, e devem ser reparados.

A responsabilidade de ressarcimento de danos cometidos pelas instituições particulares está disposta nos arts. 42 a 45 da LGPD. Como já dito anteriormente o controlador ou o operador que estiver em sua função no tratamento de dados e causar dano a outra pessoa será obrigado a repará-lo. O operador pode responder de forma

³⁰ CIEB - CENTRO DE INOVAÇÃO PARA A EDUCAÇÃO BRASILEIRA. *Manual de proteção de dados pessoais para gestores e gestoras públicas educacionais*. Disponível em: https://cieb.net.br/wp-content/uploads/2020/10/Manual_LGPD_Digital-compactado.pdf. Acesso em: 25 mar. 2022.

solidária ao controlador quando não seguir as regras dispostas por ele ou quando não seguir a legislação, assim como o controlador pode responder de forma solidária quando estiver envolvido no tratamento de dados. Também é garantido o direito de regresso contra aqueles que participaram do ato.

A legislação prevê excludentes pelas quais o agente pode não responder pelo vazamento, isto é, quando o mesmo não realizou a atividade que lhe foi atribuída, quando não houver violação a lei, mesmo que tenha praticado o ato, ou quando o vazamento foi de culpa do titular ou terceiro. Poderá ocorrer a punição quando o agente não observar a legislação em vigor ou expuser o titular dos dados, não observando o modo em que é feito o tratamento ou técnica que é utilizada bem como os resultados e os riscos que podem ocorrer, assim será responsabilizado aquele que deixar de adotar as medidas cabíveis para a segurança dos dados.

No tocante ao incidente de dados pessoais por instituições educacionais do Poder Público, é importante mencionar que, de acordo o disposto nos artigos 31 e 32 da LGPD, a ANPD poderá enviar informe com medidas cabíveis para que a violação seja encerrada, bem como poderá solicitar a publicação de relatórios de impactos à proteção de dados e sugerir a adoção de padrões e de boas práticas de tratamento.

Estabelecer determinadas sanções e obrigações aos agentes que tratam dados pessoais em desacordo com a legislação se revela, no mínimo, legítimo e decisivo para o pleito compensatório. Seguindo essa lógica, a LGPD traz, em seu texto, as penalidades e formas de aplicação. A penalização pela desobediência se revela como meio eficaz estabelecido por leis e regulamentos para forçar os infratores a cumprir suas ordens, reparar os danos causados pelas violações ou aceitar penalidades ilegais.

As sanções da LGPD estão previstas nos arts. 52, 53 e 54, com ênfase ao primeiro. Antes de aplicá-las, é necessário analisar as peculiaridades do caso concreto, disposto no art. 52, §1º. É preciso saber, relacionado ao fato, qual a gravidade, a natureza e o grau do dano. Ademais, relacionado ao infrator, tem de saber se agiu de boa-fé, é reincidente, sua condição econômica e a vantagem auferida ou pretendida.

O praticante da infração, sendo física ou jurídica, recebe as sanções impostas pela lei. Notam-se penalidades civis, como multa simples de até 2% do faturamento e multa diária. Além das penalidades de natureza pecuniária, há também as sanções com objetivo de proteção aos dados e privacidade das vítimas, dispostas no art. 52, incisos V e VI, como o bloqueio, eliminação dos dados, suspensões parcial do funcionamento do banco de dados e da atividade de tratamento dos dados pessoais referentes a inflação, ambos no período máximo de seis meses, suscetíveis a prorrogação.

Não obstante, verifica-se que é importante a existência das sanções, as quais se revelam como instrumento de *enforcement* da legislação, vez que incentiva a proteção dos dados pessoais.

CONCLUSÃO

Extraí-se, portanto, que as instituições de ensino precisam se adequar à LGPD, pois, caso assim não façam, poderão sofrer sanções na hipótese de eventual vazamento ou má utilização dos dados pessoais coletados.

E, no que toca ao compartilhamento de dados, inclusive de instituições de ensino privadas com o poder público, está amparado pela LGPD e demais normas e legislações que determinam o tratamento de tais informações, inclusive a possibilitar o desenvolvimento de políticas públicas e promover o interesse social, sendo que, para tanto, denota-se que o permissivo exige a comprovação da finalidade e interesse público no tratamento do dado pessoal.

Referências

- BIONI, Bruno R. *Proteção de dados pessoais, a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019.
- BRASIL. Ministério da Educação. *Portaria 1.012 de 25 de novembro de 2021*. Institui o Subcomitê de Segurança da Informação e Proteção de Dados do Ministério da Educação - SSI-MEC. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.012-de-25-de-novembro-de-2021-362689755>. Acesso em: 25 mar. 2022.
- BRASIL. Ministério da Educação. *Portaria 193/2021/SE de 10 de março de 2021*. Institui o Núcleo de Estudos para Implantação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Ministério da Educação - NEILGPD/MEC. Disponível em: https://www.gov.br/mec/pt-br/media/ acesso_informacao/pdf/portaria_n_193_2021_se_neilgpd.pdf. Acesso em: 25 mar. 2022.
- BRASIL. Ministério da Educação. *Portaria 650 de 18 de agosto de 2021*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-650-de-18-de-agosto-de-2021-340064587>. Acesso em: 25 mar. 2022.
- BRASIL. Ministério da Educação. *Resolução nº. 1 de 15 de janeiro de 2018*. Institui Diretrizes Operacionais para os procedimentos administrativos de registro de dados cadastrais de pessoa natural referentes aos estudantes e profissionais de educação que atuam em instituições públicas e privadas de ensino em todo o território nacional. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=80991-reeb001-18-pdf&category_slug=janeiro-2018-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 25 mar. 2022.
- BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. *Proposta de emenda à constituição nº 17, de 2019*. Brasília, DF, 12 mar. 2019. Acrescenta o inciso XII-A, ao art. 5º, e o inciso XXX, ao art. 22, da Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7925004&ts=1594003895291&disposition=inline>. Acesso em: 8 nov. 2021.
- BRASIL. *Serviço de acesso a dados protegidos do Inep (Sedap)*. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/usar-o-servico-de-acesso-a-dados-protegidos-do-inep>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- CIEB - CENTRO DE INOVAÇÃO PARA A EDUCAÇÃO BRASILEIRA. *Manual de proteção de dados pessoais para gestores e gestoras públicas educacionais*. Disponível em: https://cieb.net.br/wp-content/uploads/2020/10/Manual_LGPD_Digital-compactado.pdf. Acesso em: 25 mar. 2022.
- FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Perguntas frequentes sobre a lei geral de proteção de dados*. Disponível em: <https://www7.fieng.com.br/publicacoes-internas/LGPD%20FAQ>. Acesso em: 17 nov. 2021.
- FRAZÃO, Ana. *A lei geral de proteção de dados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- GIANNELLINI, Luiz Fernando Salles; MACIEL, Renata Mota. O impacto da Lei Geral de Proteção de Dados nos contratos de prestação de serviços educacionais. In: CONGRESSO INTERNACIONAL: desafios e perspectivas das autoridades de proteção de dados pessoais e privacidade. *Anais [...]*, Ribeirão Preto: USP, 2019.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- IDEC. *Diferenças entre o ensino público e o ensino privado*. Disponível em <https://idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/diferencas-entre-o-ensino-publico-e-o-ensino-privado>. Acesso em: 17 nov. 2021.
- MALDONADO, Viviane Nóbrega e OPICE BLUM, Renato (coord). *LGPD comentada*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Diálogo das fontes: novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- MENDONÇA, Fernanda Graebin. *O direito à autodeterminação informativa: a (des)necessidade de criação de um novo direito fundamental para a proteção de dados pessoais no Brasil*. Unisc, 2014. p. 2. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidssp/article/view/11702>. Acesso em: 18 out. 2021.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. Nova lei brasileira de proteção de dados pessoais (LGPD) e o impacto nas instituições públicas e privadas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1000, ano 108, p. 309-323, fev. 2019.
- PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Portugal: Assembleia da República/Diário da República, 1976. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>. Acesso em: 8 nov. 2021.
- RABELO, Maria Eduarda. *Em novo livro, autores reforçam potencial da análise de dados na educação*. Disponível em: <https://desafiosdaeducacao.grupoa.com.br/livro-data-wise-educacao/>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. Rogério Ehrhart Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS. *Objetivo e abrangência da LGPD*. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/igpd/menu/tratamento-dos-dados/objetivo-e-abrangencia-da-igpd#:~:text=A%20Lei%20Geral%20de%20Prote%C3%A7%C3%A3o,da%20personalidade%20de%20cada%20indiv%C3%ADduo.&text=E%20n%C3%A3o%20se%20aplica%20a,sejam%20objeto%20de%20transfer%C3%Aancia%20internacional>. Acesso em: 18 out. 2021.
- SLEIMAN, Cristina Moraes. Os impactos da lei de proteção de dados pessoais para as instituições de ensino. Lei 13709/2018. In: LIMA, Ana; HISSA, Carmina; SALDANHA, Paloma. *Direito digital: debates contemporâneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- STELZER, Joana et al. A lei geral de proteção de dados pessoais e os desafios das instituições de ensino superior para a adequação. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE GESTÃO UNIVERSITÁRIA, 19., *Anais [...]*, nov. 2019. v. 1. p. 4-7.
- UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento europeu e do conselho, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)*. Bruxelas, 27 abr. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>. Acesso em: 17 ago. 2020.

Obras consultadas

- BORELLI, Alessandra; ABRUSIO, Juliana. Cartilha: *Os impactos de dados em instituições de ensino*. Disponível em: <https://opiceblumacademy.com.br/wp-content/uploads/2021/05/Cartilha-Os-impactos-da-LGPD-nas-instituicoes-de-ensino.pdf> Acesso em: 24 out. 2021.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação escolar no Brasil: o público e o privado. *Trabalho, Educação e Saúde*, v. 4, n. 1, mar. 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1981-77462006000100009>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- BENEVIDES FILHO, Maurício. O que é sanção? *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará*, Fortaleza, v. 34, n. 1, p. 355-373, jan./jun. 2013.
- PELOSO PIURCOSKY, Fabrício et al. A lei geral de proteção de dados pessoais em empresas brasileiras: uma análise de múltiplos casos. *Suma de Negocios*, Bogotá, v. 10, n. 23, p. 89-99, jul./dez. 2019. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2215-910X2019000300089&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 mar. 2022.

PERES, Bibiana; HADAD, Enrique Tello. *Aprovada PEC que busca a inserção da proteção de dados pessoais na Constituição Federal*. Migalhas, 6 set. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/351176/aprovada-pec-que-busca-a-insercao-da-protecao-de-dados-na-constituicao>. Acesso em: 15 nov. 2021.

TECNOLOGIA, Portabilis. *A importância do Censo Escolar para a educação do país*. Disponível em: <https://blog.portabilis.com.br/a-importancia-do-censo-escolar-para-a-educacao-do-pais/>. Acesso em: 17 nov. 2021.

VIEIRA, Bráulio. *LGPD na educação: entenda o que muda no dia a dia das IEs*. Disponível em: <https://rubeus.com.br/blog/lgpd-na-educacao/>. Acesso em: 15 nov. 2021.

Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018): impactos nas relações de trabalho e a implantação para pequenas e médias empresas¹

AMANDA RIBEIRO BERTIN
ANA CLARA GOMES BALBINO
GEOVANA APARECIDA PAULINO SOARES
LUIZ HENRIQUE RAMOS DE LIMA
MATHEUS MENDES MARQUES
MARIA EDUARDA BEZERRA MARCOS
TULIO ANDREGUETTO MACHADO

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

MARCUS VINICIUS DOS SANTOS NOVAES

Advogado. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Cândido Mendes (RJ). Pós-graduando em Direito Processual Civil pela mesma Instituição. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. Pós-graduada em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

KLEBER HENRIQUE SACONATO AFONSO

Advogado. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Especialista e Pós-graduado em Direito pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) e Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto-SP (FEA-RP/USP). Graduado em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: A LGPD (Lei nº 13.709/2018) apresenta uma regulamentação sobre a coleta, tratamento, armazenamento e compartilhamento de dados pessoais gerenciados por empresas, visando a proteção de dados pessoais dos cidadãos, nos meios físicos e digitais. Dada a peculiaridade das micro e pequenas empresas, a ANPD editou a Resolução nº 2/2022 para o fim de regulamentar a adequação dos pequenos empreendedores.
Palavras-chave: Proteção de dados. Tratamento de dados. Pequenas empresas.

Abstract: The LGPD (Law 13.709/2018) presents regulations on the collection, treatment, storage and sharing of personal data managed by companies, aimed at protecting citizens' personal data, in physical and digital media. Given the peculiarity of micro and small companies, the ANPD edited Resolution nº 2/2022 in order to regulate the suitability of small entrepreneurs.

Keywords: Data protection. Data processing. Small business.

Introdução

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de proporcionar maior segurança aos clientes das empresas, já que, em um cenário de relevantes vazamentos de informações, nunca foi tão importante a regulamentação do tratamento de dados com capacidade de proteção à privacidade dos cidadãos.

Desde a sua criação, a LGPD, além de tratar sobre os procedimentos e obrigações quanto à adequação das empresas, fato é que a essa regulamentação também favorece os operadores, já que estando a empresa adequada à Lei sua imagem perante seus clientes será de confiabilidade e seriedade na preservação dos dados de seus consumidores, colaboradores, fornecedores etc., especialmente neste cenário em que cada vez mais as empresas comercializam seus produtos no meio digital.

Todas as previsões normativas da LGPD são aplicáveis para todas as empresas, sejam elas micro, pequenas, médias ou grandes, e não poderia ser diferente, visto que mesmo os pequenos empreendedores também possuem o dever de cuidado com os dados pessoais de seus clientes, assegurando o direito à privacidade e, ainda, fornecer aos titulares dos dados as regras sobre coleta, armazenamento, tratamento e eliminação.

¹ O presente artigo é resultado do estudo desenvolvido no projeto de pesquisa intitulado "Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018): impactos nas relações de trabalho", no ano de 2021, sob orientação do Professor Mestre Kleber Henrique Saconato Afonso, com auxílio do Núcleo de Pesquisa do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP, PESQDIR2021927.

Apesar da obrigatoriedade imposta a todas as empresas, torna-se fundamental a análise de procedimento para adequação à LGPD mais simplificada quando se pensa nas micro e pequenas empresas, de modo que elas possam cumprir com êxito as suas obrigações sem que isso se torne inviável dentro da estrutura da empresa. Isso se dá porque algumas empresas de menor porte, geralmente, contam com poucos funcionários e recursos financeiros limitados, ao ponto de não conseguir, por exemplo, contratar pessoal para a atividade de adequação.

Diante disto, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) realizou um estudo com participação popular para a criação de uma regulamentação que atendesse as demandas das micro e pequenas empresas, propondo um tratamento diferenciado para adequação à LGPD.

Assim, considerando que a LGPD atinge de forma direta as relações de trabalho, estabelecendo novos direitos e obrigações ao empregado e empregador, o presente estudo fez uma abordagem sobre a adequação das micro e pequenas empresas, visando compreender de que maneira estas empresas se adequarão à LGPD de acordo com as suas limitações estruturais e financeira, analisando, num primeiro momento, a definição de micro e pequena empresa e, em seguida, a Resolução nº 2/2022 da ANPD.

Micro e Pequenas Empresas

A Lei Geral das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte foi instituída em 2006 para regulamentar a disposição da Constituição Federal no tocante ao tratamento diferenciado à microempresa e à empresa de pequeno porte.

Desde de sua criação, a Lei Complementar nº 123/2006 tem como finalidade contribuir para o desenvolvimento e a competitividade entre as pequenas empresas, visando proporcionar a geração de emprego, distribuição de renda, inclusão social, redução da informalidade e o fortalecimento da economia.

Com esse objetivo, a Lei apresentou quatro importantes benefícios às micro e pequenas empresas, como a simplificação e desburocratização, facilidades de acesso ao mercado, facilidades para obtenção de crédito e à justiça, além de estímulo à inovação e à exportação.

A microempresa se traduz como sendo a sociedade empresária, sociedade simples, empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário, devidamente registrados nos órgãos competentes, que aufera em cada ano calendário receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 360.000,00².

Já a empresa de pequeno porte é aquela que tem “receita bruta anual superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00”³.

Flexibilização da implantação da LGPD em pequenas e médias empresas

Com a vigência da LGPD, o uso, a proteção e a transferência de dados pessoais em todo o território nacional passarão a ser reguladas conforme as diretrizes estabelecidas nessa normativa, trazendo mais segurança e privacidade às pessoas, determinando regras, responsabilidades e obrigações aos envolvidos. Criada com a intenção de trazer segurança aos cidadãos (denominados como “titulares” – inciso X do art. 5º) perante suas informações pessoais, passa ser necessário seu aval para a divulgação de suas informações (chamada autodeterminação informativa – inciso II do art. 2º).

² Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e [...]

³ [...] II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Ainda, as atividades relacionadas aos dados pessoais deverão observar a boa-fé, bem como os princípios da finalidade, da adequação, da necessidade, do livre acesso, da qualidade dos dados, da transparência, da segurança, da prevenção, da não discriminação e da responsabilização e prestação de contas.

Por parte das empresas, desde a promulgação da LGPD, instalou-se uma preocupação especial em relação à adequação de micro e pequenas empresas, isso porque, segundo o jornal Valor Econômico, o custo para a adequação pode variar entre R\$ 50 mil a R\$ 800 mil⁴, o que, ao se pensar nessas empresas, acabaria por se tornar inviável.

Diante disto, a LGPD, em seu inciso XVIII do art. 55-J, já estabeleceu procedimentos simplificados e diferenciados a serem observados pelas microempresas e empresas de pequeno porte, e também para as *startups* ou empresa inovadoras:

XVIII - editar normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados, inclusive quanto aos prazos, para que microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação, possam adequar-se a esta Lei; [...].

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) incluiu na agenda regulatória (Portaria nº 11, de 27 de janeiro de 2021), item 3⁵, uma ação voltada a tratar sobre a “proteção de dados e da privacidade para pequenas e médias empresas, startups e pessoas físicas que tratam dados pessoais com fins econômicos”, estabelecendo o primeiro semestre de 2021 para início do processo de regulamentação.

Em consequência, a ANPD deu início à discussão sobre o tema em 29.01.2021, submetendo a minuta da resolução à consulta pública nos termos do despacho de 27.08.2021, publicado no Diário Oficial da União no dia 30.08.2021:

CONSULTA PÚBLICA

O DIRETOR-PRESIDENTE DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (ANPD), nos termos do disposto no art. 55-J, §2º, da Lei 13.709, de 14 de agosto de 2019, no art. 6º, §1º, no art. 51, inc. V e parágrafo único e no art. 60 do Regimento Interno da ANPD, e considerando a deliberação do Conselho Diretor nos autos do processo nº 00261.000054/2021-37, submete à consulta pública a minuta de resolução que regulamenta a aplicação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para agentes de tratamento de pequeno porte, e torna públicos os procedimentos referentes à audiência pública para debate e manifestação da sociedade sobre a minuta de resolução.

A proposta de ato normativo estará disponível na íntegra no portal da ANPD (www.anpd.gov.br) e na plataforma Participa Mais Brasil.

As sugestões deverão ser enviadas eletronicamente até o dia 29 de setembro de 2021 exclusivamente por meio da plataforma Participa Mais Brasil, disponível no seguinte sítio eletrônico: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/minuta-de-resolucao-para-aplicacao-da-lgpd-para-microempresas-e-empresas-de-pequeno-porte>

A audiência pública será realizada nos dias 14 e 15 de setembro de 2021, de forma virtual por meio do canal da ANPD no Youtube. Informações adicionais, incluindo os horários de realização, serão disponibilizados em momento oportuno.⁶

De acordo com o teor do despacho, a ANPD receberia as sugestões para a resolução até o dia 29.09.2021, através da plataforma Participa Mais Brasil⁷, sendo que após encerrada esta fase, seria realizada uma audiência pública nos dias 14 e 15 de setembro.

Considerando o número elevado de contribuições recebidas, a ANPD decidiu estender o período da consulta pública até 14.10.2021:

⁴ FÉ, Ana Lúcia Moura. Custo da conformidade pode variar de R\$ 50 mil a R\$ 800 mil. *Valor Econômico*, 21 ago. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/publicacoes/suplementos/noticia/2020/08/21/custo-da-conformidade-pode-variara-50-mil-a-r-800-mil.ghtml>. Acesso em: 25 abr. 2022.

⁵ BRASIL. *Portaria nº 11, de 27 de janeiro de 2021*. Torna pública a agenda regulatória para o biênio 2021-2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-11-de-27-de-janeiro-de-2021-301143313>. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁶ BRASIL. *Despacho de 27 de agosto de 2021*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/despacho-de-27-de-agosto-de-2021-341340415>. Acesso em: 20 abr. 2022.

⁷ BRASIL. *Norma de aplicação da LGPD para microempresas e empresas de pequeno porte*. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/minuta-de-resolucao-para-aplicacao-da-lgpd-para-microempresas-e-empresas-de-pequeno-porte>. Acesso em: 22 abr. 2022.

A Agenda Regulatória da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), aprovada para o biênio 2021-2022 por meio da Portaria nº 11, de 27 de janeiro de 2021, prevê, dentre as ações a serem priorizadas pela Autoridade para o período, a regulamentação do art. 55, XVIII da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), no que se refere a sua aplicação para microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação e pessoas físicas que tratam dados pessoais com fins econômicos.

Consoante contribuições recebidas durante a Tomada de Subsídios realizada por essa Autoridade, a baixa maturidade e cultura de proteção de dados dos agentes de pequeno porte pode dificultar em grande medida a adequação desses agentes à LGPD, onerando-os de tal forma, eventualmente inviabilizando sua existência.

Reconhece-se, que a redução de carga regulatória e o estímulo à inovação são fatores fundamentais para o desenvolvimento das microempresas e empresas de pequeno porte e, conseqüentemente, o desenvolvimento do país. Entretanto, é certo dizer, que o porte de uma empresa não altera o direito fundamental que o titular de dados tem à proteção de seus dados pessoais, nos termos do art. 17 e seguintes da LGPD, nem desobriga que as atividades de tratamentos de dados observem a boa-fé e princípios elencados no art. 6º do mesmo normativo, como finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização e prestação de contas.

Assim, o normativo proposto busca facilitar a adaptação à LGPD pelas microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação e outras entidades incluídas na minuta, que nomeou esse grupo como agentes de tratamento de pequeno porte. A opção regulatória utilizada além de adotar o critério de porte do agente considera o risco que o tratamento de dados possa causar ao titular. Além disso, prevê a flexibilização e dispensa de obrigações previstas na LGPD, bem como o estabelecimento de prazos diferenciados para o cumprimento destas. Nesse sentido, a minuta da Resolução submetida à consulta pública visa garantir os direitos dos titulares de dados, ao mesmo tempo que traz equilíbrio entre as regras constantes da LGPD e o porte do agente de tratamento de dados.

Assim sendo, a ANPD, seguindo o disposto no art. 55-J, §2º da LGPD e no art. 6º, §1º e no art. 51, inc. V e parágrafo único de seu Regimento Interno, bem como buscando uma participação social mais efetiva, entende que a consulta pública deste normativo é essencial para coletar contribuições da sociedade no que tange à aplicação da LGPD para microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação e pessoas físicas que tratam dados pessoais com fins econômicos.

Por fim, ressalta-se que a Consulta Pública foi prorrogada até 14/10/2021, nos termos do Despacho nº 41/2021/SG/ANPD.⁸

Em 27.01.2022 a ANPD, órgão responsável por editar os regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados e privacidade, editou a Resolução nº 2/2022, a qual tem por objetivo trazer uma flexibilização no que tange à implantação da LGPD em pequenas e médias empresas.

De acordo com o disposto no art. 2º da resolução, as regras têm aplicação para os agentes de tratamento de pequeno porte, como microempresas, empresas de pequeno porte, *startups*, associações sem fins lucrativos e organizações religiosas:

Art. 2º Para efeitos deste regulamento são adotadas as seguintes definições:

I - agentes de tratamento de pequeno porte: microempresas, empresas de pequeno porte, *startups*, pessoas jurídicas de direito privado, inclusive sem fins lucrativos, nos termos da legislação vigente, bem como pessoas naturais e entes privados despersonalizados que realizam tratamento de dados pessoais, assumindo obrigações típicas de controlador ou de operador;

II - microempresas e empresas de pequeno porte: sociedade empresária, sociedade simples, sociedade limitada unipessoal, nos termos do art. 41 da Lei nº 14.195, de 26 de agosto de 2021, e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), incluído o microempreendedor individual, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, que se enquadre nos termos do art. 3º e 18-A, §1º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;

III - startups: organizações empresariais ou societárias, nascentes ou em operação recente, cuja atuação caracteriza-se pela inovação aplicada a modelo de negócios ou a produtos ou serviços ofertados, que atendam aos critérios previstos no Capítulo II da Lei Complementar nº 182, de 1º de junho de 2021; e

IV - zonas acessíveis ao público: espaços abertos ao público, como praças, centros comerciais, vias públicas, estações de ônibus, de metrô e de trem, aeroportos, portos, bibliotecas públicas, dentre outros.

Não obstante a resolução flexibilize algumas regras, a ANPD ressalta que o porte da empresa não tem o condão de retirar o direito fundamental que o titular de dados possui quanto à proteção de seus dados pessoais e não retira a obrigação da empresa em observar a boa-fé e os princípios previstos no art. 6º da LGPD, quais sejam:

⁸ Id.

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

- I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
- II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
- III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;
- IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
- V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;
- VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
- VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;
- VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;
- IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;
- X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Igualmente, as hipóteses de tratamento previstas no art. 7º da LGPD devem ser respeitadas:

Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

- I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
- II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
- III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
- IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;
- V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;
- VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);
- VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;
- VIII - para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias;
- VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência
- IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou
- X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Além disso, nos termos do que prevê o art. 3º da Resolução, as flexibilizações não são aplicadas aos agentes que fazem tratamento de alto risco e larga escala, como dados sensíveis ou de grupos vulneráveis (como de crianças, adolescentes e idosos), dados de vigilância ou controle de zonas acessíveis ao público, uso de tecnologias emergentes que podem causar danos materiais ou morais aos titulares e tratamento automatizado que afetem os interesses dos titulares (como a definição de perfil)⁹:

Art. 3º Não poderão se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto neste Regulamento os agentes de tratamento de pequeno porte que:

- I - realizem tratamento de alto risco para os titulares, ressalvada a hipótese prevista no art. 8º;
- II - auferirem receita bruta superior ao limite estabelecido no art. 3º, II, da Lei Complementar nº 123, de 2006 ou, no caso de startups, no art. 4º, §1º, I, da Lei Complementar nº 182, de 2021; ou
- III - pertençam a grupo econômico de fato ou de direito, cuja receita global ultrapasse os limites referidos no inciso II, conforme o caso.

⁹ XAVIER, Fabio Correa. *Agentes de tratamento de pequeno porte: conheça as propostas de flexibilização da LGPD para micro e pequenas empresas*. Migalhas, 9 set. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/351410/propostas-de-flexibilizacao-da-lgpd-para-micro-e-pequenas-empresas>. Acesso em: 23 abr. 2022.

A própria Resolução apresenta a conceituação do tratamento de alto risco e em larga escala, no capítulo III, art. 4º:

Art. 4º Para fins deste regulamento, e sem prejuízo do disposto no art. 16, será considerado de alto risco o tratamento de dados pessoais que atender cumulativamente a pelo menos um critério geral e um critério específico, dentre os a seguir indicados:

I - critérios gerais:

a) tratamento de dados pessoais em larga escala; ou
b) tratamento de dados pessoais que possa afetar significativamente interesses e direitos fundamentais dos titulares;

II - critérios específicos:

a) uso de tecnologias emergentes ou inovadoras;
b) vigilância ou controle de zonas acessíveis ao público;
c) decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais, inclusive aquelas destinadas a definir o perfil pessoal, profissional, de saúde, de consumo e de crédito ou os aspectos da personalidade do titular; ou
d) utilização de dados pessoais sensíveis ou de dados pessoais de crianças, de adolescentes e de idosos.

§1º O tratamento de dados pessoais em larga escala será caracterizado quando abranger número significativo de titulares, considerando-se, ainda, o volume de dados envolvidos, bem como a duração, a frequência e a extensão geográfica do tratamento realizado.

§2º O tratamento de dados pessoais que possa afetar significativamente interesses e direitos fundamentais será caracterizado, dentre outras situações, naquelas em que a atividade de tratamento puder impedir o exercício de direitos ou a utilização de um serviço, assim como ocasionar danos materiais ou morais aos titulares, tais como discriminação, violação à integridade física, ao direito à imagem e à reputação, fraudes financeiras ou roubo de identidade.

§3º A ANPD poderá disponibilizar guias e orientações com o objetivo de auxiliar os agentes de tratamento de pequeno porte na avaliação do tratamento de alto risco.

Ao se analisar os principais pontos da Resolução para os agentes de tratamento de pequeno porte, verifica-se que:

(i) A resposta às requisições dos titulares em relação aos seus direitos (art. 18) pode ser feita por meio eletrônico ou impresso, além de serem dispensados de viabilizar a portabilidade dos dados a outro fornecedor de produto ou serviço (art. 18, inciso V) e de optar por anonimização, bloqueio ou eliminação dos dados desnecessários, excessivos ou em desconformidade com a LGPD (art. 18, inciso IV);

(ii) Dispensa de fornecer declaração completa e clara, conforme art. 19, inciso II, da LGPD;

(iii) Dispensa da obrigação de manutenção de registros das operações de tratamento, prevista no art. 37 da LGPD;

(iv) Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (RIPD) simplificado, quando exigido, a ser regulamentada em resolução específica;

(v) Possível dispensa, flexibilização ou simplificação de procedimento para comunicação de incidente de segurança, a ser regulamentada em resolução específica;

(vi) Dispensa de indicação do Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais (art. 41 da LGPD), mas com a disponibilização de um canal de comunicação para uso do titular;

(vii) Adotar medidas administrativas e técnicas essenciais e necessárias em relação à segurança da informação, com base em guia orientativo que a ANPD irá disponibilizar;

(viii) Política de segurança simplificada, abordando os requisitos essenciais para o tratamento de dados pessoais, para proteção contra acesso não autorizado, destruição, perda, alteração e qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito, considerando o custo de implementação, estrutura, escala e volume das operações, bem como criticidade dos dados;

(ix) Prazo em dobro, para atendimento às requisições dos titulares, comunicação à ANPD e demais prazos estabelecidos pela Autoridade em normativos próprios; [...].¹⁰

Antes da edição da Resolução nº 2/2022 pela ANPD, havia forte preocupação dos micros e pequenos empresários em relação à adequação de suas empresas à LGPD, em especial pelo custo que a adequação gera, de modo que a estipulação de critérios diferenciados era necessária.

Importante salientar que, embora a Resolução estabeleça regras flexíveis, o porte da empresa não afasta o dever de proteção de dados pessoais, devendo as micro e pequenas empresas, mesmo na ausência de funcionário

¹⁰ XAVIER, op. cit.

especializado em segurança da informação, adotar as medidas administrativas e técnica de segurança da informação, em atendimento aos arts. 46¹¹, 47¹², 48¹³ e 49¹⁴ da LGPD.

Visando contribuir para o melhor desempenho dos procedimentos para tratamento de dados pelas empresas de pequeno porte, a ANPD lançou um guia orientativo¹⁵ sugerindo alguns padrões técnicos mínimos que deverão ser adotados na proteção dos dados pessoais sob a guarda destas empresas, com o objetivo de que as pequenas empresas tenham um ambiente seguro no que se refere ao tratamento de dados pessoais.

Conclusão

A elaboração de um regulamento simplificado para adequação das micro e pequenas empresas à LGPD apresenta um avanço, pois leva em consideração questões fundamentais, como prazos e multas mais flexíveis a partir do enquadramento da empresa pelo seu porte.

Conclui-se, deste modo, que a Resolução CD/ANPD n° 2, de 27 de janeiro de 2022, cria um tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas, dispensando-as de determinadas obrigações, em respeito às especificidades destas empresas, o que, na prática, traduz a simplificação do processo de adequação à legislação que regula o tratamento de dados pessoais.

Não obstante a flexibilização do tratamento, mantém-se a garantia da proteção de dados, sendo que a vantagem do sistema simplificado reside na redução de custos e da burocracia para que um pequeno empreendimento possa se adequar à LGPD em mesmas condições que uma empresa de grande porte, já que, antes da Resolução, um pequeno salão de beleza, por exemplo, tinha obrigações de cumprir as mesmas exigências que uma grande rede de supermercados.

Entre as mudanças apresentadas pela Resolução, evidencia-se que as pequenas empresas poderão adotar um padrão simplificado para os procedimentos adotados para a proteção dos dados de seus clientes, colaboradores, fornecedores, etc. Além disso, a comunicação dos chamados incidentes de segurança, situação de violação de dados, terá uma regulamentação específica, levando em consideração um procedimento menos burocrático.

Outra medida adotada pela Resolução diz respeito à dispensa da obrigatoriedade de nomeação pelas micro e pequenas empresas do Encarregado (*Data Protection Officer* ou DPO). Entretanto, importante ressaltar que as micro e pequenas empresas não estão dispensadas da responsabilidade de manter um canal de comunicação para que os titulares dos dados tratados possam exercer seus direitos, como consultar os dados armazenados, solicitar a exclusão, dentre outros.

¹¹ Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito. §1º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar aplicável o disposto no caput deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis, assim como os princípios previstos no caput do art. 6º desta Lei. §2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.

¹² Art. 47. Os agentes de tratamento ou qualquer outra pessoa que intervenha em uma das fases do tratamento obriga-se a garantir a segurança da informação prevista nesta Lei em relação aos dados pessoais, mesmo após o seu término.

¹³ Art. 48. O controlador deverá comunicar à autoridade nacional e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares. §1º A comunicação será feita em prazo razoável, conforme definido pela autoridade nacional, e deverá mencionar, no mínimo: I - a descrição da natureza dos dados pessoais afetados; II - as informações sobre os titulares envolvidos; III - a indicação das medidas técnicas e de segurança utilizadas para a proteção dos dados, observados os segredos comercial e industrial; IV - os riscos relacionados ao incidente; V - os motivos da demora, no caso de a comunicação não ter sido imediata; e VI - as medidas que foram ou que serão adotadas para reverter ou mitigar os efeitos do prejuízo. §2º A autoridade nacional verificará a gravidade do incidente e poderá, caso necessário para a salvaguarda dos direitos dos titulares, determinar ao controlador a adoção de providências, tais como: I - ampla divulgação do fato em meios de comunicação; e II - medidas para reverter ou mitigar os efeitos do incidente. §3º No juízo de gravidade do incidente, será avaliada eventual comprovação de que foram adotadas medidas técnicas adequadas que tornem os dados pessoais afetados ininteligíveis, no âmbito e nos limites técnicos de seus serviços, para terceiros não autorizados a acessá-los.

¹⁴ Art. 49. Os sistemas utilizados para o tratamento de dados pessoais devem ser estruturados de forma a atender aos requisitos de segurança, aos padrões de boas práticas e de governança e aos princípios gerais previstos nesta Lei e às demais normas regulamentares.

¹⁵ BRASIL. ANPD. *Segurança da informação para agentes de tratamento de pequeno porte*. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-vf.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022.

Há também uma evidente simplificação da política de segurança de informação, já que, embora obrigadas a adotar o sistema, o documento poderá conter apenas o registro dos itens essenciais para a proteção de dados pessoais contra eventuais incidentes e violações.

Por fim, através do presente trabalho pode-se concluir que, apesar da flexibilização das obrigações trazidas pela Resolução, as micro e pequenas empresas não estão isentas do cumprimento das demais obrigações previstas na LGPD.

Referências

BRASIL. ANPD. *Segurança da informação para agentes de tratamento de pequeno porte*. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-vf.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022.

BRASIL. *Despacho de 27 de agosto de 2021*. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/despacho-de-27-de-agosto-de-2021-341340415>. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. *Norma de aplicação da LGPD para microempresas e empresas de pequeno porte*. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/minuta-de-resolucao-para-aplicacao-da-lgpd-para-microempresas-e-empresas-de-pequeno-porte->. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. *Portaria nº 11, de 27 de janeiro de 2021*. Torna pública a agenda regulatória para o biênio 2021-2022. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-11-de-27-de-janeiro-de-2021-301143313>. Acesso em: 20 abr. 2022.

FÉ, Ana Lúcia Moura. Custo da conformidade pode variar de R\$ 50 mil a R\$ 800 mil. *Valor Econômico*, 21 ago. 2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/publicacoes/suplementos/noticia/2020/08/21/custo-da-conformidade-pode-variar-de-r-50-mil-a-r-800-mil.ghtml>. Acesso em: 25 abr. 2022.

XAVIER, Fabio Correa. *Agentes de tratamento de pequeno porte: conheça as propostas de flexibilização da LGPD para micro e pequenas empresas*. Migalhas, 9 set. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/351410/propostas-de-flexibilizacao-da-lgpd-para-micro-e-pequenas-empresas>. Acesso em: 23 abr. 2022.

Interferências de aspectos inconscientes nas decisões judiciais

ANA BEATRIZ PISSOLITO
ISABELA KATARINA MARQUES
MARIA CLARA TINTI CREPALDI

Graduandas em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

CARINA ALAMINO TRIDA

Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela FDRP-USP Ribeirão Preto. Pós-graduada em Direito Internacional Aplicado pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

MARCUS VINÍCIUS DOS SANTOS NOVAES

Advogado. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

ALEXANDRE FONTANA BERTO

Advogado. Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino na área de concentração de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Professor dos cursos de graduação do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) e do Instituto Municipal de Ensino Superior.

Resumo: O fenômeno da subsunção jurídica através da subsunção da norma jurídica aos fatos por muito tempo foi entendido como sendo, em sua essência, a chave para a manutenção do sistema jurídico. No entanto, um aspecto acabou por ser relegado a plano periférico: o fato de que os operadores do Direito são seres humanos, dotados de emoções, sentimentos, histórias, influenciados ou não por toda uma dinâmica de acontecimentos que podem, ainda que inconscientemente, influenciar a tomada de decisões, seja no campo da interpretação de situações de menor complexidade até o mais complexo julgamento. O objetivo do presente trabalho é buscar identificar os fatores inconscientes que podem afetar e influenciar os julgadores quando da tomada de decisões.

Palavras-chave: Norma jurídica. Decisão judicial. Inconsciente.

Abstract: The phenomenon of legal subsumption through the subsumption of the legal norm to the facts has been for a long time understood as being, in its essence, the key to the maintenance of the legal system. However, one aspect ended up being relegated to a peripheral level: the fact that legal practitioners are human beings, with emotions, feelings, and stories, influenced or not by a whole dynamic of events that can, even unconsciously, influence decision-making, whether in the field of interpretation of less complex situations to the most complex judgment. The objective of the present work is to identify the unconscious factors that can affect and influence the judges when making decisions.

Keywords: Legal norm. Judicial decision. Unconscious.

Introdução

O direito, desde sua criação e normatização, sempre buscou garantir a ordem e a igualdade das relações: o direito de um somente se estende até quando começa o direito de outrem.

A fim de tutelar essa segurança nas relações e viabilizar o convívio saudável e justo em sociedade fez-se necessário que quando uma das partes de uma relação se visse prejudicada ou lesada, essa poderia valer-se da intervenção judicial para obtenção da prestação jurisdicional justa e proporcional. Para tal, um terceiro, isento de ânimo e alheio ao conflito, ainda que ciente deste, pudesse analisar de forma imparcial cada caso e apresentar a solução buscada com um olhar neutro e fundamentado em normas e leis criadas para coibir abusos e restaurar a convivência pacífica e harmoniosa.

Para tanto, surge a figura do magistrado - o braço justo da Lei - aquele que decide de forma que o causador do dano seja responsabilizado e aquele que foi lesado obtenha a justa reparação. Seria quase como pensar em uma equação matemática que não apresentasse outra solução: assim como uma calculadora inevitavelmente dá o resultado 4 a soma de 2 mais 2, o juiz, como fiel aplicador da lei, entende que um erro enseja a punição X, simplesmente pela aplicação da letra fria da lei.

Mas seria tudo tão simples assim? Os personagens de uma celeuma judicial são tão inanimados e frios quanto os fatores de uma adição? A imediatidade e a inexistência de ânimo de uma calculadora que de forma

automática apresenta um único resultado possível, pode ser comparada à humanidade da figura do magistrado? Será que, de fato, somente existe um aspecto certo e outro errado quando se trata de relações humanas?

É impossível esperar que o magistrado ao ouvir um depoimento de uma testemunha, ou ao analisar as provas e fatos de um caso, não se sinta tocado pela riqueza de minúcias de cada situação e que não seja influenciado, ainda que de forma inconsciente, pela riqueza de suas próprias histórias e vivências. Não se trata, de forma alguma, de minimizar o papel normativo ou a imprescindibilidade da positividade do direito, mas tampouco se pode, ante tantas demonstrações e estudos, ignorar a influência do inconsciente na tomada de decisão judicial e como emoções e sentimentos exercem papel importante nos julgamentos.

Dentro desse contexto, o presente estudo busca demonstrar a questão formal sob a qual estão submetidas as decisões judiciais e o papel fundamental do juiz, além de entender como os fatores externos (vieses, ruídos, sentimentos e emoções) tão intrínsecos à humanidade do juiz podem e se fazem presentes a prolação da sentença.

As decisões judiciais e o sistema normativo

No processo judicial, para que este seja eficaz e atinja o objetivo social de resolução de conflitos, tem-se a utilização de técnicas e elementos em sua composição: o pleito através da peça inaugural do processo, garantia do direito ao contraditório e ampla defesa, despachos, decisões judiciais em geral, estas com o objetivo de reduzir a complexidade da lide a fim de buscar uma solução mais célere.

No entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Junior¹, as complexidades passam de indecíveis para decidíveis. É no processo, como sistema autônomo, que direito e poder se relacionam, sendo a decisão final, ainda de acordo com o ensinamento de Ferraz Júnior, uma representação de premissa com força modificadora do comportamento, um ato de poder com força jurídica.

Levando o conflito ao Poder Judiciário, uma parte naturalmente possui a aspiração de obter satisfação jurídica, satisfação essa que, com a decisão judicial, não foi alcançada. Imagine-se que a parte insatisfeita, ao se deparar com uma decisão cuja força se sobressai às suas vontades – pois dotada de legitimidade considerando o poder da sentença através da linguagem exclamada por seu prolator emitida naquele veredito – estará, em tal hipótese, mesmo sem o consenso concreto, diante da “neutralização das decepções”, ou seja, a coisa julgada torna, ou era para tornar, o conflito decidido².

Sentenças: fundamentos e dispositivo

A sentença, em toda sua complexidade e abrangência se constitui em instrumento decisório que pode ser visto como uma expressão em sentido *estricto*, quando determina o encerramento do processo judicial, ou em sentido *lato*, vista a partir da aplicação de diversas escolhas tomadas durante o processo em sua instrução e não desfecho do conflito.

Como senso comum e, para melhor síntese do normativo jurídico, muitas vezes a expressão “decisão judicial” é utilizada em seu sentido estrito, sendo compreendida como meio em que o Juiz, como entidade competente para proferir a definição com base nos fatos descritos, análise de provas e aplicação legal no que concerne o fato concreto, anuncia a sentença.

¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. 2. ed. reimpr. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

² NOJIRI, Sergio. Decisão judicial. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/57/edicao-1/decisao-judicial>. Acesso em: 25 jun. 2021.

Conforme disciplina o artigo 203 do Código de Processo Civil vigente, a “sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”.

Como ato processual formal, a sentença possui elementos obrigatórios em seu escopo. Segundo disciplina o art. 489 estes elementos seriam: (i) o relatório; (ii) a fundamentação e (iii) o dispositivo.

É evidente que todo processo é regido por uma situação, uma história fática que ensejou uma lide, impulsionando as partes a procurar o Poder Judiciário.

No relatório o juiz narra os fatos antes de dar sua decisão, conforme ensina Renato Montans de Sá:

Relatório é a síntese do processo ou da fase postulatória. É no relatório que o magistrado procederá a um inventário do processo, registrando os principais eventos e incidentes. A existência do relatório é a garantia que o magistrado leu e tomou conhecimento dos fatos e provas trazidas pelas partes ao longo do processo que está decidindo. É também necessário um relatório minucioso e completo de modo a demonstrar com precisão os fatos da causa para a sua devida identificação de modo a permitir se essa decisão servirá ou não como precedente para casos que possuam fatos análogos.³

Os fatos devem ser narrados de forma minuciosa pelo Juiz, não devendo ser menosprezado nenhum detalhe relevante. Nesse sentido, é possível permitir o uso da decisão prolatada, como precedente para casos que possuam fatos análogos, tornando-se mais um instrumento jurídico.

Ressalta-se, ainda, que além das provas, é a partir dos fatos e seu encaixe com a norma jurídica brasileira que o juiz profere sua convicção. É tamanha sua importância que a ausência de relatório é capaz de gerar a nulidade da decisão, pois é pressuposto que o juiz, se não narrou os fatos ocorridos como órgão julgador, não analisou o processo de modo profundo o suficiente para decidir. Entretanto, em contraponto ao até agora levantado, nos Juizados Especiais o relatório é dispensado (art. 38 da Lei 9.099/1995) mesmo que não signifique que nesses processos o juiz possa sentenciar sem ter o profundo conhecimento da demanda, como nos casos da Justiça Comum.

Ainda sobre a Sentença, matéria principal a ser tratada neste tópico, seguindo do relatório, o juiz deve proceder com a fundamentação em sua decisão. É neste instante que relacionamos o inconsciente na decisão judicial.

O dogmatismo e a sentença judicial

É com base no ordenamento que o juiz fundamenta sua decisão, conforme determina a Constituição Federal, art. 93, IX, segundo a qual, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”, sendo portanto, obrigatória a fundamentação. Mas, em um ordenamento jurídico rico em normas, até que ponto a visão daquele que julga pode interferir na matéria abordada e na extensão das medidas aplicadas?

Pois bem, no que cerca a interpretação das normas, no direito positivo, tem-se a dogmática jurídica, que, consiste na descrição das regras jurídicas em vigor, de modo que as transmite como um dado real, devendo ser aplicada na sociedade sem considerar fatores externos, e sim, apenas a lei em forma pura.

A aplicabilidade da dogmática jurídica, por meio do direito positivo em um universo de singularidades presentes em cada caso concreto, pode ser entendida pelas palavras de Norberto Bobbio:

³ SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. 5.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 884.

Dois são os critérios pelos quais Aristóteles distingue o direito natural e o direito positivo:

a) O direito natural é aquele que tem em toda parte (pantachôu) a mesma eficácia (o filósofo grego emprega o exemplo do fogo que queima em qualquer parte), enquanto que o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto.

b) O direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns e má a outros. Prescreve, pois, ações, cuja bondade é objetiva (ações que são boas em si mesmas, diriam os escolásticos medievais). O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário), que sejam desempenhadas do modo prescrito em lei. Aristóteles dá este exemplo: antes da existência de uma lei ritual é indiferente sacrificar a uma divindade uma ovelha ou duas cabras; mas uma vez existente uma lei que ordena sacrificar uma ovelha, isto se torna obrigatório; é correto sacrificar uma ovelha, e não duas cabras, não por que esta ação seja boa por sua natureza, mas porque é conforme a uma lei que dispõe desta maneira. [...]

Dois são os critérios no qual se baseia a distinção de Paulo entre direito natural e direito civil:

a) o direito natural é universal e imutável (semper) enquanto o civil é particular (no tempo e no espaço)

b) o direito natural estabelece aquilo que é bom (bonum et arquum), enquanto o direito civil estabelece aquilo que é útil: o juízo correspondente ao primeiro funda-se num critério moral, ao passo que o relativo ao segundo baseia-se num critério econômico ou utilitário.⁴

Na epistemologia da palavra, “*dogma*” significa “o que se pensa é verdade”, sendo geralmente atribuído à teologia na Antiguidade. Infere-se, atualmente, como característica mais importante da dogmática na aplicabilidade jurídica, a inegabilidade dos pontos de partida. Para Tércio Sampaio Ferraz Junior⁵, compreende na “viabilização das condições do juridicamente possível”. O juiz deve tomar sua decisão, interpretando o direito vigente, através das normas, da dogmática jurídica e do direito positivado, considerando as peculiaridades de cada caso concreto e seus impactos na aplicação dos preceitos vigentes na lei brasileira.

Para maior proteção dos direitos, garante ainda a Carta Magna, como direito fundamental, a proibição do prejuízo ao direito adquirido, sendo vedada criação de leis que o ameacem, fato que vale também para o ato jurídico perfeito e a coisa julgada⁶. É lógico, entender, portanto, que o Juiz como julgador dos litígios, aos quais lhes são suplicadas resoluções, deve se atentar à legislação vigente, não somente para garantir a segurança jurídica de que a lei de fato está sendo aplicada, mas também, que tal decisão não será prejudicial e juridicamente injusta às partes para que, como coisa julgada, de fato não necessite sofrer modificações.

Assim, para que sua decisão não seja incontroversa e possa constituir plenamente objeto de coisa julgada, para garantia do direito, o juiz deve fundamentá-la em preceitos legais. O questionamento que fica e é objeto principal deste estudo é a forma que realiza tal feito e até que ponto sua interpretação da lei é restrita ao que está positivado na forma legal e qual a interferência de seu inconsciente em suas decisões judiciais.

Até mesmo a interpretação das provas está condicionada à fundamentação, um dos meios de vedar o livre convencimento motivado do juiz, segundo os ensinamentos de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir indicando as razões da formação do seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento, mas sempre vinculado à prova dos autos. A expressão 'livre convencimento motivado do juiz' largamente utilizada pela processualística mais antiga e sugerida pelos intérpretes do CPC/1973 131 é equívoca e não reflete o verdadeiro conteúdo da tarefa do juiz na apreciação das provas.⁷

É, portanto, a partir das provas, seja por depoimento de testemunhas, análise documental ou pericial que o juiz vê os fatos, sendo indireta sua observação, e nunca direta. Lídia Prado⁸ destaca que o juiz, na citada análise probatória, pode levar-se pela influência de fatores emocionais, seja empatia ou antipatia, provocados através do

⁴ BOBBIO, Norberto. *Positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi, Esdon Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Icone, 1995. p.16-27.

⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁶ BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 5º, inciso XXXVI.

⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código e processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1078.

⁸ PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*: aspectos da lógica judicial. Campinas, SP: Millennium, 2008. p. 25.

que sente ao ouvir as partes, testemunhas ou advogados, sendo inclusive sujeito à influência de experiências próprias anteriores que podem ocasionar reações inconscientes passíveis a provocar o pré-julgamento.

Fatores estes contrários a linha lógica de raciocínio devem partir da premissa que para conclusão de seu julgamento o magistrado deve analisar o caso concreto em conjunto com o que rege o direito positivo de um Estado para, assim, tomar as decisões que forem cabíveis. Prado⁹ referencia ainda, que Karl Llewellyn pressupõe que é de praxe a mente do juiz antecipar a decisão que considera justa, e depois buscar a norma que pode fundamentar aquilo que já pré-julgou, ou seja, mesmo que busque sua convicção e meios de ordem jurídico-positiva, de certa forma sofre interferências de seu subconsciente no pré-julgamento.

Não se confundindo com o silogismo, o direito e logo as sentenças emitidas por juízes, não devem se restringir ao plano psicológico, mas se relacionarem com ele quando interpretadas a partir da realidade, já que seria irreal afirmar que são constituídas pela ideia pura, formalismo puro. Entretanto, caso o magistrado não acatasse a ordem jurídico-positiva de cada ordenamento no qual faz parte, estaria de certo modo se colocando acima da lei¹⁰.

Buscar o grande equilíbrio entre o positivismo normativo e o bom senso em analisar a realidade sem interferências meramente emocionais, e sim, com o sentimento de não se reduzir a mera burocracia de repetir decisões alheias. É nesse contexto, Nalini¹¹ sugere o serviço de acompanhamento psicológico ao juiz, para que este entenda um pouco sobre si e suas próprias crenças no mundo jurídico, sendo útil ao direito e a utilidade da sentença, que não ficaria plenamente condicionada à vulnerabilidade desconhecida do magistrado, já que este se atentaria aos casos que entenderia ser sensível, com a devida orientação psiquiátrica.

O papel do inconsciente no processo do julgamento

Para que seja possível identificar e compreender o inconsciente, é imprescindível entender o funcionamento do cérebro, um órgão de pouco mais de um quilo, capaz de controlar todas as ações dos seres humanos.

Para melhor compreensão, imagine-se um programa computacional que, quando utilizado não exige saber de que forma foi projetado para chegar a um determinado resultado. É o que acontece com a consciência humana.

Uma outra abordagem e analogia interessante é a de pensar a mente como um jornal. O cérebro está cercado de atividades incessantes, assim como um país, onde grupos de indivíduos interagem constantemente, tomando decisões e transmitindo informações a outros grupos. Na oportunidade em que se lê uma manchete, estas ações já foram realizadas e os acordos já se efetuaram. Assim, tem-se pouco acesso aos acontecimentos dos bastidores, sendo o indivíduo o último a saber das informações e decisões finais. Portanto, o leitor da manchete que traz aquela ideia como sua, levando o crédito como fruto de seu pensamento, na verdade está enganado: o cérebro realizou uma vasta gama de operações, podendo ter levado horas, dias ou anos, recebendo-as, até chegar à consciência tal criação.

No dia-a-dia, qualquer que seja a atividade efetuada, simples ou complexa, exige-se uma intensa atividade neurológica da qual não se tem acesso e consciência. Essa atividade neural consiste na entrega de informações, captadas pelos órgãos sensores, enviadas através do sistema nervoso ao cérebro. Este processo gera uma série de sinapses, trocas de partículas elétricas entre as células especializadas do cérebro, os neurônios. Todo mecanismo mencionado transporta um comando a algum órgão do corpo, a um músculo, uma glândula, gerando algum

⁹ Ibid., p. 19.

¹⁰ SICHES, 1963, p. 491 apud PRADO, op. cit., p. 21.

¹¹ NALINI, José Renato. A formação da vontade judicial: fatores legais, sociais e psicológicos. *Revista do Supremo Tribunal Federal, Lex*, v.19, n. 219, p. 6-10, mar. 1997.

movimento corporal ou liberação de substância hormonal. Assim, o ser humano pode viver uma vida toda sem ter consciência de cada aspecto do sistema funcional do cérebro, que trabalha de forma secreta, não permitindo que seja explorado pela cognição consciente.

Após esta breve introdução do inconsciente, é de grande relevância abordar como se deu a sua construção. De acordo com a teoria da evolução, criada por Charles Darwin, o organismo do ser humano se adaptou conforme as circunstâncias ambientais em que foi inserido, gerando assim maior chance de sobrevivência. Do mesmo modo que os demais órgãos evoluíram, o cérebro passou por esse desenvolvimento, o qual esculpiu o caráter dos pensamentos e crenças humanas. Diante desse desenvolvimento, o cérebro foi programado para solucionar problemas que ancestrais de séculos passados enfrentaram. O que se observa é que essa programação, fruto da evolução, é comum a todos os indivíduos.

Parte da formação do inconsciente já foi explorada e demonstrada, tratando-se de característica comum a todos. Teorias a respeito do inconsciente empenham-se em estudar a formação da psique humana, compreendendo a personalidade como fruto de experiências passadas, principalmente na infância. Não se tem acesso a este conteúdo, entretanto, ele se manifesta através de instintos.

A importância da neurociência

O fenômeno da neurociência, fruto de todo conteúdo exposto, pode ser compreendido através de três elementos: mente, comportamento e cérebro.

A aliança formada pela psicologia, filosofia e biologia, fez com que surgisse esta inovação. Trata-se de uma ferramenta utilizada para estudar o cérebro, onde será analisada sua estrutura e função. Esta revolução permitiu que comportamentos clínicos não fossem apenas presumidos, como também identificados, por meio da estrutura ou atividade cerebral. Cita-se como exemplo os danos cerebrais, conhecidos como lesões, os quais poderão ser observados através da ressonância magnética. Este exame apresentará, com precisão, as estruturas neurais possibilitando a análise do sistema cerebral e sua interferência no comportamento ou função mental.

Ademais, os conteúdos referentes aos eventos moleculares no interior das células nervosas individuais permitem a compreensão do relacionamento entre a composição e ação de genes específicos. Como resultado desses avanços surgiram mais teorias que detalham a relação sobre determinados aspectos da mente, comportamento e cérebro.

Nas palavras de Ricardo Horta, a importância do estudo da neurociência estaria no fato de que:

As bases neurais do processo de tomada de decisão são bem conhecidas já há alguns anos. Os experimentos feitos com humanos e animais não humanos buscam coletar dados e modelar como, no cérebro, são codificadas a coleta de informações, a formação de crenças e preferências, a maneira como se dão decisões simples a partir de percepções, ou como se dá a codificação do valor. No campo das decisões econômicas, por exemplo, já se tem uma descrição minuciosa das áreas envolvidas na codificação de recompensas, e de como o cérebro emprega, via sinais dopaminérgicos, uma escala unificada que permite tomar comparáveis valores de alternativas decisórias distintas — uma “moeda única” para traduzir valores no cérebro.¹²

Ou seja, o estudo das estruturas neurológicas pode nos guiar a entendimentos sobre as ações inconscientes dos indivíduos, a presença de sentimentos e emoções. Nesse contexto, dentro do ordenamento jurídico a neurociência tem se demonstrado presente através da conduta do indivíduo e a responsabilização frente às consequências, nos meios de provas e nas tomadas de decisões judiciais.

¹² HORTA, Ricardo Lins. Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3 p. 83-122, 2019. p. 102-103.

E é importante atentar ao fato de que o crescente interesse pelo estudo da neurociência e a possibilidade de “compreender” melhor o funcionamento do cérebro e como esses estudos podem, de uma forma interdisciplinar, tentar explicar fenômenos atrelados à normatização das leis e ao estudo do direito, um termo tem se tornado conhecido: o Neurodireito.

Embora, não se tenha como escopo aprofundar essa temática, interessante observar que, ainda nas palavras de Horta¹³, a neurociência poderia ser concebida como “ciências naturais que auxiliam a explicar fenômenos pertinentes ao direito, mas não condicionam a atividade jurídica”, ou seja, em que pese busquem entender os fatores que podem exercer influências, por exemplo, na tomada de decisões, não adentram o sistema normativo das leis.

O trabalho dos mecanismos existentes dentro do tálamo e hipotálamo, por exemplo, que coordenam o funcionamento biológico do ser humano, é exercido inconscientemente, bem como ocorre no campo das experiências, tendo em vista sua localização se dar muitas vezes fora da percepção consciente. Este fenômeno ocorre de forma similar no processo de julgamento, momento em que os juízes se utilizam de conhecimentos (experiências) obtidos preliminarmente ao caso julgado.

Toda temática abordada tem como objetivo analisar as ações do inconsciente na figura do juiz. No exercício desse mister, e como anteriormente abordado, são exigidos padrões de comportamento, como por exemplo a impessoalidade e a imparcialidade na condução do processo e tomada de decisões.

Todavia, sabe-se que o juiz se empenha para manter as condutas dele esperadas, figurando uma nova personalidade no âmbito de seu trabalho, mesmo que exija um esforço a mais.

Mas, e o aspecto inconsciente? Será que nas tomadas não há interferência do passado vivido na infância, história e local onde foram inseridos? De que forma se dão tais atos?

As decisões judiciais não são amparadas somente em leis e jurisprudências, mas também no sentimento de justiça presente no inconsciente de cada magistrado que busca fundamento nas leis, jurisprudências, provas e interpretações que sejam adaptadas de acordo com seu entendimento, onde, ao decidirem, podem se valer do seu “verdadeiro eu”, diante de suas compreensões daquilo que seja justo.

O inconsciente e o ato de julgar

No que se refere ao inconsciente, Sigmund Freud¹⁴ como precursor da teoria psicanalítica, o define como um tipo de “local” que abrange sentimentos, impulsos, memórias e pensamentos encontrados fora da percepção consciente, isto significa que todos os elementos não perceptíveis à nossa consciência fazem parte do inconsciente.

Nessa perspectiva entende o médico neurologista Antônio Damásio que a natureza inconsciente das emoções mostra o quanto as emoções e os sentimentos “podem ser eficazes, mesmo quando os organismos desconhecem sua existência”¹⁵.

No momento da tomada de decisão pelo juiz pode-se perceber que existem diversas maneiras de desenvolvimento do julgamento. Essas se constroem através da antecipação da ideia considerada justa pelo juiz em sua mente, de modo que utiliza sua concepção inicialmente como base para encontrar uma norma condizente e assim fundamentar a sentença.

¹³ Ibid., p. 112.

¹⁴ FREUD, Sigmund. A interpretação de sonhos (1900). In: FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Edição standard brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v. 5.

¹⁵ DAMÁSIO, Antonio R. *O mistério da consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento de si*. Trad. Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 238.

Torna-se pouco razoável não assimilar a conexão entre as diversas culturas formadoras do sistema jurídico e as vivências adquiridas por cada juiz ao longo da vida e, com elas, a intervenção do inconsciente nas decisões judiciais por meio dos sentimentos, pensamentos, memórias e experiências alojadas nesse processo mental.

A palavra julgar é originária do termo latim *judicare*¹⁶ formado por *jus* (lei, direito) e *dicere* (dizer, falar). Desse modo, o ato de julgar se dá no momento em que o juiz “diz o direito”, ficando diante da necessidade de tomar decisões e contando não somente com suas certezas e seus próprios ideais, mas também com previsões legislativas, o que fundamenta, assim, sua decisão.

A partir das contribuições da psicanálise é possível explicar algumas características e processos englobados na prática do julgamento. Inicialmente, podem ser observados os conteúdos reprimidos encontrados no campo do inconsciente, os quais podem ter sido conscientes em algum momento ou não. Esse constitui o chamado recalque¹⁷, processo pelo qual há um isolamento de dada parte da realidade como forma de defesa do ego.

Mas como isso afeta o juiz? A resposta é simples: tendo em vista que o ato de julgar é realizado por seres humanos e não por máquinas, ou seja, pode-se dizer que são levados em consideração pelo juiz todas as suas vivências até o momento, de modo que se este ao longo de sua vida tiver passado por circunstâncias semelhantes ao caso em julgamento, este pode vir a ter uma certa tendência de deixar resquícios de sentimentos e emoções influenciarem na decisão mesmo que esteja suprimido pelo inconsciente.

Outro fenômeno importante a ser citado é a projeção, ocorrido pela localização de algo que encontra em si projetando no mundo externo, normalmente são elementos desagradáveis presentes nas condutas e hábitos dos seres humanos. Nesse sentido, por exemplo, podem ser observados casos em que há uma convicção absoluta do juiz em determinado assunto, sendo este aparentemente comum, ou seja, muitos não o enfatizariam do mesmo modo.

Em síntese, no que tange ao ato de julgar, é possível concluir que são influenciáveis as características da personalidade do indivíduo que irá julgar, levando em conta toda sua história de vida juntamente com os sentimentos e emoções.

Ainda que oculto, o inconsciente se faz presente de modo que ao analisarmos o comportamento dos juízes minuciosamente, conseguimos perceber os sinais advindos das profundezas do inconsciente, bem como, suas origens em alguns casos.

Interpretação e o inconsciente na tomada de decisões pelo juiz: a influência dos vieses e ruídos

O Código de Processo Civil dispõe, nos artigos 144 e 145, acerca das hipóteses sobre o impedimento e suspeição do juiz, casos em que há o afastamento do julgador se existente alguma relação com as partes. Nesse sentido, pode-se argumentar que quando houver vínculo entre as partes do processo com o juiz é vedada sua participação. Nesse contexto, é possível correlacionar a abrangência do CPC com a presença do inconsciente, uma vez que o princípio da imparcialidade poderia ser afetado pela presença de sentimentos, ou seja, dada a conexão entre as partes e por mais que consciente de seu papel enquanto julgados, poderia não haver um julgamento imparcial.

O juiz se torna suspeito ao julgar, uma vez que, inconscientemente, conduziria sua decisão ao lado mais favorável quando se tratasse de vínculo positivo e mais severo quando este fosse negativo.

¹⁶ FARIA, Ernesto. *Dicionário Latino-Português*. 17. ed. Belo Horizonte, MG: Livraria Garnier, 2002.

¹⁷ FREUD, Anna. *O ego e os mecanismos de defesa*. Trad. Francisco Settineri. Porto Alegre. Artmed, 2006.

Interessante lembrar a explicação de Kelsen quanto à interpretação das normas, demonstrando uma relação de vínculo entre o domínio legislativo e o humano:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.¹⁸

Sob esta perspectiva, observa-se a representação analógica de que o direito é como uma tela, na qual há possibilidade de preenchimento da moldura de diversas formas. Trata-se da hermenêutica jurídica relacionada ao magistrado e doutrinas elaboradas pelos juristas retratando cada maneira única de interpretação.

E, ainda que de forma não claramente revelada, o preenchimento desta “moldura” ultrapassa a matriz doutrinária e lógica do magistrado, passando a receber influências do inconsciente e de toda carga emocional das vivências do juiz.

À luz da interpretação de Lídia Reis de Almeida Prado¹⁹ sobre Jerome Frank, as personalidades dos juízes são completamente diferentes, bem como seus pensamentos e emoções, portanto, não há uniformidade nas decisões em face da individualidade de cada julgador e respectivo caso. Ainda, nas palavras da autora com relação ao que afirma Miguel Reale, pode-se dizer que a sentença não é limitada somente à legislação (juízo lógico), reconhecendo, assim, a presença da “humanidade do juiz”, ou seja, o juízo recebe influências do fator humano (emoções, vivências etc.).

Muitas das influências que podem causar a variabilidade e até discrepância em certas decisões e que poderiam, de alguma forma, explicar o porquê de casos semelhantes apresentarem decisões distintas poderiam ser esclarecidas através das análises dos vieses e ruídos.

Nesse caso, embora não se aprofundem as abordagens por ora, é interessante observar que, como explica Greenwald²⁰, os vieses afetariam a precisão das respostas, substituindo-as no decorrer do processo decisório, podendo trazer julgamentos favoráveis a uma outra parte, ensejando sentenças mais brandas se comparadas com casos idênticos, por exemplo. É interessante observar que nem sempre os vieses são prejudiciais. Ora, um juiz que seja influenciado por vieses a favor de um determinado grupo, mais desfavorecido socialmente, inconscientemente pode oportunizar benefícios a esse grupo sem, de forma alguma, causar prejuízos a outro grupo.

Já a questão dos ruídos, por ser ainda menos implícita, muitas vezes sequer é notada. Como bem elucidam Kahneman²¹, Sibony e Sunstein, quando os vieses são identificados e afastados e, ainda assim, permanecem os erros de julgamento, como “a indesejada divergência de julgamentos”, aí estariam os ruídos. Sendo uma fonte de erro menos intuitiva, a análise dos ruídos demanda um estudo dos julgamentos - a chamada auditoria de ruído - o que enseja o estudo pontual das incongruências nos julgamentos para, a partir daí, buscar seu afastamento no momento da tomada de decisões.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 258.

¹⁹ Op. cit.

²⁰ Apud NOJIRI, Sérgio (org.). *O direito e sua interfaces com a psicologia e a neurociência*. Curitiba: Appris, 2019. p. 293-294.

²¹ KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. *Ruído: porque tomamos más decisões e como podemos evitá-lo*. Trad. Isabel Veríssimo. Lisboa: Objetiva, 2021.

Assim, diante dos vieses e ruídos apresentados, é possível analisar a divergência entre a previsão normativa e a realidade, visto que, a primeira presume a utilização somente do direito positivo para as decisões judiciais, bem como a imparcialidade do juiz ao deferir ou indeferir determinado pleito.

Diferentemente, o segundo aborda questões concernentes ao próprio ser humano, como por exemplo, as emoções, vivências, impulsos, memórias, costumes, entre outros. O que é importante observar é que embora julguem o mesmo caso, é exequível que os julgadores tenham concepções completamente diferentes; assim, há uma comparação com um ditado brasileiro, no qual considera que cada cabeça possui uma sentença, ou seja, cada indivíduo segue uma linha de pensamento singular aos demais.

As sugestões de Daniel Kahneman para redução do ruído

Não se desconhece que as pesquisas relativas à atuação de aspectos mentais em julgamentos judiciais se deparam, em regra, aos naturais questionamentos decorrentes da distância entre as ciências jurídicas e aquelas que estudam as atividades mentais.

Entre os questionamentos de maior vulto se encontram aqueles normalmente entoados no sentido de que, embora não se desconheça a interferência inconsciente nos julgamentos, é muito difícil encontrar métodos e técnicas que permitam ao sistema jurídico encontrar soluções para esse dilema, especialmente quando se depara, no caso brasileiro, com outro ponto sensível do sistema que é o constante acúmulo de ações judiciais sem soluções, o que pressupõe pensar que se já é tão difícil julgar os casos da forma como o sistema coloca, o que dirá se houver a necessidade de implantação de técnicas ou métodos que tenderiam a reduzir a velocidade da tramitação processual.

A ciência jurídica, porém, precisa avançar na análise da interferência do inconsciente nas decisões judiciais e o referencial teórico ora abordado é o sugerido por Daniel Kahneman, Oliver Sibony e Cass R. Sunstein ao cabo da obra “Ruído: Uma falha no julgamento humano”, quando mencionam seis princípios como mecanismos psicológicos causadores do ruído: (i) o objetivo do julgamento é a precisão, não a expressão individual; (ii) pense estatisticamente e adote a visão de fora; (iii) estructure os julgamentos em diversas tarefas independentes; (iv) resista a intuições prematuras; (v) obtenha julgamentos independentes de múltiplos juízes, depois considere agregá-los; (vi) prefira julgamentos relativos a escalas relativas.

Entrelaçando as lições advindas da experiência descrita na sobredita obra com a prática do sistema processual brasileiro, é possível chegar a algumas reflexões relevantes.

Em relação ao primeiro princípio, Kahneman esclarece que “o julgamento pode ser melhorado, tanto pelo uso apropriado de algoritmos como pela adoção de abordagens que tornem as decisões menos dependentes das idiosincrasias de um único profissional”, além de informar que “diretrizes de decisão podem ajudar a cercear a discricionariedade de juízes”²².

Nesse passo, importante dizer que tratar da influência dos algoritmos escaparia ao escopo deste trabalho, mas a prática jurídica tem demonstrado que a utilização adequada da inteligência artificial pode auxiliar na redução de decisões conflitantes e na uniformização da jurisprudência.

Relativamente às práticas que reduzam a discricionariedade, reflete-se sobre a revisitação da fundamentação das decisões para que se tenha em conta que a perspectiva individual deve ser evitada, em busca de uma melhor precisão da decisão. Note-se que as impressões pessoais ou subjetivas do julgador normalmente não ficam expostas na fundamentação, embora influenciadoras da decisão.

²² *Ibid.*, p. 359.

No segundo princípio, tem-se que a sujeição à atuação inconsciente inibe a adoção de outros métodos como a abordagem estatística. É natural pensar que o julgador, diante da influência inconsciente permeada por sentimentos e emoções, permita que estes últimos se sobreponham aos aspectos estatísticos, sendo relevante aqui lembrar as lições de Antonio Damásio quando afirma que *o sentir é anterior ao saber*.

Avançando, ao abordar o terceiro princípio, estruturar o julgamento em tarefas independentes, pondera-se que o sistema jurídico brasileiro aborda técnica semelhante no bojo da Lei 12.318/2010 que trata da alienação parental, mais precisamente quando disciplina a realização de perícia através de equipe multidisciplinar²³.

É razoável pensar que quanto maior a abertura do julgamento à distribuição de tarefas auxiliares, maiores as chances de redução do ruído.

No quarto princípio, resistir a intuições prematuras, fundamental lembrar que, em relação ao fator tempo, sabe-se que o momento do julgamento não é o momento da sentença propriamente dita.

Em relação ao quinto princípio (obtenha julgamentos independentes de múltiplos juízes, depois considere agregá-los), é importante ponderar que a histórica técnica de processamento de recursos no sistema brasileiro encampa a ideia de que o julgamento colegiado implica na designação de um julgador relator que elabora o voto e restitui os autos em secretaria (CPC, artigo 931). De acordo com as previsões legais e regimentais, os demais julgadores, antes do início da sessão de julgamento, acessam o voto do relator e, durante o ato, podem formular pedido de vista, divergir ou acompanhar o relator (CPC, artigos 934, 937 e 943).

De acordo com a perspectiva de Kahneman, a pluralidade de julgamentos independentes tende a reduzir o ruído. Não se desconhece que o acesso anterior ao voto proferido pelo relator, apesar das vantagens práticas e do evidente tracionar da celeridade processual, gera uma tendência inconsciente dos demais julgadores em acompanharem o posicionamento do relator, especialmente diante da pressão exercida nos demais julgadores no sentido de que devam acelerar o julgamento dos feitos nos quais eles figuram como relatores.

Ainda que se suponha eventual prejuízo à celeridade, pensar-se em um método no qual os julgamentos em instâncias superiores se realizem de modo a colher os votos de todos os julgadores em que conheça com antecedência o posicionamento dos demais pode se consolidar como uma maneira de dar vida sistêmica à proposição de Kahneman.

Por fim, o sexto princípio pode ser estimulado com a criação de varas e câmaras especializadas em assuntos específicos, tanto a nível primeiro como em segundo grau.

Finalizando este tópico, ainda que a análise isolada de um ou outro princípio e sua comparação com o sistema jurídico brasileiro possa soar como hipóteses cuja colocação em prática demandem grandes dificuldades, a relevância das colocações carrega consigo a ideia de que questões inconscientes e análises mentais dos julgamentos podem sim se aproximar da prática jurídica com a adoção de mecanismos capazes de reduzir vieses e ruídos.

²³ Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

§ 4º Na ausência ou insuficiência de serventários responsáveis pela realização de estudo psicológico, biopsicossocial ou qualquer outra espécie de avaliação técnica exigida por esta Lei ou por determinação judicial, a autoridade judiciária poderá proceder à nomeação de perito com qualificação e experiência pertinentes ao tema, nos termos dos arts. 156 e 465 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

Considerações finais

O sistema normativo insere as decisões judiciais como desdobramento automático dos pressupostos sistêmicos, adequando-as ao modo e formas de aplicação do Direito de acordo com as perspectivas visando a solução de conflitos em um ambiente que exige praticidade, rapidez e eficiência visando, sobretudo, a operacionalidade do sistema de justiça e seus impactos na sociedade.

Por essa linha, o itinerário tradicional das sentenças judiciais trilha método que não foge da referência à fundamentos fáticos e jurídicos (fundamentação) que levam em conta elementos objetivos postos na relação jurídica processual, exponencialmente através da adoção de método doutrinariamente próximo ao viés dogmático.

O presente trabalho, porém, tenta trazer à reflexão o fato de que aspectos inconscientes no processo de julgamento acabam por influenciar a decisão, sem que seja possível, diante das perspectivas sistêmicas afinadas com a linha dogmática, pensar, expor ou imaginar que elementos inconscientes influenciam a decisão judicial.

A título de reflexão, o trabalho propõe que se a maioria das atividades cotidianas é composta por decisões e atitudes nas quais aspectos inconscientes estão envolvidos e exercem grande influência, não seria razoável imaginar que as decisões judiciais, por exigir intensa atividade mental, estivessem imunes à interferência da plataforma inconsciente.

Seguindo essa dinâmica, o trabalho reforça que a neurociência e sua aproximação com o Direito permitem constatar que a postura individual é afetada por elementos que, a despeito de ocultos, acabam por influenciar a formação e estruturação das decisões e de fenômenos importantes para a atividade processual como, *v.g.*, na produção de provas.

As considerações até então referenciadas no artigo fizeram com que se atingisse, em determinado ponto, as dificuldades comuns enfrentadas quando se aborda tema tão complexo, mais especificamente para se conhecer de que maneira é possível identificar objetivamente a influência do inconsciente nas decisões judiciais.

É nesse ponto que o trabalho se arqueou para a abordagem da teoria construída por Daniel Kahneman em relação aos ruídos, sendo relevante mencionar que a abordagem de tal linha de pensamento não limita a adoção de outros referenciais teóricos abordados na pesquisa, mas tem como principal objetivo demonstrar a existência de estudos no sentido de elucidar empiricamente que a atividade mental e aspectos identificáveis objetivamente podem influenciar diretamente no sistema de justiça.

Direcionando-se nessa vertente, observa-se a importância de se levar em consideração que o ato de julgar não é uma operação mecânica, mas sim uma atividade mental que sempre será permeada pelas próprias intuições e que, por tal motivo, sujeita a afetações causadas por sentimentos, emoções, ruídos e vieses. Nesse sentido os estudos de Kahneman mostram a importância de se identificar os ruídos e “tratá-los”, detectando os fatores externos que afetam a tomada de decisões a ensejar que casos idênticos sejam abordados e interpretados de formas diferentes e até divergentes, conduzindo, assim, à possibilidade de decisões mais justas, condizentes à necessidade de filtrar da essência das decisões elementos que não estejam conectados a estados conscientes.

A importância de abrir-se à reflexão no sentido de que, “onde há julgamento, há ruído” traz consigo a constatação de que a existência de ruído e a percepção de que o ato de julgar é inerente à atividade mental humana, permeada, como tal, a inevitáveis incursões de sentimentos e emoções. Destas considerações pondera-se que os julgamentos não podem ser observados apenas do ponto de vista sistêmico/dogmático, mas a partir da ideia de que manifestações inconscientes, por mais complexas que sejam, afetam-nos e colocam os juristas diante do dilema de saber que o ato de julgar é afetado por aspectos inconscientes, porém com a consciência de que o desenvolvimento e aprofundamento do tema dependerão de análises e abordagens muito mais profundas às

lançadas neste trabalho, cujo principal objetivo é estimular a vinda de juristas e pesquisadores ao debate e à pesquisa sobre o tema.

Referências

BOBBIO, Norberto. Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi, Esdon Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Icone, 1995.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

DAMÁSIO, Antonio R. *O mistério da consciência: do corpo e das emoções ao conhecimento de si*. Trad. Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

FARIA, Ernesto. *Dicionário Latino-Português*. 17. ed. Belo Horizonte, MG: Livraria Garnier, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. 2. ed. reimpr. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FREUD, Anna. *O ego e os mecanismos de defesa*. Trad. Francisco Settineri. Porto Alegre. Artmed, 2006.

FREUD, Sigmund. A interpretação de sonhos (1900). In: FREUD, Sigmund. *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Edição standard brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v. 5.

HORTA, Ricardo Lins. Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3 p. 83-122, 2019.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R. *Ruído: porque tomamos más decisões e como podemos evitá-lo*. Trad. Isabel Veríssimo. Lisboa: Objetiva, 2021.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NALINI, José Renato. A formação da vontade judicial: fatores legais, sociais e psicológicos. *Revista do Supremo Tribunal Federal, Lex*, v.19, n. 219, p. 6-10, mar. 1997.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código e processo civil comentado*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

NOJIRI, Sergio. Decisão judicial. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/57/edicao-1/decisao-judicial>. Acesso em: 25 jun. 2021.

NOJIRI, Sérgio (org.). *O direito e sua interfaces com a psicologia e a neurociência*. Curitiba: Appris, 2019.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial*. Campinas, SP: Millennium, 2008. p. 25.

SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. 5.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 884.

Obras consultadas

COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

EAGLEAMN, David. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

LENNACO, Luiz Antonio de Paula. O consciente e o inconsciente nas decisões judiciais. *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 44, n. 74 p. 133-146, jul./dez. 2006.

NEGRÃO, Theotônio et al. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 52. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

Garantia de direitos e humanização de medidas socioeducativas: SINASE e as medidas protetivas no Brasil¹

ANA CLARA GOMES
CLAUDIA CAVALLINI
GABRIELA RINALDI
GIULIANA VALÉRIO
HELENA ARAÚJO LÚCIO ALMEIDA
INGRID VITORIA DE QUEIROZ
ISABELA BAPTISTA OLIVIO
ISADORA GABRIEL FERNANDES
MARCELA SCALDELAI
MATHEUS MENDES MARQUES
MONIELLI PERES
THAMY DE FÁTIMA SEGUNDO

Graduandos em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP.

ANA PAULA POLACCHINI DE OLIVEIRA

Mestre e Doutora em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela USP-SP. Especialista em Direito Constitucional pela UEL-PR. Advogada. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Contato: anapolacchini@uol.com.br

Resumo: Este artigo aborda o papel das medidas de proteção previstas no artigo 101 do ECA quando aplicadas no âmbito do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE, 2012). Mencionadas medidas são invocadas quando os direitos de crianças e de adolescentes são violados ou ameaçados. Por sua vez, o SINASE atua em razão da prática de atos infracionais por adolescentes. A análise proposta se dá à luz da doutrina da proteção integral de crianças e de adolescentes e do SINASE para tratar da aplicação das medidas socioeducativas previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, 1990) e da sua relação com as medidas de proteção previstas no artigo 101 do mesmo diploma legal. Para tanto, promove uma descrição detalhada dos dispositivos associados ao sistema socioeducativo, especificamente, após edição da lei 12.594/2012 que criou o SINASE e também alterou o disposto do artigo 90 do ECA.

Palavras-chave: Medidas protetivas. Socioeducativas. SINASE.

Abstract: This article deals with the role of the protection measures provided by article 101 of the Statute of Children and Adolescents (ECA, 1990) when applied within the scope of the National Socio-Educational Assistance System (SINASE, 2012). The aforementioned measures are invoked when the rights of children and adolescents are violated or threatened. SINASE acts due to the practice of infractions by adolescents. The proposed analysis is based on the doctrine of integral protection of children and adolescents and SINASE to deal with the application of socio-educational measures provided by ECA's article 112 and their relationship with the measures protection provided for in article 101 of the same legal instrument. It promotes a detailed description of the devices associated with the socio-educational system, specifically, after the enactment of law 12.594/2012 that created SINASE and also the amended provisions of article 90 of the ECA.

Keywords: Protective measures. Socio-educational. SINASE.

Introdução

A Convenção dos Direitos da Criança de 1989², tratado internacional aprovado pela Assembleia Geral da ONU no mesmo ano, instituiu novos paradigmas internacionais para a proteção da infância e juventude, inaugurando a chamada doutrina da proteção integral. O Brasil, ao adotar a mencionada Convenção em 1990, passava a considerar essa doutrina que já ressoava no texto constitucional, em 1988 em seu artigo 227 e que foi objeto de intensos debates ao longo da Constituinte, sendo posteriormente regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescentes de 1990³.

Crianças e adolescentes passavam a ser concebidos como sujeitos de direito e pessoas em desenvolvimento. A partir desses diplomas legais e com os princípios e determinações neles contidas o Estado e a sociedade voltaram-se a aprimorar e executar um Sistema de Garantia de Direitos.

¹ Este artigo é baseado na pesquisa "Estatuto da Criança e do Adolescente como paradigma regulatório da doutrina da proteção integral: um estudo de eficácia sociojurídica", desenvolvida pelos discentes ao longo do ano de 2020, com o auxílio do Núcleo de Pesquisa do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA), Catanduva-SP (PESQDIR2021942).

² BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção dos Direitos da Criança. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

³ BRASIL. *Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 12 ago. 2021.

Esse sistema repercutiria no atendimento socioeducativo em razão da prática por adolescentes de atos infracionais. Estes se referem à prática por adolescentes de conduta prevista na legislação penal como crime ou contravenção penal (ECA, artigo 103).

As medidas socioeducativas são, em síntese, a consequência jurídica que advém da prática de um ato infracional por um adolescente e se encontram previstas no artigo 112 do ECA.

Desde a década de 1990 o ECA passou por diversas alterações legislativas, dentre elas a da lei 12.594/2012 que criou o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Evidenciar as modificações sofridas pelo ECA com a criação do SINASE, permite refletir sobre a prática da aplicação das medidas protetivas e socioeducativas e os fins do ECA, no contexto de seus objetivos.

Análises voltadas às medidas socioeducativas normalmente invocam o artigo 112 do ECA. No presente caso, pretende-se analisar as medidas protetivas associadas às socioeducativas, combinando os artigos 101 e 112 do ECA, ante a doutrina da proteção integral.

Para tanto, pretende-se por esse texto descrever e compreender as medidas da proteção e socioeducativas previstas no ECA, relacioná-las e identificar o movimento legislativo para constituição de tais medidas implementadas no ECA e promovidas pela criação do SINASE.

A metodologia utilizada considera os instrumentos normativos aplicáveis aos direitos da criança e do adolescente e mais especificamente o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Faz uso, ainda, da doutrina brasileira aplicável. Volta-se a eles pelo método dedutivo, para descrever os dispositivos legais, e o analítico para compreender os conceitos aplicáveis. A presente pesquisa considera o processo histórico e as mudanças normativas que antecedem uma análise empírica da eficácia da norma e que poderão ser elementos para se considerar em uma análise qualitativa da eficácia.

Fundamento constitucional e as convenções internacionais aplicáveis ao tema à luz da doutrina da proteção integral

A Constituição Federal de 1988, promulgada em meio a uma onda de conquistas sociais, se fez primorosa ao prever no artigo 227 o princípio da prioridade absoluta, e ao mesmo tempo firmar direitos e garantias fundamentais, às crianças e aos adolescentes. A norma constitucional efetivamente passou a olhar para a infância e juventude. O que antes era evitado, ou até mesmo esquecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, ganhou centralidade e enfoque na proteção especial.

A doutrina da proteção integral propõe a superação da condição de crianças e adolescentes como pessoas em situação irregular. Refere-se à uma tentativa de enfrentar:

Os limites derivados de ausências e fragilidades democráticas, em um país marcado por violações como o Brasil, impactou ao longo da sua história, na exclusão de setores importantes da população, que colocou na margem do Estado e das políticas: crianças, adolescentes e jovens.⁴

A Constituição Federal, o ECA e, posteriormente o Estatuto da Juventude promovem direitos na perspectiva da doutrina da proteção integral, inaugurada pela Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1989.

As análises voltadas a história dos direitos da criança e do adolescente identificam normas primárias que foram editadas para tratar do acompanhamento e controle e de órgãos que seriam responsáveis por tais

⁴ CASTRO, Elisa Guaraná de; MACEDO, Severine Carmem. Estatuto da Criança e Adolescente e Estatuto da Juventude: interfaces, complementariedade, desafios e diferenças. *Revista Direito e Práxis* [online], v. 10, n. 2, p. 1214-1238, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/40670>. Acesso em: 12 abr. 2022. p. 1217.

estratégias. Normas, em geral, aprovadas e executadas pelo Estado e que desenhavam uma arquitetura que associava delinquência, abandono e pobreza como problemas a serem enfrentados pelo Estado a partir da contenção e repressão da infância e juventude e da culpabilização das famílias. Tais quais:

- 1902 – Lei n. 844
- 1927 – Código de Menores
- 1941 – Serviço de Assistência ao Menor (SAM)
- 1964 – Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor (FUNABEM)
- 1979 – Novo Código de Menores

Trata-se, com a doutrina da proteção integral, de um novo contexto sócio jurídico que também engloba a figura das medidas socioeducativas, que reforçaram o entendimento de que as punições aos jovens infratores deveriam ocorrer de modo diferenciado.

As medidas socioeducativas implementadas e regulamentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) deram nova roupagem e direcionamento às formas de aplicação das punições aos adolescentes. Segundo Bandeira⁵, a escolha da medida adequada deve considerar, sobretudo, as necessidades do adolescente, a realidade de excluído que a ampla maioria daqueles que incorrem em ato infracional vivenciam e as melhores condições que propiciam a retomada de uma nova vida.

Dentre os fundamentos que sustentam as medidas socioeducativas destacam-se aqueles previstos no artigo 227 da Constituição Federal. O artigo 227, conforme se afirmou, fundamenta a doutrina da proteção integral, sendo que o § 3º disciplina a proteção especial. Dentre os princípios que servem de sustentação para a construção e execução da proteção especial figuram fundamentos específicos do contexto infracional:

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

[...]

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

Além das demais garantias constitucionais notadamente previstas no artigo 5º da Constituição Federal, os preceitos elencados nos referidos incisos se voltam especialmente para as crianças e adolescentes.

Por sua vez, o ato infracional refere-se à uma nova configuração dada ao crime ou contravenção penal quando praticado por adolescentes. Isso porque, apesar da conduta ser objetivamente a mesma, a noção e o discernimento ético dos jovens ainda está em formação, sendo assim, eles não possuem uma compreensão clara das condutas praticadas e, por essa razão, não podem incorrer em crime, mas sim em atos infracionais.

Na sequência, o inciso V garante que a aplicação das medidas mais severas, que envolvam a privação da liberdade do jovem, deve observar e respeitar a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Percebe-se que a nova conjuntura formada pelas medidas socioeducativas, pautadas nos princípios constitucionais, revela que a postura tomada na aplicação de tais medidas deve partir da consciência da condição e personalidade em desenvolvimento do adolescente. Uma visão mais humanizada, que valorize a formação pessoal do jovem, está em consonância com os valores constitucionais. Nessa linha, está a lição de Bandeira:

As medidas socioeducativas, portanto, devem pautar-se fundamentalmente, na adoção pedagógica de mecanismos de inclusão social, que seja capaz de introjetar no jovem, ainda em formação, valores que penetrem na sua centelha divina, aumentando a sua autoestima, ampliando os seus horizontes e a sua condição de sonhar com a grande possibilidade que é a vida. Sonhar que é capaz de ser um cidadão respeitado e capaz de desenvolver todas as potencialidades que ficaram esquecidas diante da vida dura e desumana que o fez esquecer-se de “ser” e o obrigou a lutar para sobreviver.⁶

⁵ BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. *Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional*. Ilhéus: Editus, 2006.

⁶ Op. cit., p. 137.

Somado aos fundamentos constitucionais, algumas convenções internacionais também conferem amparo às medidas socioeducativas. Destacam-se, além de tratados internacionais de caráter geral, normas internacionais voltadas especificamente à infância e juventude. É o caso da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, já mencionada na introdução desta pesquisa.

O documento se revelou um grande avanço, uma vez que elevou a criança e o adolescente a condição de sujeitos de direito. Como forma de ampliar a rede de proteção e garantir eficácia às normas fixadas, a Convenção estabelece responsabilidade solidária entre a família, Estado e sociedade no cuidado, observação e aplicação dos direitos assegurados às crianças. Em relação ao tratamento dado aos jovens em conflito com a lei, a Convenção dos Direitos da Criança dispôs de previsão semelhante ao texto constitucional brasileiro.

Um dos aspectos que devem ser ressaltados é sua preocupação em sustar algumas das violações perpetradas pelos Estados no âmbito punitivo criando diferenças quanto aos mecanismos de sistema de justiça criminal, mas impondo direitos e garantias. Nos termos da Convenção, por exemplo, a intervenção dirigida aos adolescentes infratores deve promover e estimular seus sentidos de dignidade e de valor, e fortalecer o respeito destes pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros (art. 40)⁷.

Nota-se que a Convenção dos Direitos da Criança, ao tratar da dinâmica de punição aos adolescentes que cometem ato infracional, carrega um espírito verdadeiramente comprometido com a restauração da dignidade dos menores e se mantém fiel aos princípios que ela mesma roga. A vedação a penas cruéis, degradantes e a qualquer prática de tortura, a garantia a todos os princípios processuais penais, como o contraditório, ampla defesa, legalidade, retroatividade e o devido processo legal, são algumas das prerrogativas asseguradas pela Convenção. Um ponto de destaque é a demonstração de que o melhor interesse da criança deve sobrepor até mesmo a gravidade do ato praticado.

Por sua vez, os Princípios das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Princípios Orientadores de Riad)⁸, ainda em 1990, reiteram o disposto na Convenção dos Direitos da Criança para reforçar a necessidade de atuação preventiva do Estado e também a garantia de respeito aos direitos fundamentais dos adolescentes, incluindo-se seu desenvolvimento e bem estar, mesmo em caso de delinquência.

Ainda na temática infracional, as *Regras de Pequim*⁹ descrevem princípios fundamentais a orientar a ação dos Estados na garantia de acesso à justiça e do devido processo legal, e, além disso, na perspectiva de atuação na proteção e no respeito ao caráter das medidas aplicadas e de seus objetivos, que superam a dimensão punitivista.

Conclui-se que as medidas socioeducativas possuem sólido alicerce na Constituição Federal e em Convenções Internacionais. Os princípios que regem tais medidas possibilitaram a formação de uma nova situação jurídica ao menor infrator.

Sentido de medidas socioeducativas e sua finalidade

As medidas socioeducativas são, em síntese, a consequência jurídica que advém da prática de um ato infracional por um adolescente, devendo este apresentar idade de 12 anos completos e 18 anos incompletos. As medidas correspondentes se encontram no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), a

⁷ SOUZA, Luanna Tomaz de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; ABOIM, Josilene Barbosa. A Convenção da Criança e os Limites na Responsabilização de Crianças e Adolescentes no Brasil: Rupturas e Permanências. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p.1356-1382, 2019. DOI: 10.1590/2179-8966/2019/39120.

⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Doc. das Nações Unidas n.º A/CONF. 157/24 (Parte I)*, 1990. Princípios das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - (Princípios Orientadores de Riad). 1990. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Pequim: regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores*. Brasília, DF, 2016. (Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/2166fd6e650e326d77608a013a6081f6.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

saber: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e a internação em estabelecimento educacional.

Aponta, ainda, qualquer uma das previstas no artigo 101, incisos I a VI. São aplicáveis, verificada a capacidade de cumprimento, as circunstâncias e a gravidade da infração.

A advertência (artigo 115 do ECA) é a medida que determinará a repreensão verbal, reduzida a termo e assinada. Trata-se de medida para ato infracional brando pela autoridade judiciária ou quando é praticado por adolescente sem histórico de outras práticas infracionais.

A obrigação de reparar o dano (artigo 116 do ECA) aplica-se ao ato infracional que promove dano patrimonial, devendo o adolescente, por determinação da autoridade judicial, restituir, ressarcir ou compensar a vítima do ato. “A reparação do dano tem por objetivo não só prover à vítima o reparo do prejuízo econômico, mas também reeducar o adolescente para nele despertar o senso de responsabilidade”¹⁰.

Isto significa dizer que o adolescente infrator será punido, com o fito de despertar em si uma responsabilidade moral e econômica.

Na prestação de serviços à comunidade (artigo 117 do ECA) o adolescente prestará serviços comunitários de tarefas gratuitas de interesse geral, que não exceda seis meses, junto a entidade assistenciais, hospitais, escolas, outros estabelecimentos congêneres, programas comunitários ou governamentais atribuídas de acordo com as aptidões do adolescente. Tem como objetivo resgatar valores sociais do adolescente. Um técnico acompanha o adolescente durante a escolha do espaço, identifica a modalidade do trabalho e define as atividades a serem desenvolvidas, o que contribuirá para a responsabilização do adolescente pelo ato infracional cometido e a sua reinserção na comunidade¹¹.

É válido observar que a medida de prestação de serviços à comunidade nada tem a ver com pena de trabalhos forçados, sendo estes vedados pela Constituição Federal e, além disso, não poderá configurar tarefa humilhante ou vexatória, buscando, de tal forma, a reeducação e não, necessariamente, a punição.

A liberdade assistida (artigos 118 e 119 do ECA) é medida em meio aberto, ou seja, o adolescente não sofre nenhuma sanção à sua liberdade e permanece em sociedade e junto de sua família. O adolescente deverá ser acompanhado, auxiliado e orientado por pessoa capacitada para o caso, visando a reinserção daquele em sua comunidade. O prazo mínimo para cumprimento da medida é de 6 meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogado, revogado ou substituído por outra medida, devendo, para isso, ser ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor.

A semiliberdade (artigo 120 do ECA) é medida mais gravosa, eis que restritiva em relação ao direito de ir e vir do adolescente. Mas este continua a ter vínculos externos como escola, trabalho e com frequência passa os finais de semana com a família. Tal medida pode ser aplicada desde o início do tratamento ou como forma de transição para o meio aberto.

O intuito da semiliberdade é a restrição parcialmente a liberdade que o adolescente possui, no qual o adolescente terá a possibilidade do convívio social, inserção na escola e programas sociais. É disposto no artigo 120 do Estatuto, que regime poderá ser determinado como uma primeira medida ao adolescente, como um processo de transição entre a internação e a volta do adolescente para a vida comunitária e social.

¹⁰ SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*. Tese. Doutorado em Direito Público. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>. Acesso em: 14 set. 2021. p. 113.

¹¹ MOREIRA Jaqueline de Oliveira; GUERRA, Andréa Maris Campos; DRAWIN, Carlos Roberto. Violência juvenil e medidas socioeducativas: revisão de literatura. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, v. 33, p. 1-9, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ptp/a/K39NwcXcX6mCNHhsqjXpj8w/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 14 set. 2021. p. 2.

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), responsável pelas medidas socioeducativas configura a semiliberdade como uma medida restritiva da liberdade, mas que também admite a coexistência do meio externo e institucional ao adolescente, garantindo atividades pedagógicas e profissionalizantes, numa interação entre a entidade responsável pela medida de semiliberdade com a comunidade.

Para os adolescentes que cometeram atos infracionais graves serão induzidos a uma medida socioeducativa mais rígida, no qual será privada totalmente a liberdade. De acordo com o entendimento de Liberati.

[...] a medida de internação será necessária naqueles casos em que a natureza da infração e o tipo de condições psicológicas do adolescente fazem supor que, sem seu afastamento temporário do convívio social a que está habituado, ele não será atingido por nenhuma medida restauradora ou pedagógica, podendo apresentar, inclusive, riscos para sua comunidade.¹²

A internação (artigos 121 a 125 do ECA) é a medida socioeducativa mais rigorosa do ECA, sendo privativa de liberdade e imposta aos adolescentes que cometem ato infracional mediante grave ameaça ou violência à pessoa; por reiteração de outras infrações graves ou por descumprimento reiterado e injustificável de medida imposta anteriormente. Em nenhum dos casos de internação o prazo poderá exceder ao de 3 anos; ao atingir o limite o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

Podem ser realizadas atividades externas (artigo 121) e deve ser em uma entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto dos que são destinados ao abrigo, e considerando a separação dos adolescentes por idade, compleição física e a gravidade da infração (artigo 123). Os direitos dos adolescentes privados de liberdade são assegurados no artigo 124 enquanto o artigo 125 prevê o dever do Estado em zelar pela integridade física e mental dos internos.

Olhando para o direito à convivência familiar e comunitária, as medidas socioeducativas como a internação impõem certos limites à convivência cotidiana dos adolescentes com a comunidade e famílias, todavia, não exclui a família do processo pedagógico conforme é assegurado no artigo 124, inciso VI, VII e VIII no qual prevê que o local de internação será na mesma localidade ou próxima ao domicílio dos responsáveis, ao recebimento de visitas, a possibilidade de correspondência de familiares e amigos. Mesmo com as medidas, a participação da família e comunidade é essencial, e é uma das diretrizes pedagógicas do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo¹³.

As finalidades das medidas socioeducativas estão previstas no artigo 1º, §2º, incisos I, II e III da lei 12.594/2012, uma das mudanças promovidas e referem-se a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação; a integração social do adolescente e a garantia dos seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento do seu plano individual de tratamento e a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

Trata-se de responsabilização, integração social e desaprovação da conduta infracional. Além disso, o caráter pedagógico e o sancionatório são observados, já que se busca, ao mesmo tempo, a reintegração do jovem à vida social pós-prática do ato infracional e impõe a resposta da sociedade em relação à conduta praticada.

¹² LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e o ato infracional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 116.

¹³ MOREIRA; GUERRA; DRAWIN, op. cit.

Medidas de proteção do artigo 101 como medidas socioeducativas

“Ainda que eu falasse a língua dos homens, que eu falasse a língua dos anjos, sem amor eu nada seria...”
Eternizada na música Monte Castelo, Legião Urbana, o texto Coríntios 13 nos remete a difícil arte de se comunicar.

As medidas de proteção são aplicáveis sempre que os direitos de crianças e de adolescentes forem violados, caso em que podem ser utilizadas no âmbito das medidas socioeducativas. São medidas cabíveis em virtude do previsto no artigo 98, do ECA.

As chamadas medidas de proteção não são sanção ou punição, e aqui, é importante falar a língua dos anjos, pois ainda convivemos numa sociedade com dificuldade de compreensão da não punição. Que tem dificuldade de entender que a aplicação de uma medida protetiva garante direitos e “não castigo” aos envolvidos na situação.

Determina o artigo 101 nos dispositivos aplicáveis segundo o artigo 112 do ECA: encaminhamento aos pais ou responsáveis, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórios em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; e inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

Importante lembrar que algumas medidas de proteção não se aplicam no âmbito das medidas socioeducativas. São medidas específicas, segundo Zapater¹⁴, temporárias, que têm por fundamento legal o art. 101, VII, ECA (Lei 12.010/2009) e possuem prazo máximo de 2 anos, e não devem ser confundidas com as previstas nos artigos 25 a 52, do mesmo dispositivo legal (ECA). Têm caráter provisório e excepcional e não caracterizam privação de liberdade.

A aplicação das medidas socioeducativas é determinada pelo juiz da vara de infância e juventude ou o juiz de direito da vara única, não especializada, que avalia principalmente o fato em que o adolescente se envolveu, e a capacidade do adolescente em se submeter a determinada medida socioeducativa. O magistrado determina a medida mais adequada conforme o ato infracional praticado e se há ou não reincidência. considera, ainda, as circunstâncias em que o fato aconteceu e a participação do adolescente no ato infracional.

A súmula nº 342, do STJ, estabelece que “no procedimento para aplicação de medida socioeducativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente”.

Se o caso reclama o decreto da internação provisória do adolescente (cujos requisitos são: a) gravidade do ato, b) repercussão social, c) necessidade de garantia da segurança pessoal do adolescente ou d) manutenção da ordem pública - art. 174, *in fine*, do ECA) ou não comparecem os pais ou responsável, deve ser aquele imediatamente encaminhado ao MP, com cópia de auto de apreensão.

Em todas as medidas está assegurado o direito ao contraditório no processo (art. 101, §2º) e identificar a situação de vulnerabilidade de crianças ou adolescentes é necessário para aplicação de algumas dessas medidas. Destaca-se, ainda, que o adolescente é também vítima ou por atuação ou omissão de terceiros.

Imaginar a situação de vulnerabilidade de crianças ou adolescentes é até admissível por nossa sociedade. Entender o infante ou jovem como vítima ou por atuação ou omissão de terceiros. Mas, compreender a conduta do próprio menor, ainda consiste em resistência.

¹⁴ ZAPATER, Maira. *Direito da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 165.

O artigo 101, parágrafos 1º ao 4º nos remete a construção do PIA - Plano Individual de Atendimento por setor técnico responsável; do 5º ao 8º, de se ter em consideração a opinião do adolescente e oitiva dos pais e responsáveis.

SINASE - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo

O SINASE, foi originalmente instituído em 2006, pela Resolução nº 119, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). Contudo, a estrutura até então vigente, acabou por ser alterada em 2012, com a criação da Lei nº 12.594, inaugurando a segunda etapa da história do Sistema.

Neste ínterim, a mencionada lei, a fim de possibilitar que o SINASE cumprisse de maneira mais eficaz seus objetivos, reconhecendo a importância e complexidade de seu público alvo, a saber, sobretudo, crianças e adolescentes, restaram por alterar e aperfeiçoar a estrutura estabelecida na Resolução 119, anteriormente mencionada.

A Lei 12.594/2012, com o intuito de assegurar e garantir direitos ampliou as esferas de competência do SINASE, que, então, passaram a ser também municipais e estaduais. Além disso, houve alterações quanto à maneira de execução das medidas socioeducativas previstas anteriormente, de modo a reconceituá-las e, inclusive, enumerar fontes para o financiamento do referido processo executivo.

O SINASE refere-se ao “conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se nele, por adesão, os sistemas estaduais, distritais e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei” (artigo 1º, § 1º).

Com isto, na concepção de Rotondano:

O SINASE vem a normatizar o que já está disposto no ECA, que é um atendimento baseado nos direitos humanos para os adolescentes autores de ato infracional. Ele preconiza a necessidade de se priorizar as medidas em meio aberto (prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida), obviamente, respeitando a gravidade do ato cometido pelo adolescente. Com o SINASE, foram lançadas as diretrizes para o reordenamento arquitetônico e pedagógico, necessários para a adequada ressocialização dos adolescentes em cumprimento de medida.¹⁵

O Sistema reafirma as diretrizes do ECA e da Constituição Federal, objetivando promover a valorização da criança e do adolescente, nos moldes da doutrina da proteção integral. Estabelece parâmetros para que o atendimento às crianças e adolescentes em conflito com a lei seja realizado sempre da maneira mais humanizada possível. Afasta, ainda, a aplicação das normas gerais da legislação penal aos menores de 18 anos, nos moldes do próprio artigo 27 do Código Penal, salvaguardando a estes, tratamento especial por meio de medidas de proteção ou socioeducativas, nos termos do ECA.

Ao Estado, principalmente, cabe a função de investir em políticas sociais que se adequem à realidade familiar e comunitária dos adolescentes, fazendo com que assim, em conjunto – programa de atendimento, adolescentes e familiares – haja a concretização desses importantes instrumentos normativos.

O SINASE foi construído em consonância com o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (PNCFC). Tal plano representa um marco fundamental nas políticas voltadas para o público infante-juvenil e tem por objetivo romper com a cultura de institucionalização, fortemente existente, de modo a reconhecer a importância da proteção integral, bem como a indissociabilidade do desenvolvimento das crianças e adolescentes da convivência com sua família e comunidade.

¹⁵ ROTONDANO, Ricardo Oliveira. *Breves considerações sobre o SINASE: sistema nacional de atendimento socioeducativo*, 2011. Disponível em: <http://www.reid.org.br/arquivos/0000235-13-09-rotondano.pdf>. Acesso: 10 set. 2021. p. 163.

Com efeito, a execução das medidas socioeducativas rege-se, dentre outros, pelo princípio do fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo (artigo 35, IX). Desta maneira, atende-se à tendência das políticas públicas na atenção à família, enfatizando seu papel na socioeducação dos adolescentes, bem como a necessidade de garantir aos entes familiares subsídios necessários para o cuidado com suas crianças e jovens.

Por fim, constata-se que o SINASE é um sistema dividido em subsistemas (estaduais, distritais e municipais), que atuam sempre conjuntamente, desde a “apuração de ato infracional até a execução de medidas socioeducativas”¹⁶, baseado na promoção e na efetivação dos direitos da criança e do adolescente, sob a luz da Doutrina da Proteção Integral, prevendo como responsáveis por tal efetivação, o Estado, a família, bem como toda a sociedade.

Considerações finais

Como visto, o ECA, redigido pela doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, prevê medidas socioeducativas como mecanismo de reinserção social e de garantias de direitos quando verificada a prática de atos infracionais por adolescentes. Dentro dessas medidas, há a previsão de aplicação da prestação de serviços à comunidade (PSC) e da liberdade assistida (LA), conforme artigo 112, III e IV, do ECA, verificada a capacidade, circunstâncias e gravidade da infração.

As medidas socioeducativas devem pautar-se fundamentalmente, na adoção pedagógica de mecanismos de inclusão social, que sejam capazes de introjetar no jovem, ainda em formação, valores que penetrem na sua centelha divina, aumentando a sua autoestima, ampliando os seus horizontes e a sua condição de sonhar com a grande possibilidade que é a vida.

O Sistema de Garantia de Direitos e o SINASE propõem mudanças de paradigmas:

com o distanciamento de perspectivas punitivistas e reprodutoras de exclusão, para instrumentos que reconhecem as diferenças, valorizam a diversidade, ao mesmo tempo em que garantem a universalidade do direito.¹⁷

Sonhar que é capaz de ser um cidadão respeitado e capaz de desenvolver todas as potencialidades que ficaram esquecidas diante da vida dura e desumana que o fez esquecer-se de “ser” e o obrigou a lutar para sobreviver¹⁸.

Quando é a conduta do menor que está em xeque, ainda é limitante a visão do educador, ou do orientador dos grupos aos quais este menor será encaminhado. O próprio educador ainda não acredita no poder transformador da educação ou coloca o desenvolvimento do grupo como empecilho para garantir o afastamento do adolescente infrator, como se este não tivesse o direito ao seu desenvolvimento individual garantido e o direito à educação, previsto no art. 6º da Constituição Federal; no art. 205 do mesmo diploma legal.

Na própria lei de diretrizes e bases da educação (LDB 9394/96) a integração escola família e sociedade está prevista em seu art. 12, VI. Em seu artigo 32 nos fala sobre o ensino fundamental como obrigatório, e no §5º, a obrigatoriedade de incluir conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes, tendo como diretriz a lei 8.069, o ECA, com produção e distribuição de material didático.

Paulo Freire, sobre o diálogo, afirmava ser este uma exigência existencial, e sendo assim, um encontro de solidarizar o refletir e o agir de “sujeitos endereçados ao mundo a ser transformado e humanizado, não pode

¹⁶ CONANDA. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília, DF: Conanda; Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006. p. 23.

¹⁷ CASTRO; MACEDO, op. cit., p. 1232.

¹⁸ BANDEIRA, op. cit., p. 137.

reduzir-se a um ato de depositar ideias de um sujeito no outro”, e também não pode ser “simples troca de ideias a serem consumidas pelos permutantes.” Precisa ir além de uma “discussão guerreira, polêmica, entre sujeitos que não aspiram a comprometer-se com a pronúncia do mundo, nem buscar a verdade, mas impor a sua”¹⁹.

Conclui-se que as medidas socioeducativas possuem sólido alicerce na Constituição Federal e em Convenções Internacionais. Os princípios que regem as medidas protetivas e socioeducativas possibilitaram a formação de uma nova situação jurídica em nosso ordenamento. As medidas têm objetivo pedagógico, reeducador e não punitivo.

Devem ressocializar o adolescente e não excluí-lo da sociedade ou de sua comunidade. A criação e a regularização normativa do SINASE foi fundamental para a efetivação de procedimentos que, em tese, garantem direitos aos adolescentes e ao fortalecimento do próprio ECA.

Traçar um diálogo com as diversas áreas do saber se faz necessário, numa relação horizontal, com a própria comunidade, e as crianças e adolescentes, e a norma, pois parafraseando Freire, “ninguém começa a ser educador numa certa terça-feira às quatro da tarde”²⁰, o mesmo acontece com nossas crianças e adolescentes, não deixam de ser crianças e nem adolescentes as quatro horas da tarde de uma certa terça-feira e, portanto, devem ser pensadas, ouvidas e entendidas como um processo de construção do conhecimento sobre elas, sobre nós e sobre a sociedade que queremos construir.

Referências

- BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. *Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional*. Ilhéus: Editus, 2006.
- BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 12 ago. 2021.
- BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção dos Direitos da Criança. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.
- CASTRO, Elisa Guaraná de; MACEDO, Severine Carmem. Estatuto da Criança e Adolescente e Estatuto da Juventude: interfaces, complementariedade, desafios e diferenças. *Revista Direito e Práxis* [online], v. 10, n. 2, p. 1214-1238, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/40670>. Acesso em: 12 abr. 2022.
- CONANDA. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília, DF: Conanda; Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2006.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Pequim: regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores*. Brasília, DF, 2016. (Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi). Disponível em: <https://www.enj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/2166fd6e650e326d77608a013a6081f6.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia: Saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e o ato infracional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- MOREIRA Jaqueline de Oliveira Moreira, GUERRA, Andréa Maris Campos, DRAWIN, Carlos Roberto. *Violência juvenil e medidas socioeducativas: revisão de literatura. Psicologia: Teoria e Pesquisa*, v. 33, p. 1-9, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ptp/a/K39NwcXcX6mCNHhsqjXpj8w/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 14 set. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Doc. das Nações Unidas n.º A/CONF. 157/24 (Parte I), 1990*. Princípios das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil - (Princípios Orientadores de Riad). 1990. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex45.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.
- ROTONDANO, Ricardo Oliveira. *Breves considerações sobre o SINASE: sistema nacional de atendimento socioeducativo*, 2011. Disponível em: <http://www.reid.org.br/arquivos/00000235-13-09-rotondano.pdf>. Acesso: 10 set. 2021.
- SOUZA, Luanna Tomaz de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; ABOIM, Josilene Barbosa. A Convenção da Criança e os Limites na Responsabilização de Crianças e Adolescentes no Brasil: Rupturas e Permanências. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p.1356-1382, 2019. DOI: 10.1590/2179-8966/2019/39120.
- SPOSATO, Karyna Batista. *Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes*. Tese. Doutorado em Direito Público. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>. Acesso em: 14 set. 2021.
- ZAPATER, Maíra. *Direito da criança e do adolescente*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁹ FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo. Paz e Terra, 1996. p. 79.

²⁰ *Id.*, p. 85.

Obras consultadas

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*. Promulga a Convenção dos Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012*. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12594.htm. Acesso em: 12 ago. 2021.

FREIRE, Paulo. *A educação na cidade*. São Paulo: Cortez, 1991.

LACADÈE, Philippe. A passagem ao ato nos adolescentes. *Sephallus, Revista Eletrônica do Núcleo Sephora*, v. 2, n. 4, p. 85-92, maio/set. 2007. Disponível em: http://www.isepol.com/asephallus/numero_04/asephallus04.pdf. Acesso em: 5 set. 2021.

A lei da alienação parental como possível instrumento de violação dos direitos da mulher

ANA ALICE VAZ
ISABELLE ANASTÁCIO
IZABELLE AFONSO
MARIO QUIUDINI NETO

Graduandos do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

MÁRCIA MARIA MENIN

Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora de Direito Civil do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Advogada.

Resumo

O presente estudo destina-se a apresentar a Lei da Alienação Parental trazendo breves explicações sobre a respectiva lei que a regulamenta e seu embasamento teórico, além de explicitar a existência de movimentos favoráveis e contrários à sua revogação. Para isso, foi realizada revisão de literatura utilizando-se das principais obras a respeito do tema, a partir das quais conclui-se que a Lei da Alienação Parental poderá servir de instrumento para violação de direitos das mulheres, além de conservar históricos estereótipos de gênero.

Palavras-chave: Alienação Parental. Síndrome da Alienação Parental. Violência de gênero. Patriarcado.

Abstract

The present study aims to present the Parental Alienation Law, bringing brief explanations about the respective law that regulates it and its theoretical basis, in addition to explaining the existence of favorable and contrary movements to its repeal. For this, a literature review was carried out using the main works on the subject, from which it is concluded that the Parental Alienation Law can serve as an instrument for the violation of women's rights in addition to preserving historical gender stereotypes.

Keywords: Parental Alienation. Parental alienation syndrome. Gender violence. Patriarchy.

Introdução

O termo Síndrome de Alienação Parental, criado por Richard Gardner, foi descrito como distúrbio no qual um dos genitores manipula ou condiciona uma criança a romper os laços afetivos com o outro genitor. Gardner fomenta a ideia segundo a qual é comum que a mãe, ressentida após o rompimento do vínculo afetivo com seu cônjuge ou companheiro, teria considerável propensão a macular a imagem do pai para o filho que ambos tiveram durante a união.

Com base nos estudos de Gardner, no ano de 2010 foi promulgada a Lei 12.318 - Lei da Alienação Parental – a princípio com o objetivo de proteger os direitos das crianças e adolescentes, consubstancializar o que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente bem como tornar efetivo o Princípio do Melhor Interesse da Criança.

No entanto, paulatinamente, se fez presente movimento de juristas e profissionais de áreas correlatas que pleiteiam a revogação total da Lei 12.318/2010. Justificam referida reivindicação na possibilidade da Lei da Alienação Parental ser utilizada como instrumento para violência contra a mulher-mãe, já que, dentre outros motivos, é nesta figura que geralmente repousa a guarda do filho e também é a figura onde recai forte estereótipo de gênero que, de forma frequente, o Direito reproduz.

Assim, o presente trabalho traz breves considerações sobre a Lei 12.318/2010 e sobre a Síndrome da Alienação Parental para posteriormente apresentar a relação existente entre referida lei e a possível violação aos direitos das mulheres.

Lei da Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental: conceito e breves considerações

Em 26 de agosto de 2010 entrou em vigor a Lei 12.318/2010, Lei da Alienação Parental, com a finalidade precípua de proteger os direitos das crianças e adolescentes que convivem com pais que não mais mantêm relacionamento afetivo entre si. Referida lei define o ato de alienação parental como:

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.¹

Para a legislação, esta intervenção é uma forma de o alienador dificultar a convivência da criança com o genitor alienado. O ato de alienação configura-se na manipulação dos pensamentos, desqualificação do outro genitor, implantação de falsas memórias e denúncias falsas de abuso sexual e demais condutas que objetivam dificultar a convivência da criança ou adolescente com o considerado, portanto, genitor alienado.

Ademais, em seu art. 2º, parágrafo único, a lei ora em comento traz rol exemplificativo das principais atitudes que podem apresentar-se como alienação parental. Assim, todos os atos que levam ao afastamento da criança de seus pais são considerados alienantes².

Sabe-se que a definição de alienação parental é proveniente dos estudos do psiquiatra estadunidense chamado Richard Alan Gardner que nos anos 1980 criou o termo “síndrome da alienação parental.” De acordo com ele:

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.³

A exposição de motivos do Projeto de Lei 4053/2008 - fundamento para o surgimento da Lei da Alienação Parental - baseia-se de forma predominante nas pesquisas de Richard Gardner, mas olvida-se das críticas contrárias ao emprego desta teoria como verdade absoluta. Assim:

No Brasil, como evidenciado em pesquisa empreendida por Sousa (2010) sobre o tema, a escassez de debates e estudos acerca do conceito de SAP, bem como a ausência de questionamentos sobre a ideia de um distúrbio infantil ligado às situações de disputa entre pais separados, vêm contribuindo para a naturalização do assunto de forma acrítica. Tal cenário colabora, ainda, com a visão de que muitos casos de litígio conjugal têm como consequência o surgimento da denominada síndrome⁴.

¹ BRASIL. *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a Alienação Parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 24 abr. 2022.

² 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.

³ GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* p. 2. Disponível em: <https://sites.google.com/site/alienacao-parental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 24 abr. 2022.

⁴ BRITO, Leila Maria Torraca de; SOUSA, Analicia Martins de. Síndrome de Alienação Parental: da teoria norte-americana à nova Lei Brasileira. *Revista Psicologia: ciência e profissão*, v. 31, n. 2, p. 268-283, 2011. p. 269-270. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/H7w9kPHrY86XM9DXZLkVJf/?lang=pt#>. Acesso em: 25 abr. 2022. Assim, cumpre esclarecer que a justificativa do Projeto de Lei 4053/2008 teve como fundamento texto escrito por Gardner intitulado “Síndrome de Alienação Parental e a Tirania do Guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos.”

Observa-se, ainda, que quando da edição da Lei 12.318/2010, a Síndrome da Alienação Parental, bem como a própria Alienação Parental não eram temáticas objeto de profundos estudos pela psiquiatria ou pela psicologia, uma vez que esses eram assuntos ostentados notadamente por juristas que atuam na área do direito de família⁵. Aliás, afirma-se que Gardner, em suas perícias, presenciou vários casos de mães que denunciavam seus antigos companheiros por agressão física e abuso sexual contra os filhos. Partindo disso, o próprio estudioso construiu a sua tese com escasso embasamento científico, concentrando-se apenas em apurar se o genitor e a criança estariam mentindo, e pouco em verificar se o genitor hostilizado deu causa à aversão⁶.

Ademais, algo considerado bastante contestável seria o entendimento de Gardner quanto à responsabilidade da mãe em macular a imagem do pai, pois, para o psiquiatra, a genitora poderia criar contra o genitor falsas acusações tais como a de abuso sexual causando, destarte, prejuízo na relação paterno-filial.

Todavia, há que se ressaltar que a Lei 12.318/2010 não acolheu a teoria de Gardner em sua totalidade tendo em vista que a terminologia “síndrome da alienação parental” não consta em seu bojo, a despeito de o psiquiatra ter advogado pela ideia segundo a qual referida síndrome devesse ser considerada transtorno e que, ademais, fosse inserida no Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais 5º edição (DSM-V)⁷.

Insta considerar que a Organização Mundial da Saúde (OMS), a Associação Americana de Psiquiatria (APA) e a Associação Espanhola de Neuropsiquiatria (AEN) não reconheceram a “Síndrome da Alienação Parental” como um quadro psicopatológico por não possuir base empírica⁸. No Brasil, no ano de 2018, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), em nota pública sugeriu a revogação do art. 2º, VI⁹, e art. 6º, V, VI e VII¹⁰ da Lei da Alienação Parental. Quanto ao inciso VI, art. 2º, justificou:

Entende-se que o inciso VI do artigo 2º, acima destacado, pode ser prejudicial à criança e ao adolescente, pois, se um dos genitores desconfia que há ocorrência de alguma forma de violência por parte do outro genitor, pode sentir-se acuado e esquivar-se de comunicar a suspeita às autoridades, posto que teme ser considerado “alienador” e, portanto, sujeitar-se-á às sanções imposta pela Lei nº 12.318 de 2010.¹¹

Por sua vez, quanto ao disposto no art. 6º, V, VI e VII, esclareceu o CONANDA:

Acredita-se que, considerando especialmente os incisos V, que prevê a inversão da guarda; VI, que prevê a fixação cautelar do domicílio; e VII, que prevê a suspensão da autoridade parental, as consequências da “alienação parental” perdem a razoabilidade. Com a determinação dos acompanhamentos psicológicos e/ou biopsicossocial e a guarda compartilhada, espera-se que ambos os responsáveis legais sejam sensibilizados a agir, educar e propiciar o melhor ambiente familiar para seus filhos, sem ferir o direito à convivência familiar e comunitária da criança ou do adolescente, enquanto as previsões dos incisos V, VI e VII revelam uma intervenção desproporcional nas famílias e podem, inclusive, gerar distorções e agravar violações, à medida em que a mudança de guarda, a fixação de domicílio e a suspensão da autoridade parental podem resultar na convivência da criança ou adolescente com seu abusador, em detrimento do convívio com o suposto “alienador”.¹²

⁵ BRITO; SOUSA, op. cit., p. 271-272.

⁶ BRUCH, Carol S. Parental alienation syndrome and parental alienation: getting it wrong in child custody cases. *Family Law Quarterly*, v. 35, n. 3, p. 527-552, 2001.

⁷ Nesse sentido, nas palavras de Gardner: “Considerando-se que a SAP possa finalmente ser reconhecida pelo DSM-V, é extremamente improvável que os comitês do DSM continuem se referindo a uma entidade designada de Alienação Parental. É um termo demasiado vago e cobre tal variedade de fenômenos clínicos que não poderiam justificavelmente ser aglutinados para autorizar a inclusão no DSM como um transtorno específico. Porque listar no DSM assegura a admissibilidade nos tribunais de justiça, aqueles que usam o termo AP ao invés de SAP estarão diminuindo a probabilidade que a SAP seja listada no DSM-V. O resultado será que muitas famílias com SAP serão privadas do reconhecimento que apropriadamente merecem nos tribunais de justiça - que dependem freqüente e pesadamente do DSM”. Cf. GARDNER, op. cit., p. 5.

⁸ FERREIRA, Cláudia Galiberme; ENZWEILER, Romano José. *A invisibilidade de crianças e mulheres vítimas da perversidade da Lei de Alienação Parental: pedofilia, violência e barbarismo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2019. p. 158.

⁹ 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. [...] VI - Apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

¹⁰ Art. 6º. Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: [...] V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

¹¹ BRASIL. *Nota pública do CONANDA sobre a Lei da Alienação Parental (lei nº 12.318 de 2010)*. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/mocoes-e-notas5>. Acesso em: 24 abr. 2022.

¹² *Ibid.*

No ano de 2019 a Associação de Advogadas pela Igualdade de Gênero (AAIG) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6273) com pedido de liminar contra a Lei 12.318/2010. O Plenário do Supremo Tribunal Federal não conheceu da ADI 6273, tendo todos os ministros acompanhado o voto da relatora, ministra Rosa Weber. Considerou-se que haveria ilegitimidade constitucional para a propositura da ação ora em comento em virtude do que dispõe o artigo 103, inciso IX, da Constituição Federal. Além disso, referiu-se à falta de pertinência temática, isto é, a ligação entre a finalidade da instituição autora e o objeto legal interpelado na ADI 6273 seria outra exigência do Supremo Tribunal Federal¹³.

Além disso, insta informar que o México foi um dos derradeiros países onde a Lei da Alienação Parental se mantinha em vigor. Todavia, no ano de 2017 houve a revogação de referida lei em razão de episódio de disputa judicial pela guarda de três filhos envolvendo acusação de abuso sexual e alienação parental. Este caso culminou com o suicídio da mãe, dos avós maternos e das crianças envolvidas no litígio judicial¹⁴.

Em sede de legislação, as problemáticas que envolvem a Lei da Alienação Parental originaram o Projeto de Lei nº 489.114, de 18 de fevereiro de 2018 e o Projeto de Lei nº 634, de 12 de abril de 2022, sendo que a partir desse último é emanada a Lei n.º 14.340, de 18 de maio de 2022, responsável por alterar alguns artigos da Lei da Alienação Parental. Dentre as modificações trazidas tem-se que, em caso de atos de alienação parental, salvo motivo grave, o magistrado não mais poderá decretar a suspensão do poder familiar do suposto alienador e, de preferência deverá ouvir a criança por meio de depoimento especial. Outrossim, a visitação assistida também poderá ocorrer em atividades conveniadas com a Justiça, além do juiz ter a prerrogativa de nomear perito para realização de laudos psicológico e biopsicossocial.

Sem embargo das alterações trazidas pela Lei 14.340/22 ainda é possível constatar a existência de grupos mães, juristas e outros profissionais de áreas correlatas que continuam se manifestando de forma contrária à Lei da Alienação Parental. Afirmam que a tese pode, eventualmente, ser utilizada como instrumento de defesa do agressor, uma vez que quando a criança relata o ato libidinoso poderá ser apontada por ele como criança alienada.

Nesse sentido, alguns especialistas no assunto acreditam que a Lei da Alienação Parental pode auxiliar inclusive na manutenção da pedofilia intrafamiliar, aproximando a vítima de seu agressor e ainda, como será visto posteriormente, de acordo com tais especialistas, a indigitada lei possui a fragilidade de ser utilizada pelo homem-pai como ferramenta de violência de gênero.

Contudo, em que pese as severas críticas a respeito da Lei da Alienação Parental, há aqueles que advogam pela sua manutenção, o que será visto no tópico a seguir.

A manutenção da Lei da Alienação Parental e a necessidade de uma lei específica para proteção dos filhos menores

Quando da análise do tema em questão, de forma imediata é possível concluir que o momento ao qual se perpassa é de certo antagonismo. Isso quanto à Lei 12.318/2010, encontram-se dois grupos completamente opostos.

Nesse contexto, como acima disposto, uma primeira corrente atua pela total revogação da Lei da Alienação Parental fundamentando-se em diversos argumentos, tal como a banalização de sua aplicação, fato

¹³ Desse modo, vejamos: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 12.318/2010. Alienação parental. Associação de advogadas pela igualdade de gênero (AAIG). Entidade de classe. Abrangência nacional não demonstrada. Legitimação especial. Pertinência temática. Adequação material entre o conteúdo do ato impugnado e a finalidade institucional da associação. Ausência. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Carência da ação. Precedentes. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6273*. Relatora: Min. Rosa Weber. Data de Julgamento: 18 dez. 2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 28 jan. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1363159772>. Acesso em: 25 abr. 2022.

¹⁴ Para maior aprofundamento sobre o caso, atente-se a matéria intitulada "Mireya denunciou abuso sexual infantil pero no la escucharon". Cf.: MARTINEZ, Anayeli García. Mireya denunció abuso sexual infantil pero no la escucharon. *Cimac noticias, Periodismo con perspectiva de género*. 4 jul. 2017. Disponível em: <https://cimacnoticias.com.mx/noticia/mireya-denuncio-abuso-sexual-infantil-pero-no-la-escucharon/#gsc.tab=0>. Acesso em: 5 out. 2022.

que poderia ocasionar violência de gênero. De acordo com os adeptos a esta corrente, a lei pode ser utilizada como instrumento coibidor à guardiã do filho, sendo usufruída como resposta à possíveis denúncias de violência sexual incestuosas entre o pai e a criança. *Grosso modo*, conclui-se que tal corrente objetiva demonstrar a mulher e seus filhos como as principais vítimas da Lei de Alienação Parental.

Por outra senda, encontram-se argumentos em defesa à manutenção da lei em comento, seja em sua integralidade ou com algumas modificações, mas reforçam a necessidade de que ela deve permanecer como forma de proteção ao menor e pela obediência ao Princípio do Melhor Interesse da Criança.

Ressalta-se que referida lei tem como escopo complementar o sistema protetivo constante no Estatuto da Criança e do Adolescente reforçando, destarte, o objetivo da proteção integral constante em referida legislação, notadamente em seus artigos 100 e 153.

De acordo com Fernando Salzer e Silva, a Lei da Alienação Parental possui a cautela necessária que evita a instituição de um método inquisitivo, porquanto implementa processo terapêutico o qual visa a compreensão de todo o contexto familiar ao qual se insere a criança ou o adolescente. Assim, nas palavras do autor:

O legislador federal, em sua missão constitucional, atento à necessidade de buscar e permitir a criação, a manutenção e o fortalecimento de saudáveis vínculos familiares e comunitários, ciente dos benefícios que isso traz para as crianças, adolescentes, famílias e toda a coletividade, teve o cuidado de, no corpo da Lei de Alienação Parental, evitar criar um método inquisitivo, preferindo instituir um processo terapêutico, através da realização de perícias realizadas por equipes interprofissionais ou multidisciplinares, especializadas, compostas por profissionais com formação acadêmica em suas respectivas áreas, buscando entender o histórico, o cotidiano, as angústias, aflições e os desejos, o contexto de todas as famílias envolvidas, tanto das unilaterais, na visão de mães e/ou pais (biológicos ou socioafetividade), como da nuclear, esta, imutável, na ótica do filho.¹⁵

Em outra oportunidade prossegue este mesmo jurista quanto à questão de uma possível revogação da Lei de Alienação Parental:

A vertente mais prudente e adequada seria a que defende o aperfeiçoamento das disposições contidas na Lei n. 12.318/2010, acompanhada de esforços conjuntos para sua correta aplicação, visando prevenir e estancar atos de violência intrafamiliar, por meio da constante atualização, capacitação e valorização de todos os órgãos e auxiliares da Justiça, envolvidos nos processos, principalmente das equipes interprofissionais e multidisciplinares, responsáveis pela condução das perícias psicológicas ou biopsicossociais.¹⁶

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), instituição jurídica não governamental composta por renomados pensadores do Direito de Família, atua fortemente na defesa da manutenção da Lei 12.318/2010.

No ano de 2020 o IBDFAM, por meio de grupo de estudo e trabalho sobre a Lei da Alienação Parental, propôs questionário composto por perguntas de caráter interdisciplinar, além de ter disponibilizado um campo para livre manifestação dos participantes da enquete. Com participação de quinhentos e dezenove associados, a maioria deles teve posicionamento favorável à manutenção da lei, mas com os devidos aperfeiçoamentos, além de terem participado também realizando recomendações de medidas para direcionamento das Instituições¹⁷. Destarte, dos votantes, 73% opinaram pela manutenção da Lei com aperfeiçoamentos, 21,6% opinaram pela

¹⁵ SILVA, Fernando Salzer. Lei de Alienação Parental, qual o caminho, a revogação total, sua manutenção integral, sem modificações ou o seu aperfeiçoamento? *IBDFAM*, abr. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1690/Lei+de+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental%2C+qual+o+caminho%2C+a+revoga%C3%A7%C3%A3o+total%2C+su+manuten%C3%A7%C3%A3o+integral%2C+sem+modifica%C3%A7%C3%B5es%2C+ou+o+seu+aperfei%C3%A7oamento%3F>. Acesso em: 23 maio 2022.

¹⁶ SILVA, Fernando Salzer. Combate à desinformação. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família*, ed. 57, jun./jul. 2021. p. 13-14.

¹⁷ Para maior aprofundamento quanto à pesquisa quantitativa e qualitativa proposta pelo IBDFAM, sugere-se acessar o *link*: <https://ibdfam.org.br/pesquisaalienacaoparental/>.

manutenção integral, 3,7% manifestaram outra opinião, inclusive a favor da revogação e 1,7% não possuíam opinião formada.

Outrossim, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) atuou *Amicus Curie* no Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6273 a qual teve por finalidade a declaração de inconstitucionalidade da Lei da Alienação Parental. Além disso, referido Instituto acompanha junto ao Congresso Nacional os projetos de lei que visam a revogação total, parcial ou apenas a modificação da Lei 12.318/2010, e, ainda, aprovou em seu XII Congresso Nacional os Enunciados 27¹⁸ e 28¹⁸ referentes à alienação parental.

Renata Cysne, coordenadora do grupo de estudo e trabalho sobre Alienação Parental do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) resume, nas palavras abaixo transcritas, o entendimento de grande parte dos juristas adeptos a permanência desta lei em solo brasileiro:

[...] a Lei da Alienação Parental é um eficiente instrumento legislativo para assegurar o equilíbrio das relações entre os pais e mães que não convivem entre si, no melhor interesse afetivo dos filhos e da absoluta necessidade da manutenção dos vínculos de convivência para o bom desenvolvimento psicossocial de crianças e adolescentes. Portanto, apresenta-se como uma ferramenta concreta de defesa da integridade psicológica e da convivência familiar dos filhos e possibilita que as crianças e adolescentes inseridos em uma dinâmica de conflito familiar sejam vistos como sujeitos de direitos.¹⁹

Dessa maneira, aqueles que advogam pela manutenção da Lei 12.318/2010 defendem que ela se faz estritamente necessária porquanto protege direitos fundamentais específicos da criança e do adolescente, já que, seria comum a utilização da figura dos filhos como moeda de troca para atingir emocionalmente o ex-cônjuge ou o ex-companheiro. A lei ora em apreço, para esta corrente de juristas, apenas surge com o objetivo de conceder instrumentos para o Poder Judiciário com relação a condutas que sempre foram existentes, mas não devidamente penalizadas.

Todavia, evidencia-se uma outra vertente de pensamento que clama pela revogação total da Lei da Alienação Parental. É o que será visto a seguir.

A revogação total da Lei da Alienação Parental e a necessidade do apagamento de instrumentos legislativos violadores dos direitos das mulheres

Primeiramente, importa salientar que o Direito pode ser considerado produto da expressão e representação de gênero. Destarte, faz-se necessário salientar que o sistema jurídico, fruto do sistema patriarcal, distingue em suas práticas discursivas o significado de ser homem e o significado de ser mulher. Esse fato, de acordo os adeptos da revogação da Lei da Alienação Parental, não deixa de ser reproduzido em referida lei.

No estudo do fenômeno da alienação parental, juristas além de profissionais da área da psicologia, dividem-se em correntes que refletem sobre a necessidade de sua manutenção - talvez com reformas - ou sua total revogação.

Dentre esses posicionamentos, os críticos à manutenção da lei baseiam-se na ideia de que ela se configura em uma nova forma de consubstanciar a violência contra as mulheres, porquanto, tradicionalmente é à mulher a pessoa a qual é deferida a guarda dos filhos. Isso porque a despeito da promulgação da Lei n°

¹⁸ Enunciado 27. No caso de comunicação de atos de alienação parental nas ações de família, o seu reconhecimento poderá ocorrer na própria demanda, sendo desnecessária medida judicial específica para tanto. Enunciado 28 - Havendo indício de prática de ato de alienação parental, devem as partes ser encaminhadas ao acompanhamento diagnóstico, na forma da Lei, visando ao melhor interesse da criança. O magistrado depende de avaliação técnica para avaliar a ocorrência ou não de alienação parental, não lhe sendo recomendado decidir a questão sem estudo prévio por profissional capacitado, na forma do § 2º do art. 5º da Lei nº 12.318/2010, salvo para decretar providências liminares urgentes.

¹⁹ CYSNE, Renata. Direito de amar, confiar e conviver. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família*, ed. 57, p. 4-7, jun./jul. 2021. p. 3-4.

13.058/2014, que altera o Código Civil em vigor para incluir a guarda compartilhada como regra geral, é possível que o pai afaste esta modalidade de guarda, atribuindo-a de forma unilateral para a mãe, mantendo o frequente costume patriarcal.

No Brasil, a guarda ainda é predominantemente materna²⁰, figura considerada, equivocadamente, a natural cuidadora de sua prole, e, assim, é permitido afirmar que a alegação de alienação parental pode se transformar em perigoso instrumento de violência de gênero.

Essa nova forma de violência pode ser visualizada em situações em que as mulheres perdem a guarda dos seus filhos ou até mesmo o direito de visitas quando denunciam maus tratos, negligências ou violências sexuais cometidas pelos pais. Nessa hipótese, os pais podem utilizar o argumento segundo o qual a mãe estaria praticando alienação parental a partir do pressuposto de que a mulher age desta forma por estar ressentida ou ter sido rejeitada em razão da ruptura do vínculo afetivo. É até mesmo o que se observa na justificativa do Projeto de Lei 4.053/2008 que tem como base texto produzido por Maria Berenice Dias:

No entanto, muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono de rejeição de traição surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho quer vingar-se, afastando este do genitor.

Para isso cria uma série de situações visando a dificultar ao máximo ou a impedir a visitação. A este processo o psiquiatra americano Richard Gardner nominou de síndrome de alienação parental: programar uma criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa. Trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. A mãe monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele.²¹

Por óbvio, o entendimento acima exposto, indubitavelmente advém do posicionamento de Richard Gardner quanto à presente temática²². Mas, frisa-se, qualquer situação de litigiosidade, mormente no que tange à quebra da conjugalidade, pode gerar conflitos que envolvam diversos sentimentos e, em meio a isso, haverá pais em situação de fragilidade.

Ocorre que, segundo Gardner, a mulher, em razão da ruptura do vínculo afetivo, torna-se um ser irracional e manipulador, capaz de causar à criança a denominada Síndrome da Alienação Parental, que, como visto, configura-se em um tipo de distúrbio psicopatológico muito evidente em situações que envolvam litígio após o fim da conjugalidade, sobretudo, nas questões de disputa de guarda dos filhos. Contudo, conforme salientam Gláucia Batalha e Maiane Serra:

Num cenário de dissolução de uma união, permeado muitas das vezes por sentimentos contraditórios e de litigiosidade, confundir que todo o afastamento, justificado ou não, entre a prole e o genitor decorre da implantação da “Síndrome” descrita por Gardner é temerário, uma vez que corre-se o risco de se naturalizar comportamentos e conflitos relacionais como “Síndrome da Alienação Parental”.²³

²⁰ No ano de 2014 em 85% dos divórcios a mulher era a responsável pela guarda dos filhos menores de idade e em 7,5%, a guarda era compartilhada. Esse cenário começou a mudar com a entrada em vigor da Lei 13.058/2014, que estabeleceu como prioridade a guarda compartilhada. Em 2020, em 57,3% dos divórcios a guarda era responsabilidade das mulheres e em 31,3%, compartilhada. Contudo, a despeito do aumento de casos de guarda compartilhada a sociedade brasileira parece ainda destinar as atividades de cuidado à mulher-mãe. Os dados aqui inseridos constam da pesquisa Estatísticas do Registro Civil - Divórcios 2020, divulgada no mês de fevereiro de 2022 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Para saber mais cf.: CAMPOS, Ana Cristina. Divórcios no Brasil caem 13,6% em 2020 em relação a 2019. *Agência Brasil*, Rio de Janeiro, 18 fev. 2022. Disponível em: [https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-02/divorcios-caem-136-em-2020-em-relacao-2019#:~:text=Os%20div%C3%B3rcios%20no%20Brasil%20ca%C3%ADram,2019%2C%20foram%20contabilizados%20383.286%20div%C3%B3rcios](https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-02/divorcios-caem-136-em-2020-em-relacao-2019#:~:text=Os%20div%C3%B3rcios%20no%20Brasil%20ca%C3%ADram,2019%2C%20foram%20contabilizados%20383.286%20div%C3%B3rcios.). Acesso em: 3 maio 2022.

²¹ BRASIL. *Projeto de Lei 4.053/2008*. Dispõe sobre Alienação Parental. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0kcamdb1w7ug44i4mlt1e15f3094791.node0?codteor=601514&filename=PL+4053/2008. p. 4. Acesso em: 2 jun. 2022.

²² Com relação à criação da Lei de Alienação Parental, lecionam Batalha e Serra: “salienta-se que a exposição de motivos do Projeto de Lei 4.053/2008 (que serve de base para o nascimento da Lei 12.318/2010), bem como o posicionamento dos psicólogos forenses e juristas brasileiros, são fundamentados majoritariamente nos estudos de Richard Gardner e carecem de reflexões críticas quanto ao combate da “Teoria” de Gardner nos EUA e demais países”. Cf. BATALHA, Gláucia Fernanda Oliveira Martins; SERRA, Maiane Cibele de Mesquita. Produções discursivas de gênero: uma reflexão crítica sobre a Lei 12.318/2010 e a “síndrome da alienação parental”. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, v. 5, n. 2, p. 19-37, jul./dez. 2019. p. 8. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/5912>. Acesso em: 3 maio 2022.

²³ *Ibid.*, p. 10.

Outrossim, denota-se da Teoria de Gardner que a Síndrome da Alienação Parental representa uma “lavagem cerebral” na criança, cometida, via de regra, pela mãe, a qual de todo modo tenta imputar à criança uma má ideia acerca do pai, difamando-o com o desiderato de destruir qualquer vínculo afetivo entre a criança e seu pai. Ainda, em casos mais graves, a mãe disferiria falsas acusações de abusos sexuais pelo pai.

Nesse contexto, utilizando a figura da mãe como mulher ressentida, é simples observar que a prática de violência não apenas reflete-se na mulher-mãe, mas também se direciona contra crianças e adolescentes que poderão ficar à mercê de agressores os quais utilizam-se da lei para invalidar as denúncias e afastá-las de quem as protege e cuida.

Em casos onde existe denúncia de violência sexual é possível verificar a situação sendo revertida em favor do violador. A mãe que possui a guarda compartilhada ou unilateral percebe que seu filho está sendo abusado sexualmente pelo pai e realiza a devida denúncia, instaurando-se, assim, o respectivo inquérito policial com a finalidade de se investigar possível abuso. Contudo, antes do inquérito ser concluído, é comum que o pai consiga decisão judicial a qual reverte a guarda sob a alegação de ocorrência de falsa denúncia por parte da mãe, que, conseqüentemente é acusada de praticar alienação parental. Isso ocorre, pois, os processos tramitam em juízos distintos, ou seja, o processo referente à prática de violência sexual transcorre pelo juízo criminal, enquanto o processo de modificação de guarda encontra-se sob a responsabilidade do juízo cível ou do juízo de família a depender da comarca onde se encontra o processo.

Além disso, as provas em delitos dessa natureza, isto é, delitos que envolvam violência sexual, são de difícil obtenção já que na maioria dos casos os autores cometem tais crimes utilizando-se de extremo sigilo além do emprego de diversos artifícios, tais como a prática de ameaça contra à própria criança. Somado a tais fatos, tem-se que as declarações da mãe são constantemente colocadas em dúvida e sua capacidade mental seriamente questionada.

Por sua vez, a mãe que descobre a violência e não formula sua respectiva denúncia poderá ser considerada conivente com o fato ocorrido, o que acaba por gerar flagrante contrassenso entre a denúncia e a possibilidade de ser enquadrada como mãe alienadora, ou a ausência de denúncia e a chance de ser considerada ser cúmplice de crime.

Recentemente, peritos da Organização das Nações Unidas (ONU) fizeram apelo ao futuro governo federal do Brasil para a revogação da Lei nº 13.058/2010 afirmando que referida lei serve de instrumento discriminatório contra mulheres e meninas, notadamente em disputas judiciais referentes à guarda. De acordo com eles:

Estamos seriamente preocupados com os estereótipos de gênero subjacentes que contribuem para a legitimação do conceito de alienação parental, assim como com a sua utilização maioritariamente contra as mulheres, quando a decisão judicial diz respeito a direitos de custódia ou tutela. Tais estereótipos de gênero são profundamente discriminatórios, uma vez que os testemunhos de mulheres que afirmam que os seus filhos são abusados estão a ser rejeitados ou considerados de valor e credibilidade inferiores. Estas abordagens profundamente discriminatórias resultam essencialmente em erros judiciais e na exposição contínua da mãe e da criança a abusos, a situações de ameaça de vida e a outras violações das suas liberdades fundamentais.²⁴

Assim, a possibilidade da revogação total da Lei da Alienação Parental deve ser objeto de olhares cuidadosos uma vez que, além do sistema jurídico reproduzir estereótipos de gênero, há que se ponderar que o

²⁴ NAÇÕES UNIDAS. Direitos humanos. *Brasil: Peritos da ONU apelam ao novo governo para combater a violência contra as mulheres e meninas e revogar a lei da alienação parental*. Disponível em: <https://acnudh.org/pt-br/brasil-peritos-da-onu-apelam-ao-novo-governo-para-combater-a-violencia-contra-as-mulheres-e-meninas-e-revogar-a-lei-da-alienacao-parental/>. Acesso em: 4 nov. 2022.

Brasil possui uma das mais altas taxas de feminicídio do mundo, além do considerável número de meninas que são vítimas de violência dentro do próprio ambiente doméstico²⁵.

Conclusão

No contexto nacional é permitido observar a rápida aceitação e disseminação da Teoria de Gardner, a despeito da considerável carência de reflexões críticas e científicas acerca do estudo do psiquiatra estadunidense e a despeito de instituições clamarem pela sua total revogação.

É defeso que se olvide que o Direito também compõe uma conjuntura patriarcal que reverbera diuturnamente um discurso de poder binário cujas benesses, via de regra, são concedidas ao homem. A mulher, considerada naturalmente cuidadora e constrangida aos espaços privados é, com a Lei da Alienação Parental, mais uma vez submetida ao império de uma lei potencialmente misógina que reproduz estereótipos de gênero e, conseqüentemente, cria-se novamente um nascedouro legislativo de desigualdade, assimetria e hierarquia.

É imprescindível que se repense o sistema jurídico a partir de critérios verdadeiramente críticos e reflexivos mormente no Brasil, país acometido por altos índices de violência sexual contra crianças e adolescentes e que, não obstante isso, se encontra envolvido em um sistema flagrantemente androcêntrico.

Referências

- BATALHA, Gláucia Fernanda Oliveira Martins; SERRA, Maiane Cibele de Mesquita. Produções discursivas de gênero: uma reflexão crítica sobre a Lei 12.318/2010 e a “síndrome da alienação parental”. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, v. 5, n. 2, p. 19-37, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://indexlaw.org/index/view/5912>. Acesso em: 3 maio 2022.
- BRASIL. *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a Alienação Parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 24 abr. 2022.
- BRASIL. *Nota pública do CONANDA sobre a Lei da Alienação Parental (lei nº 12.318 de 2010)*. Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/mocoes-e-notas5>. Acesso em: 24 abr. 2022.
- BRASIL. *Projeto de Lei 4.053/2008*. Dispõe sobre Alienação Parental. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0kcamdb1w7ug44i4mlltyle15f3094791.node0?codteor=601514&filename=PL+4053/2008. Acesso em: 2 jun. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6273*. Relatora: Min. Rosa Weber. Data de Julgamento: 18 dez. 2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 28 jan. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1363159772>. Acesso em: 25 abr. 2022.
- BRITO, Leila Maria Torraca de; SOUSA, Analicia Martins de. Síndrome de Alienação Parental: da teoria norte-americana à nova Lei Brasileira. *Revista Psicologia: ciência e profissão*, v. 31, n. 2, p. 268-283, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/H7w9kPHrY86XM9DXZLKvJtF/?lang=pt#>. Acesso em: 25 abr. 2022.
- BRUCH, Carol S. Parental alienation syndrome and parental alienation: getting it wrong in child custody cases. *Family Law Quarterly*, v. 35, n. 3, p. 527-552, 2001.
- CAMPOS, Ana Cristina. Divórcios no Brasil caem 13,6% em 2020 em relação a 2019. *Agência Brasil*, Rio de Janeiro, 18 fev. 2022. Disponível em: [https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-02/divorcios-caem-136-em-2020-em-relacao-2019#:~:text=Os%20div%C3%B3rcios%20no%20Brasil%20ca%C3%ADram,2019%2C%20foram%20contabilizados%20383.286%20div%C3%B3rcios](https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-02/divorcios-caem-136-em-2020-em-relacao-2019#:~:text=Os%20div%C3%B3rcios%20no%20Brasil%20ca%C3%ADram,2019%2C%20foram%20contabilizados%20383.286%20div%C3%B3rcios.). Acesso em: 3 maio 2022.
- CYSNE, Renata. Direito de amar, confiar e conviver. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família*, ed. 57, p. 4-7, jun./jul. 2021.
- FERREIRA, Cláudia Galiberne; ENZWEILER, Romano José. *A invisibilidade de crianças e mulheres vítimas da perversidade da Lei de Alienação Parental: pedofilia, violência e barbarismo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2019.
- GARDNER, Richard A. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Disponível em: <https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 24 abr. 2022
- MARTINEZ, Anayeli García. Mireya denunció abuso sexual infantil pero no la escucharon. *Cimac noticias, Periodismo con perspectiva de género*. 4 jul. 2017. Disponível em: <https://cimacnoticias.com.mx/noticia/mireya-denuncio-abuso-sexual-infantil-pero-no-la-escucharon/#gsc.tab=0>. Acesso em: 5 out. 2022.
- NAÇÕES UNIDAS. Direitos humanos. *Brasil: Peritos da ONU apelam ao novo governo para combater a violência contra as mulheres e meninas e revogar a lei da alienação parental*. Disponível em: <https://acnudh.org/pt-br/brasil-peritos-da-onu-apelam-ao-novo-governo-para-combater-a-violencia-contra-as-mulheres-e-meninas-e-revogar-a-lei-da-alienacao-parental/>. Acesso em: 4 nov. 2022.
- SILVA, Fernando Salzer. Combate à desinformação. *Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família*, ed. 57, p.13-14, jun./jul. 2021.

²⁵ Entre 2011 e 2017, foram registrados no Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan), do Ministério da Saúde, 83.068 casos de violência sexual contra crianças com idade entre 0 e 9 anos. Desse total, 74,2% (43.034) eram do sexo feminino, 25,8% (14.996) eram do sexo masculino. Ademais, 71,2% dos casos de violência sexual contra meninas de até 09 anos aconteceram em suas próprias residências. Cf. VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES EM DADOS. *51,9% das meninas vítimas de violência sexual têm entre 1 e 5 anos*. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia-em-dados/519-das-meninas-vitimas-de-violencia-sexual-tem-entre-1-e-5-anos/>. Acesso em: 5 maio 2022.

SILVA, Fernando Salzer. Lei de Alienação Parental, qual o caminho, a revogação total, sua manutenção integral, sem modificações ou o seu aperfeiçoamento? *IBDFAM*, abr. 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1690/Lei+de+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental%2C+qual+o+caminho%2C+a+revoga%C3%A7%C3%A3o+total%2C+sua+manuten%C3%A7%C3%A3o+integral%2C+sem+modifica%C3%A7%C3%B5es%2C+ou+o+seu+aperfei%C3%A7oamento%3F>. Acesso em: 23 maio 2022.

VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES EM DADOS. *51,9% das meninas vítimas de violência sexual têm entre 1 e 5 anos*. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia-em-dados/519-das-meninas-vitimas-de-violencia-sexual-tem-entre-1-e-5-anos/>. Acesso em: 5 maio 2022.

Uma crítica feminista à extinção do direito aos alimentos à mulher em decorrência do fim da conjugalidade

LARA SOUZA DOTI

Advogada. Pós-graduada em direito civil pela Escola Paulista de Direito. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA).

Resumo: Este trabalho tem por objetivo uma crítica feminista quanto à extinção do direito aos alimentos em favor da mulher quando do fim da conjugalidade. Para a realização deste estudo, utiliza-se os métodos dedutivo e indutivo, perpassando pela análise histórica dos principais diplomas normativos no direito de família e pela jurisprudência dos tribunais brasileiros concernente à possibilidade do pleito após o fim da conjugalidade, além de gráficos e tabelas relacionados às estatísticas do Registro Civil. A partir da busca doutrinária e jurisprudencial, bem como do levantamento dos citados dados, foi possível concluir que, mesmo com avanços no campo da legislação, na prática, a tão sonhada autonomia patrimonial da mulher não foi alcançada, mostrando-se dependente financeiramente do marido/companheiro. Neste cenário, a partir de um olhar feminista, é desarrazoado o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça quanto à limitação temporal para o pleito da prestação alimentar entre ex-cônjuges, pois, ante o histórico papel secundário atribuído à mulher, tais alimentos devem ter como fundamento o macro princípio da solidariedade, independentemente de ser usado o termo “renúncia” ou “dispensa” no ato do divórcio/dissolução de união estável.

Palavras-chave: Direito de família. Alimentos entre ex-cônjuges/companheiros. Crítica feminista.

Abstract: This work aims at a feminist criticism regarding the extinction of the right to food in favor of women at the end of conjugality. For this study, the deductive and inductive methods are used, through the historical analysis of the main normative diplomas in family law and the jurisprudence of the Brazilian courts concerning the possibility of the claim after the end of conjugality, in addition to graphs and tables related to the statistics of the Civil Registry. From the doctrinal and jurisprudential search, as well as the survey of the aforementioned data, it was possible to conclude that, even with advances in the field of legislation, in practice, the woman's long-aforsome patrimonial autonomy was not achieved, showing to be financially dependent on her husband/partner. In this scenario, from a feminist perspective, the understanding consolidated by the Superior Court of Justice is destroyed regarding the temporal limitation for the claim of food benefit between ex-spouses, because, in view of the historical secondary role attributed to the woman such foods should be based on the macro principle of solidarity, regardless of whether the term "waiver" or "dispensation" is used in the act of divorce/dissolution of stable union.

Keywords: Family law. Food between ex-spouses/partners. Feminist criticism.

Introdução

O objeto deste trabalho consiste numa análise sobre os alimentos no fim da conjugalidade sob uma perspectiva crítica feminista e à luz do que preconiza a legislação e a jurisprudência pátria.

A dinâmica das relações humanas é muito intensa, especialmente no que diz respeito ao núcleo familiar, base da sociedade, o que impacta, por consequência, no mundo jurídico. Ao atrair para si o dever de proteção da entidade familiar, o Estado deve dar prontamente e satisfatoriamente a tutela jurídica às famílias e é por isso que o ordenamento e a jurisprudência estão em marcha constante a fim de dinamizar as normas jurídicas.

É certo que a estrutura familiar de décadas atrás tinha um modelo pré-definido e as funções de cada membro delineadas, praticamente inexistindo qualquer flexibilização. Os homens ocupavam o mercado de trabalho, sendo a “fonte de renda” da família, enquanto as mulheres eram responsáveis pela casa e educação dos filhos. Por conta dessa discrepância de renda, havendo separação judicial ou, ainda, o divórcio, as mulheres sempre necessitavam de alimentos, tendo em vista que, no início, não tinham aptidão técnica que propiciasse a manutenção independente da própria subsistência após o término da relação.

Com o passar do tempo, notadamente pelos novos valores adotados pela sociedade, as mulheres conseguiram conquistar direitos antes inimagináveis. O sufrágio universal, o direito ao trabalho, a liberdade e autonomia para realizar os atos da vida civil, acesso à educação, a elevação à categoria de coestora da sociedade conjugal, dentre tantos outros, são exemplos que só puderam ser alcançados após anos de lutas travadas pelos movimentos feministas, contribuindo para a concessão de novos papéis à mulher na sociedade.

Apesar de toda a luta e da lenta transição do papel da mulher na sociedade em condições de igualdade com o homem, nas relações interpessoais ainda se mantém considerável dependência financeira em relação ao ex-cônjuge ou companheiro após o divórcio ou dissolução de união estável.

Desta forma, o artigo se propõe a analisar, de forma sucinta, em que medida o feminismo contribuiu para aquisição de direitos civis pelas mulheres na sociedade brasileira e o reflexo das referidas lutas feministas, ainda que indiretamente, no pleito de alimentos. Ademais, se propõe a analisar se há extensão do princípio da solidariedade familiar após a extinção do vínculo de conjugalidade.

Impactos do movimento feminista no ordenamento jurídico

Apesar do significado da palavra “feminismo” pressupor em sua essência igualdade entre homens e mulheres ou, sucintamente, nas palavras de Sílvia Federici: “diz respeito a um ponto de vista moldado pela luta contra a discriminação sexual e por um melhor entendimento sobre o trabalho reprodutivo”¹, a palavra, por si só, é capaz de gerar resistência e discussões acirradas a depender do meio e contexto em que for utilizada.

Como ressalta Constância Lima Duarte sobre a palavra “feminismo”:

A grande derrota do movimento feminista foi ter permitido que um forte preconceito isolasse o termo, sem conseguir se impor com orgulho para a maioria das mulheres. A reação desencadeada pelo antifeminismo foi tão forte e competente, que não apenas promoveu um desgaste semântico da palavra, como transformou a imagem da feminista em sinônimo de mulher mal-amada, machona, feia, em total oposição à ideia do “feminino”. Provavelmente, por receio de serem rejeitadas ou de ficarem “malvistas”, muitas de nossas escritoras, intelectuais, e a brasileira de modo geral, passaram enfaticamente a recusar esse título.²

A não submissão da mulher e a ocupação de lugares cada vez mais evidentes tem sido desagradável para aqueles que estavam acostumados com a subordinação e o silêncio.

No Brasil, pode-se destacar quatro importantes momentos históricos compreendidos nos períodos de 1830; 1870; 1920 e 1970, espaçados por muitos anos de micro movimentos feministas que não ganharam força suficiente para que sobressaíssem nesses intervalos de quase cinquenta anos, mas que inspiraram as futuras gerações e fomentaram muitas mulheres para que o movimento ganhasse força no futuro.

O início do século XIX foi marcado por uma bandeira importante para construir a base para o feminismo: a educação. Mulheres na luta pelo direito de ler e escrever, direito primário, até então reservado aos homens, marcaram o período. Nesse contexto, em 1827, foi editada a primeira legislação autorizando a abertura de escolas públicas femininas, permitindo que mulheres que até então se dedicavam apenas aos afazeres domésticos começassem a ter contato com uma educação diferenciada, viabilizando, por consequência, a educação de outras companheiras e, principalmente, conferindo um lugar de fala aos anseios femininos por meio da escrita em livros e, posteriormente, em jornais. Noutras palavras, a literatura feminina brasileira foi importante aliada no avanço do feminismo no país.

Enquanto isso, na Europa as reivindicações eram realizadas de forma mais estruturada, criticando com voz ativa uma educação já existente.

Percebe-se, portanto, que a cada conquista angariada as mulheres eram impulsionadas a buscar novos objetivos, intentando a ampliação da visibilidade do movimento feminista e aspirando cada vez mais espaços diferentes.

Importante ressaltar que, se por um lado, os obstáculos aos movimentos feministas muitas vezes eram impostos também por outras mulheres, notadamente as da classe média e alta, que repudiavam qualquer representação de liberdade e luta por direitos, por outro, a mulher pobre sempre foi alçada à condição de

¹ FEDERICI, Sílvia. O feminismo e a política dos comuns. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de et al. (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2019. p. 10-21. p. 11.

² DUARTE, Constância Lima. Feminismo: uma história a ser contada. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de et al. (org.). *Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto*. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2019. p. 25-47. p. 25-26.

empregada e obrigada a ocupar espaços de trabalho inferiores, por ser uma mão de obra barata. Além disso, diante da falta do acesso à educação, as poucas opiniões sobre determinados assuntos, sobretudo os aspectos sociais que moldavam a sociedade da época, era por influência das suas patroas, o que fomentava o círculo de inércia da atuação feminina e o domínio do sexo masculino.

A ausência de informação sobre a circunstância na qual a mulher pobre estava inserida, numa dominação indireta, era um grande freio desse movimento novo que surgia, pois desestimulava as mulheres a se interessarem pelas novas pautas que surgiam.

Apesar da resistência do machismo na sociedade brasileira desde os primórdios, em 1899 repercutiram as primeiras notícias de mulheres frequentando universidades; fortalecendo, por consequência, o movimento feminista, que passou a ver na prática os efeitos das lutas até então percorridas.

Como esperado, os homens se insurgiram contra as conquistas alcançadas, reiterando o discurso de que o lugar de mulher – notadamente as de classe média e alta – era cuidando do lar, e não em universidades. Ressalte-se que as mulheres pobres nunca foram vistas como “do lar”, pois sempre estiveram disponíveis/autorizadas a trabalhar nas fábricas e servindo às casas da classe alta com os serviços domésticos.

Num terceiro momento, o século XX inicia no Brasil com movimentos feministas cheios de vigor, com vozes de mulheres quase em uníssono, imbuídas de uma consciência até então nunca vista, clamando por seus direitos, notadamente ao voto, à expansão de oportunidades do mercado de trabalho e ao acesso ao ensino superior. Queriam ser notadas em outros espaços para além do lar e da escola – como professoras –, sonhavam em ocupar cargos públicos, em serem médicas, advogadas, engenheiras, dentre tantas outras profissões que pretendiam exercer.

Neste momento, há um importante nome que sobressai na luta pelo voto e encabeçando alguns movimentos – como a fundação da Liga pela Emancipação Intelectual da Mulher –, o de Bertha Lutz.

Nesse contexto, apesar das conquistas graduais, apenas em 1932, com o advento do novo Código Eleitoral é que o direito ao voto das mulheres foi consagrado, contudo, ante a suspensão das eleições por Vargas, as mulheres conseguiram exercer efetivamente seu direito apenas em 1945. Para ilustrar, na Inglaterra, o direito ao voto já havia sido conquistado em 1918. Já a Nova Zelândia foi o primeiro país a promover o sufrágio feminino, em 1893, e o último, foi a Arábia Saudita, em 2011, permanecendo com severas restrições até os dias atuais³.

Ainda no século XX, temos o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962), que trouxe, como uma conquista dos movimentos feministas, alterações na condição jurídica da mulher.

Por fim, num quarto momento histórico, em 1970, o Brasil experimentou o auge do feminismo, com organizações e movimentos mais unidos e com um propósito em comum de fazer com que as mulheres tivessem mais visibilidade e conscientização, em contrapartida, além da preocupação com as pautas do movimento, as mulheres também tinham que se impor contra a ditadura militar.

O impacto dos movimentos feministas começou a tomar forma e proporção na época, fornecendo subsídios para a promulgação da Emenda Constitucional n. 9, de 28 de julho de 1977, também conhecida como “Lei do divórcio”.

Mais à frente, na década de 1980, as mulheres buscavam ocupar a política de forma mais efetiva, haja vista que a única participação até então havia sido na elaboração do texto da Constituição de 1934, por meio da

³ Informação extraída do mapa que mostra o ano em que as mulheres tiveram o direito de votar em cada país do mundo. Cf. UNIÃO DOS VEREADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Este mapa mostra o ano em que as mulheres tiveram o direito de votar em cada país do mundo*. Portal de notícias, 10 mar. 2020. Disponível em: <https://uvesp.com.br/portal/noticias/este-mapa-mostra-o-ano-em-que-as-mulheres-tiveram-o-direito-de-votar-em-cada-pais-do-mundo/>. Acesso em: 4 nov. 2020.

deputada Carlota Pereira de Queirós, médica e escritora brasileira. Dessa forma, em 1985 começaram as campanhas pela participação das mulheres na Constituinte, e em 1986, aliaram-se às 26 deputadas federais.

Depreende-se, portanto, que houve a superação de muitos paradigmas e preconceitos até este momento, com conquistas importantes graças aos movimentos feministas, contudo, a luta é contínua e a busca por ocupação de novos espaços por mulheres deve ser constante, sob pena de se admitir um retrocesso ou, – talvez até pior –, uma estagnação.

Nas palavras de Jacqueline Pitanguy:

É importante reconhecer e celebrar essas vitórias. Não como uma recordação nostálgica e sim como exemplo de um longo e árduo trabalho que pode contribuir para estratégias de atuação em momento de nossa história política em que se fecha o ciclo de afirmação de direitos, se desbaratam políticas públicas e se substitui a utopia pelo desencanto.⁴

Atualmente, o feminismo se desdobra em diversas vertentes e possui vieses que se aprofundam em determinadas pautas do movimento, demonstrando, apesar de ser vasto, que possui um objetivo em comum, a emancipação e a busca por direitos das mulheres.

Alguns aspectos sobre o feminismo jurídico

A importância do feminismo foi ressaltada de modo geral no tópico anterior. Neste tópico, a pretensão é a de realçar, brevemente, alguns aspectos do feminismo jurídico.

É sabido que as normas que compõem nosso ordenamento jurídico sempre foram majoritariamente editadas e discutidas por homens, de forma que, até a promulgação da Constituição de 1988, as mulheres tinham pouquíssimos direitos assegurados, notadamente em razão de nossa cultura androcêntrica e machista, utilizadas como ferramentas de perpetuação das desigualdades de gênero.

O feminismo jurídico é definido por Salete Maria da Silva como um meio de questionar as normas jurídicas e clamar por mudanças:

O feminismo jurídico corresponde a um conjunto de críticas, teorizações, proposições metodológicas e atividades práticas desenvolvidas por juristas feministas em face do fenômeno jurídico, dentro ou fora do sistema de justiça. A proposta central deste tipo de feminismo é desenvolver reflexões e sobretudo ações que promovam transformações radicais no âmbito das normas, discursos e práticas jurídicas, tendo como foco a obtenção da igualdade de gênero.⁵

Como a maioria das matérias no campo das ciências humanas, o “feminismo jurídico” levanta algumas discussões. Muitas autoras preferem chamá-lo de “teoria feminista do direito” ou de “pensamento jurídico feminista”, o que pode, em um primeiro momento, parecer apenas uma questão gramatical e sem importância. Contudo, a autora supracitada pontua que:

Os termos não são de todo incorretos, mas a ênfase exclusiva no aspecto teórico não dá conta da amplitude e da complexidade do fenômeno. Até porque, se por um lado o feminismo jurídico, como outras vertentes do feminismo, também necessita da produção teórica, tão importante para alimentar e orientar a ação; por outro, a sua existência e consolidação exige muito mais do que uma sofisticada e criteriosa reflexão filosófica e/ou conceitual da realidade, pois envolve também a prática, ou melhor dizendo, a *práxis* jurídica, além de um conjunto de atividades destinadas ao compartilhamento e à socialização da proposta.⁶

⁴ PITANGUY, Jacqueline. A carta das mulheres brasileiras aos constituintes: memórias para o futuro. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de et al. (org.). *Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto*. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2019. p. 84-93. p. 93.

⁵ SILVA, Salete Maria da. Feminismo jurídico: uma introdução. *Cadernos de Gênero e Diversidade*, v. 4, n. 1, p. 83-102, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/cadgendiv/83-102>. Acesso em: 8 set. 2020. p. 90.

⁶ SILVA, op. cit., p. 89.

Denota-se que o que se pretende com o feminismo jurídico é questionar o que está positivado e inserir cada vez mais a mulher nas discussões, objetivando a igualdade de gênero, garantida formalmente pela Constituição Federal em seu artigo 5º, I, mas ainda longe de ser efetivada no dia a dia.

Assim sendo, para que o feminismo jurídico se torne algo palpável e efetivo, deve promover debates amplos e participativos, com a inclusão de mulheres, afastando o caráter androcêntrico enviesado desde os primórdios de tal ciência, a fim de que as leis sejam elaboradas também por vozes femininas e saiam do papel para serem aplicadas de acordo com a singularidade que cada caso requer. Em suma, “enquanto as normas jurídicas permanecerem em interpretação machista, sofrem todas as mulheres”⁷.

Em contrapartida, não seria ético negar a influência e necessidade do direito como um instrumento de emancipação.

Nas palavras de Salete Maria da Silva, sempre foram tormentosas as relações entre feminismo e direito, mas necessárias, pois “ambos trabalham com ideias de igualdade e justiça social, ainda que em perspectivas diferentes e, em muitos casos, diametralmente opostas”⁸.

Logo, extrai-se que o direito não é o sistema ideal que garante a paz social e soluciona todos os problemas na Terra, mas é o sistema que vem impedindo que problemas piores surjam.

Impactos do movimento feminista especificamente no direito de família

O feminismo foi um expoente no direito de família e serviu de fundamento para muitas legislações que compõem nosso ordenamento jurídico. Em suma, o feminismo resgatou a mulher de um lugar a margem e garantiu direitos até então relegados. Para Rodrigo da Cunha Pereira, o lugar até então conferido às mulheres no direito “sempre foi um não lugar. Na realidade, a presença da mulher é uma história de ausência, pois ela sempre existiu subordinada ao marido, ao pai, sem voz e marcada pelo regime da incapacidade jurídica”⁹.

É com essas palavras e a ideia de um “não lugar” que serão analisadas algumas legislações no direito de família. O Código Civil de 1916 é o diploma legal mais citado quando o assunto é restrição de direitos das mulheres. Referido Código preconizava em seu artigo 6º, II, que as mulheres casadas, enquanto subsistisse a sociedade conjugal, eram relativamente incapazes para certos atos, assim como os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos, os pródigos e os silvícolas.

Extrai-se, portanto, que as mulheres casadas dependiam de tal maneira do consentimento de seus maridos que eram consideradas relativamente incapazes para determinados atos. Mas afinal, qual ato civil seria tão grave a ponto de uma mulher não ter capacidade para realizá-lo durante a sociedade conjugal? A resposta não poderia ser outra, é claro que são os atos de natureza patrimonial! Neste caso, o Código Civil de 1916 prescrevia que a ação do marido ou de seus herdeiros para anular os atos praticados sem o seu consentimento era de dois anos (art. 178, §7º, VII).

Mais à frente, havia previsão no artigo 36, parágrafo único, do Código Beviláqua, de que a mulher casada tinha por domicílio o do marido, necessariamente, remetendo novamente a ideia da mulher ser praticamente a sombra do marido, sem qualquer autonomia, parecendo óbvio para o legislador que, em razão do casamento, a mulher deveria servir ao lar e, portanto, viver sob o mesmo.

⁷ MELO, Luciana Grassano de Gouvêa; PONTES, Ana Carolina Amaral de. A hermenêutica jurídica e o feminismo: interpretação normativa e desconstrução do patriarcado. In: FERRAZ, Carolina Valença (org.). *Manual jurídico feminista*. Belo Horizonte: Letramento, 2019. p. 95.

⁸ Op. cit., p. 98.

⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 2-25 out. 1997, Belo Horizonte. *Anais* [...]. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/57.pdf>. Acesso em: 8 set. 2020. p. 164.

Seria impossível para o legislador da época, por exemplo, a mulher trabalhar em outra cidade e apenas passar os finais de semana no lar conjugal, como é comum atualmente, pois para o pensamento da época inconcebível a possibilidade de cumprir os deveres intrínsecos ao casamento à distância.

No mais, no capítulo dos prazos da prescrição estava elencado em seu artigo 178, §1º o prazo prescricional de 10 (dez) dias, contados do casamento, para que o marido pudesse propor ação a fim de anular o matrimônio contraído com mulher “já deflorada”, pois em razão da influência do catolicismo a esposa deveria ser pura e virgem.

Tal repulsa quanto ao defloramento da mulher também foi elencado nos artigos 218 e 219, caput e inciso IV, no capítulo do casamento nulo e anulável, os quais dispunham que o casamento seria anulável em caso de erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge e, dentro desses erros considerados essenciais estava o defloramento da mulher, ignorado pelo marido.

No capítulo dos impedimentos para o casamento, dispunha o artigo 183, XIV, que a mulher viúva ou separada do marido por nulidade ou anulação não poderia casar até dez meses depois da viuvez ou da separação judicial dos corpos, salvo se, antes deste prazo tivesse dado à luz algum filho. Tal norma visa garantir a paternidade “certa”.

Já no capítulo dos direitos e deveres do marido, o Código Civil de 1916 determinava que o marido era o chefe da sociedade conjugal (art. 233) e, portanto, a ele competia autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do lar conjugal.

Mais uma vez, de forma explícita, o legislador submetia a mulher aos mandos e vontades do marido, ficando sempre subordinada as suas ordens, sem qualquer autonomia. É nesse sentido que segue o artigo 242, situado no capítulo dos direitos e deveres da mulher, o qual taxava o que a mulher não podia fazer sem autorização do marido, dentre eles, exercer profissão (artigo 242, VII).

Muitos são os artigos que remetem ao patriarcado e corroboram a ideia de que a liberdade e autonomia da mulher sempre lhe foi tolhida, contudo apenas alguns dos artigos foram aqui retratados. Por fim, importante mencionar o artigo 414 do Código Civil de 1916, haja vista que tal disposição se manteve no atual Código Civil, com redação um pouco diferente.

Mencionado artigo dispunha que poderiam excusar-se da tutela as mulheres, pois quis o legislador que esta se dedicasse majoritariamente ao lar e à família.

Já no Código Civil de 2002 há poucos artigos que nos remontam a ideia do patriarcado, sobretudo pela influência sofrida pela Constituição Federal de 1988, a qual trouxe importantes conquistas e postulou a igualdade entre homens e mulheres.

A Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962, conhecida popularmente como “Estatuto da Mulher Casada”, foi importante para a evolução da situação jurídica da mulher casada, pois além de resgatar as mulheres da condição de relativamente incapazes, deixou de exigir a autorização do marido para o exercício da profissão, para estabelecer domicílio fora do lar conjugal, dentre outros.

Após alguns anos, a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, conhecida popularmente como “Lei do Divórcio” também serviu como fundamento para futuras emancipações, viabilizando à época a realização do divórcio após transcorridos três anos da separação judicial, o que foi considerado um avanço, haja vista que até então era permitida apenas a separação, que não colocava fim ao casamento, mas tão somente afastava os efeitos civis.

É fato que tais conquistas não poderiam ser deixadas de lado com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual foi um divisor de águas, pois conferiu igualdade formal a homens e mulheres.

É nesse contexto que o Código Civil atual foi criado, sob forte influência dos movimentos feministas e, por consequência, resguardando mais direitos. Por outro lado, ainda é possível identificar alguns resquícios do sistema patriarcal em alguns artigos.

A exemplo disso, temos o disposto na seção dos prazos da prescrição, no artigo 206, §2º, do atual Código Civil, o qual dispõe que prescreve em dois anos a pretensão de executar as prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem, sendo que, anteriormente, era de cinco anos o prazo (artigo 178, §10, I, do Código Civil de 1916).

A crítica que se faz concerne a redução do prazo prescricional para execução dos alimentos. É fato que os alimentos são personalíssimos e usualmente prestados aos filhos incapazes, contra quem não corre prescrição (artigo 198, I, do atual Código Civil), contudo, ainda assim, a minoração do prazo é prejudicial, haja vista que o filho terá menos tempo para buscar o ressarcimento das parcelas vencidas e não pagas durante sua menoridade.

Outro exemplo dos resquícios do patriarcado no nosso ordenamento jurídico atual é o artigo 1.573, parágrafo único, o qual dispõe que o juiz poderá considerar outros fatos que tornem impossível a continuidade da vida em comum. O que se percebe do disposto neste artigo é que, apesar da Emenda Constitucional 66/2010 pôr fim a discussão de culpa no casamento, é possível que o juiz, a seu critério subjetivo, identifique “outros fatos”, valorando-os se impossibilitam ou não a vida em comum.

Já os artigos 1.597 e 1.600 do atual diploma civil dispõem quanto à presunção da paternidade dos filhos concebidos na constância do casamento, bem como que não basta o adultério da mulher para ilidir a presunção legal da paternidade, intensificando o dever de fidelidade da mulher em detrimento ao do homem e corroborando a ideia arcaica de que a manifestação da mulher não tem qualquer valor.

Nesse sentido é a crítica de Maria Berenice Dias:

A menos-valia da mulher resta clara ao não ser concedida qualquer credibilidade à sua palavra. Não basta a esposa ter cometido adultério. Ainda que confesse a infidelidade e negue a filiação, isso de nada serve para afastar a presunção legal da paternidade (CC, 1.600). Ora, em época em que a identificação do vínculo biológico já obtém índices tão significativos por meio do exame do DNA, nada justifica tal desprestígio à mulher.¹⁰

Além disso, com essa mesma influência segue o artigo 1.601, o qual faculta ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos a qualquer tempo, sendo imprescritível tal ação, lançando ao limbo a afetividade, princípio tão valorizado no direito contemporâneo.

Chegando ao fim da análise, verifica-se que o artigo 1.736 traz no rol dos que podem escusar-se da tutela as *mulheres casadas* (artigo 1.736, I), quase que da mesma maneira que dispunha o ultrapassado Código Civil de 1916, a diferença é que neste as *mulheres* no geral poderiam escusar-se da tutela. Daí, extrai-se uma possível interpretação do que pretende o legislador: que as mulheres (casadas) possam recusar o encargo pelo simples fato de ser mulher, remetendo a ideia de que devem priorizar o lar e de que devem se subordinar ao marido. Para Maria Berenice Dias, referida disposição traz “o ranço do regime de submissão, que condicionava a vontade da mulher à vênia do marido, tanto que o simples fato de ela ser casada autoriza a declinar do encargo”¹¹.

Depreende-se, portanto, que os movimentos feministas foram importantes para as conquistas obtidas atualmente, exemplo disso são os reflexos do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962), da Lei do Divórcio (Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977) e da Emenda 66/2010.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 151.

¹¹ *Loc. cit.*

O direito e a solidariedade familiar no fim da conjugalidade sob uma perspectiva feminista

É importante a análise do princípio da solidariedade no caso, pois a possibilidade de pleitear alimentos após o divórcio subsiste, contudo, tal viabilidade/possibilidade “está amparada no princípio da solidariedade social, até porque o vínculo de família não existe mais”¹².

Em princípio, após o divórcio e, por consequência, extinto o vínculo conjugal, não haveria que se falar em prestação de alimentos, pois não há mais a obrigatoriedade do cumprimento dos deveres inerentes ao casamento, contudo, amparado no dever de mútua assistência, e não mais no princípio da solidariedade familiar, é possível que o ex-cônjuge pleiteie alimentos, ainda que após a ruptura da conjugalidade.

Referidos alimentos são chamados por Flávio Tartuce de alimentos “pós-divórcio”¹³.

Há dois posicionamentos sobre a questão. O entendimento majoritário é pela impossibilidade de pleitear alimentos após o divórcio, por não existir mais o vínculo familiar, que sustenta a obrigação alimentar.

Por outro lado, a corrente encabeçada por Maria Berenice Dias, adotada parcialmente por Flávio Tartuce, entende ser possível pleitear alimentos após a dissolução do vínculo, se configurada a situação descrita nos artigos 1.694, §2º, e 1.704, parágrafo único, amparado pelo princípio da solidariedade social¹⁴.

Para Maria Berenice Dias, “findo o casamento, perdura o dever de mútua assistência e a obrigação alimentar após sua dissolução. Apesar de a lei não admitir tal expressamente, não se pode chegar a conclusão diversa”¹⁵ e continua, no sentido de que o dever alimentar “cessa somente pelo novo casamento do beneficiário. Como só há a possibilidade de novo matrimônio após o divórcio, está claro que persiste o encargo mesmo estando os cônjuges divorciados”¹⁶.

Nesse mesmo sentido, Sérgio Gischkow Pereira, que também compõe o entendimento minoritário sobre o tema, é enfático quanto à possibilidade de se pleitear os alimentos pós-divórcio: “acho sério equívoco absolutizar a asserção de que, após decretado o divórcio, não é mais lícito pedir alimentos. Trinta, quarenta, cinquenta anos de casamento não podem ser reduzidos à eficácia zero apenas porque foi decretado o divórcio”¹⁷.

Denota-se, portanto, que o princípio da solidariedade familiar também é uma forma de concretizar o princípio da dignidade humana.

Apesar deste ser o entendimento minoritário, surgiu em 2013 ementa do Superior Tribunal de Justiça embasando a tese:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE ALIMENTOS DEDUZIDA EM FACE DE EX-CÔNJUGE - AUSÊNCIA DE PEDIDO DE FIXAÇÃO DO ENCARGO NO DIVÓRCIO LITIGIOSO - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA E RENÚNCIA TÁCITA RECONHECIDAS NA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU - MANUTENÇÃO DA EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (ART. 267, VI, DO CPC), PELO ACÓRDÃO LOCAL. INSURGÊNCIA DA ALIMENTANDA. 1. Tese de violação ao art. 1.704 do Código Civil. Acolhimento. Alimentos não pleiteados por ocasião do divórcio litigioso. Requerimento realizado posteriormente. Viabilidade. Impossibilidade jurídica afastada. Renúncia tácita não caracterizada. 2. Não há falar-se em renúncia do direito aos alimentos ante a simples inércia de seu exercício, porquanto o ato abdicativo do direito deve ser expresso e inequívoco. 3. Em atenção ao princípio da mútua assistência, mesmo após o divórcio, não tendo ocorrido a renúncia aos alimentos por parte do cônjuge que, em razão dos longos anos de duração do matrimônio, não exercera atividade econômica, se vier a padecer de recursos materiais, por não dispor de meios para suprir as próprias necessidades vitais (alimentos necessários), seja por incapacidade laborativa, seja por insuficiência de bens, poderá requerê-la de seu ex-consorte, desde que preenchidos os requisitos legais. 4. Recurso especial provido, a fim de afastar a impossibilidade jurídica do pedido e determinar que o magistrado de primeiro grau dê curso ao processo.¹⁸

¹² TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 15.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, p. 15.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 601.

¹⁶ *Loc. cit.*

¹⁷ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, união estável, tutela e curatela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 162.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.073.052*. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgado em 11 de junho de 2013. (grifo nosso).

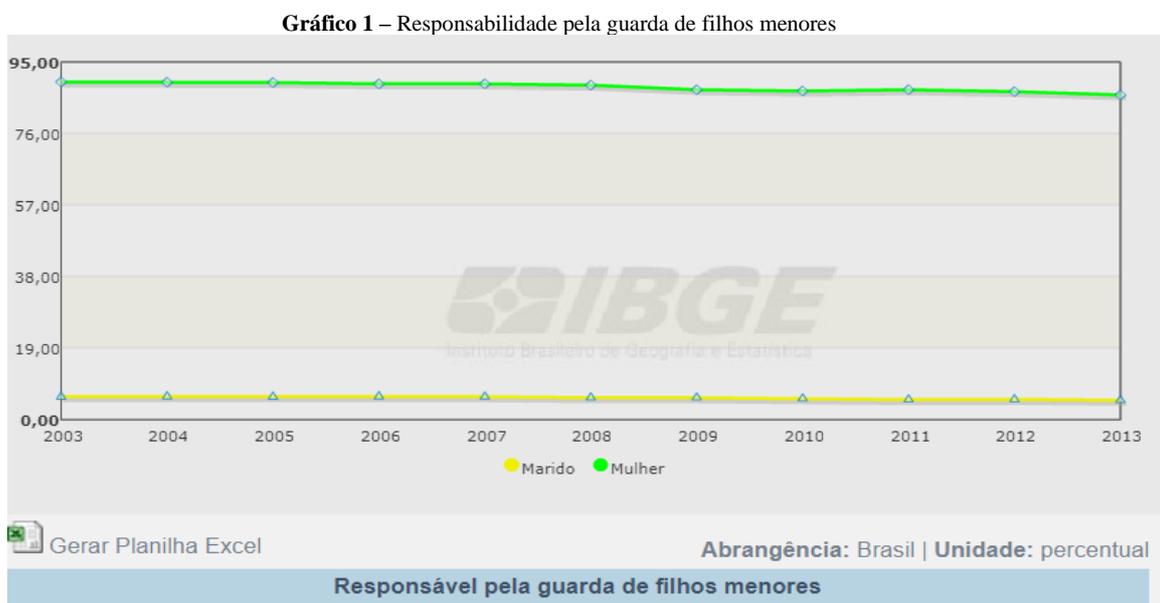
Depreende-se, portanto, que apesar de se tratar de uma corrente minoritária, encontra guarida na jurisprudência a tese dos alimentos “pós-divórcio”, assim denominado por Flávio Tartuce¹⁹ e adotado por Maria Berenice Dias²⁰.

O recorte feito neste artigo não abordará a questão de raça, limitando-se a questão de classe social.

A desvantagem da mulher no mercado de trabalho é histórica. Após anos de luta e reivindicações, as mulheres conseguiram frequentar cursos de ensino superior, ocupar cargos de chefia em grandes empresas, conquistaram autonomia e foram cada mais desvencilhadas da concepção de não ser um bom “investimento” para empresas porque engravidam, contudo, ainda hoje é inegável a discrepância salarial entre homens e mulheres que ocupam o mesmo cargo.

Os dados de 2003 a 2013 mostram que na maioria dos casos de divórcio que envolvem menores de idade no Brasil são as mães as guardiãs²¹, isso, por consequência, impõe maiores responsabilidades para quem possui o encargo, prejudicando, via reflexa, o aspecto profissional.

Nesse sentido, o Gráfico 1 extraído do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística corrobora os dados acima²²:



Denota-se, portanto, que as mulheres, sobretudo as de classe média baixa, possuem dificuldade de inserção no mercado de trabalho não só pela ausência de oportunidades de qualificação profissional quando mais jovens, mas também por terem responsabilidades extras, como guarda, cuidado do lar, dentre outros.

Verifica-se, ademais, que as ações de divórcio têm aumentado consideravelmente no país²³ e, por consequência, crescem também os pleitos de alimentos entre ex-cônjuges, motivo pelo qual merece atenção especial a análise do perfil social das mulheres que pleiteiam alimentos em demandas de divórcio e dissolução de união estável.

¹⁹ Op. cit., 2019, p. 632

²⁰ Op. cit., 2017, p. 601.

²¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Séries históricas e estatísticas: divórcios – responsável pela guarda de filhos menores*. Disponível em: <https://serieestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=10&op=0&vcodigo=RGC403&t=divorcios-responsavel-pela-guarda-filhos-menores>. Acesso em: 1 nov. 2020.

²² Ibid.

²³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estatísticas do Registro Civil 2018*. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/registro-civil/quadros/brasil/divorcios>. Acesso em: 1 nov. 2020.

Recorte social quanto as mulheres que pleiteiam alimentos em demandas de divórcio e dissolução de união estável

Como analisado no subtópico acima, os casos de divórcio vêm aumentando no Brasil, pelos mais variados motivos. Os alimentos entre ex-cônjuges tendem a ser pleiteados pelas mulheres a fim de manter o padrão de vida vivenciado durante o casamento, pois muitas vezes abdicam de sua vida profissional em favor da família ou, quando após muitos anos de casados encontram-se em idade mais avançada para se recolocarem no mercado de trabalho.

Verifica-se dos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que os divórcios de mulheres acima dos 55 (cinquenta e cinco) anos na data da prolação da sentença vem aumentando, assim como das mulheres da faixa etária dos 25 (vinte e cinco) aos 39 (trinta e nove) anos, conforme se extrai da tabela abaixo, extraída das Estatísticas do Registro Civil de 2018, referente aos anos de 2016, 2017 e 2018, respectivamente representados na Tabela 1²⁴.

Tabela 1 – Idade da mulher na data da sentença do divórcio em 2016, 2017 e 2018

Idade da mulher na data sentença			
Menos de 20 anos	2 620	2 542	2 380
20 a 24 anos	19 095	20 418	21 464
25 a 29 anos	34 335	35 887	37 291
30 a 34 anos	45 582	48 235	49 305
35 a 39 anos	46 985	52 858	56 046
40 a 44 anos	38 095	42 724	45 685
45 a 49 anos	29 359	32 330	34 873
50 a 54 anos	21 383	23 665	24 750
55 a 59 anos	13 099	14 253	15 528
60 a 64 anos	7 711	8 477	9 539
65 a 69 anos	4 001	4 381	4 957
70 a 74 anos	1 498	1 546	1 839
75 anos ou mais	792	868	958
Idade ignorada	2 713	6 924	1 761

Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Verifica-se, como já dito, que o número de mulheres mais jovens, em especial de 25 a 39 anos, vem aumentando, isto pode impactar nas ações de divórcios/dissolução de união estável com pleito de alimentos pois, apesar de jovens, muitas vezes, abdicaram da vida profissional por longo período para se dedicarem ao lar e aos filhos e, apesar da capacidade etária, possuem dificuldade para adentrar no mercado de trabalho pela ausência de qualificação profissional em razão do período que ficaram afastadas dedicando-se à família.

Da mesma forma, verifica-se que o número de divórcio de mulheres mais velhas, mormente acima dos 55 (cinquenta e cinco) anos também vem crescendo nos últimos anos e pode impactar nas ações de divórcio/dissolução de união estável com pleito de alimentos, isto porque, em razão da idade mais avançada, encontram dificuldade em se recolocar no mercado de trabalho, sobretudo após anos de abdicção em favor do lar.

Nota-se de dados extraídos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística que o tempo decorrido entre as datas do casamento e da sentença também vem crescendo nos períodos de união que são mais comuns haver o pleito de alimentos, sendo eles (i) quando o casal permaneceu junto por poucos anos (de 5 a 10 anos, em média) – via de regra, divórcio/dissolução de união de pessoas mais jovens – e (ii) quando o casal permaneceu

²⁴ Ibid.

junto por muitos anos (mais de 26 anos) – via de regra, caso de união de pessoas mais velhas –, conforme Tabela 2, nos períodos de 2016, 2017 e 2018, respectivamente²⁵.

Tabela 2 – Tempo transcorrido entre as datas do casamento e da sentença em 2016, 2017 e 2018

Tempo transcorrido entre as datas do casamento e da sentença			
Menos de 1 ano	5 340	5 738	6 413
1 ano	11 654	12 829	13 105
2 anos	13 302	15 514	16 807
3 anos	13 767	15 792	17 602
4 anos	14 125	15 136	16 859
5 anos	12 857	14 753	15 471
6 anos	11 811	13 606	15 108
7 anos	11 736	12 482	13 820
8 anos	11 542	12 050	12 324
9 anos	10 650	11 658	12 090
10 a 14 anos	41 746	45 574	49 180
10 anos	9 960	10 599	11 646
11 anos	9 066	9 908	10 601
12 anos	8 521	9 189	9 751
13 anos	7 284	8 528	8 869
14 anos	6 915	7 350	8 313
15 a 19 anos	32 226	33 888	34 745
15 anos	6 969	7 285	7 194
16 anos	7 239	7 083	7 091
17 anos	6 447	7 303	6 930
18 anos	5 913	6 334	7 226
19 anos	5 658	5 883	6 304
20 a 25 anos	27 794	29 877	30 651
20 anos	5 262	5 790	5 928
21 anos	5 183	5 362	5 543
22 anos	4 783	5 137	5 035
23 anos	4 477	4 922	4 976
24 anos	4 168	4 495	4 732
25 anos	3 921	4 171	4 437
26 anos ou mais	46 147	48 185	50 560
Sem declaração	2 571	8 026	1 641
Fonte: IBGE - Estatísticas do Registro Civil - 2018			

Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Neste último caso, o longo período de união corrobora a necessidade dos alimentos pelas mulheres acima de 55 (cinquenta e cinco) anos em razão do tempo fora do mercado de trabalho.

Ressalte-se que apesar das pesquisas realizadas, foi possível tão somente extrair dados do perfil biológico (idade) e tempo da união entre a data do casamento e da prolação da sentença para fazer uma análise, não sendo possível extrair dados concretos de quantas delas efetivamente pleitearam alimentos na ação de divórcio ou dissolução de união estável, sobretudo por se tratar de ações que tramitam em segredo de justiça.

De maneira extensiva, pode-se extrair um recorte social quanto as mulheres que pleiteiam alimentos, ou seja, mulheres jovens, que buscam manter o padrão de vida experimentado durante a união e mulheres mais velhas, em razão da abdicação por anos a fio de sua carreira profissional, necessitando do auxílio do ex-cônjuge para sobreviver após o término do relacionamento ante a dificuldade de se recolocar no mercado de trabalho, nem que seja com a fixação dos alimentos sobre porcentagem da aposentadoria percebida pelo ex-cônjuge/companheiro.

Vale pontuar, por fim, que, no contexto vivenciado, verifica-se que a pandemia de COVID-19 impôs o aumento das relações pessoais e obrigou a família a ficar mais próxima, pois os membros passaram a ficar majoritariamente no âmbito doméstico, por consequência, os divórcios aumentaram em 18,7%²⁶, mormente os extrajudiciais, em razão da facilidade trazida pelo Provimento n. 100, de 26/05/2020 do Conselho Nacional de Justiça, que possibilitou a realização de atos notariais por meios eletrônicos (e-notariado). Além dos divórcios, houve um aumento no índice de desemprego que pode impactar no pleito de alimentos entre ex-cônjuges/companheiros.

²⁵ Ibid.

²⁶ MELO, Karine. *Cartórios registram aumento de 18,7% nos divórcios durante a pandemia*. Agência Brasil, Brasília, 22 jul. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-07/cartorios-registram-aumento-de-187-nos-divorcios-durante-pandemia>. Acesso em: 2 nov. 2020.

O alcance do feminismo para a classe que predominantemente pleiteia alimentos

Como o objetivo é trazer de maneira sucinta panorama geral sobre o tema, as características dos alimentos não foram aqui abordadas, priorizando o debate sobre o instituto dos alimentos sob a perspectiva feminista.

Como dito anteriormente, os discursos oriundos dos movimentos feministas não atingem de forma igualitária todos os grupos de mulheres, porquanto há que se considerar as especificidades para fins de proteção e promoção de direitos.

O discurso de um feminismo classista, por exemplo, não pode trazer a mesma abordagem para uma mulher de classe baixa e uma mulher de classe média alta, pois as demandas não são as mesmas. Via de regra, as mulheres pobres têm pouco tempo no dia, especialmente em razão da dupla jornada de trabalho, obstaculizando que o discurso feminista chegue até elas, por isso, o alcance deve se amoldar.

Neste tocante, importante ressaltar uma outra questão, a do acesso à justiça, não como o ingresso através do exercício do direito de ação em si, mas o efetivo acesso concernente à prestação jurisdicional do início ao fim, isto porque em que pese a existência das Defensorias Públicas e dos Convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em lugares que não são atendidos pela Defensoria, o direito parece distante.

No caso dessas demandas, nota-se um movimento que as mulheres, muitas vezes, deixam de pleitear alimentos pela ineficácia do pedido.

Percebe-se de todo o exposto, que as mulheres conquistaram direitos, contudo, o movimento mais conservador tende a voltar sazonalmente com mais força. Como num movimento cíclico, a história se repete.

É perceptível que ainda hoje as mulheres sofrem desvalorização salarial exercendo a mesma função que os homens, o que atrasa sua plena autonomia financeira e, por consequência, sua independência.

Dessa forma, em que pese a luta diária das mulheres, verifica-se que a crítica feminista encontra fundamento no sentido de que, não obstante o movimento sustentar igualdade, autonomia financeira da mulher, não submissão, dentre tantas outras pautas que pressupõem maior liberdade da mulher, o cenário vivenciado nos mostra que as condições não são as mesmas.

Embora seja reconhecida a importância da escalada realizada até aqui, as mulheres ainda se encontram muito atrás em direitos e em igualdade material em relação aos homens, ficando prejudicadas com o fim da conjugalidade. Em outras palavras, o movimento feminista existe não porque as mulheres querem, mas porque precisam.

O limite do princípio da solidariedade e a crítica feminista

Durante todo este artigo vários aspectos foram abordados como base para desenvolver este tópico. Foi explanada a história do movimento feminista, suas conquistas e o seu impacto na construção do direito. A maior vitória, no direito brasileiro, certamente veio com a promulgação da Constituição Federal de 1988, positivando a igualdade formal entre homens e mulheres, revolucionando, assim, o direito de família. Ao menos no plano legislativo, o papel dado à mulher no que tange ao direito de família, sempre secundário, periférico, foi deixado de lado. Educação, autonomia patrimonial, igualdade na condução da sociedade conjugal, dentre outras situações adentraram no nosso ordenamento jurídico.

A Constituição Federal também revolucionou o direito de família em relação aos alimentos, através da ampliação do princípio da solidariedade, no sentido de que os alimentos deveriam observar o padrão de vida.

Porém, mesmo diante das grandes conquistas angariadas pelo movimento feminista como a inserção no mercado de trabalho e o desenvolvimento autonomamente (sem a necessidade de autorização) de atividades laborativas remuneradas, ainda há desigualdade em relação a ocupação de cargos de chefia e direção, bem como desigualdade salarial.

Nota-se uma desvalorização da mão de obra feminina, com discrepância salarial patente, sujeitando financeiramente mulheres até hoje a figura de um homem, pai ou marido, via de regra.

Interligando essa situação com o direito de família e os alimentos, extrai-se que o maior número de demandantes nas ações alimentícias é do sexo feminino, vez que elas não conseguem sobreviver com seus próprios ganhos, notadamente pela discrepância salarial.

Esse o ponto central deste trabalho: a realidade é o oposto do que está preconizado na lei. A mulher não está em condições equânimes em relação ao homem: *(i)* há desigualdade salarial; *(ii)* há necessidade de realizar a dupla jornada; *(iii)* as mesmas cobranças do passado em relação ao seu comportamento são mantidas, sobretudo quanto a ser uma boa esposa, boa dona de casa, boa cozinheira, boa mãe, boa “cuidadora de marido”, dentre tantos outros papéis que sempre foram impostos e não escolhidos pela mulher; *(iv)* o crescimento da violência que pode ser refletido na constante necessidade de se criar lei específica para combate (Lei Maria da Penha) e até crimes específicos, como o feminicídio.

Diante disso, dos reflexos do passado nos dias de hoje, a maioria esmagadora de pedidos de alimentos figura como demandante a mulher.

Dentro desse cenário, que desdiz o que está na legislação, há uma grande dicotomia entre os anseios do feminismo e a realidade que se impõe: de um lado, numa abordagem feminista, os alimentos não deveriam sequer existir, uma vez que a igualdade deveria imperar em nossa sociedade e eventuais distorções deveriam ser corrigidas pelo Estado (melhor distribuição de renda); de outro lado, como esse cenário todo é distante, o instituto dos alimentos é um “mal necessário” para tentar amparar as mulheres e corrigir as distorções criadas pelos fatores acima expostos.

É por isso que, sob uma ótica feminista, critica-se o limite temporal imposto pelo entendimento jurisprudencial no sentido de que não é possível o pleito de alimentos após o fim da conjugalidade ou, ainda, após o prazo disposto na decisão judicial de mérito que fixa alimentos entre ex-cônjuges.

Ora, há todo um contexto de desigualdade entre homens e mulheres que, caso seguindo nosso atual sistema social e econômico, levará décadas para se equilibrar. À mulher sempre são atribuídas tarefas e papéis que os homens têm o costume de se esquivar. Todos esses fatores influenciam na vida profissional da mulher, que muitas vezes necessita abdicar do tempo em que poderia investir em sua qualificação para cuidar da casa, exercer o encargo de guardiã dos filhos, dentre outros. A longo prazo, após o fim da conjugalidade, esses fatores sempre pesarão, de modo que necessitarão de suporte material.

Por essa razão, numa crítica feminista, por ter que sempre abdicar de sua vida profissional em prol do lar e da família, o limite temporal para o pleito de alimentos fere o dever de solidariedade familiar imposto pela Constituição Federal, desamparando as mulheres.

Conclusão

Diante do que foi exposto, pode-se chegar às conclusões que serão expostas a seguir.

Em primeiro lugar, há que se ressaltar a importância do movimento feminista para a conquista de direitos fundamentais às mulheres: participação na vida política social (votar e ser votada), educação, melhores condições de trabalho e autonomia para trabalhar sem autorização do marido, dentre tantos outros.

No Brasil, os reflexos do movimento feminista são mais visíveis no século XX, período em que diversas normas foram editadas a fim de mitigar o papel secundário que o direito sempre conferiu à mulher, como por exemplo a elaboração do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962), Lei do Divórcio (Lei

n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977) e a Carta das Mulheres aos Constituintes, em 1986, culminando com a promulgação da Constituição Federal/88 cuja premissa é a igualdade entre homem e mulher, em todos os âmbitos.

A Carta Magna estabeleceu um novo conceito de família pautado por princípios como solidariedade, igualdade, dignidade da pessoa humana, afetividade, dentre outros, os quais traduzem uma família plural, aberta e não patriarcal (ao menos no plano legal). Ademais, diversos modelos de família que são consubstanciados no casamento foram aceitos pelo direito, tal como a união estável, a família monoparental e, posteriormente, outros.

Importante salientar que o direito brasileiro não faz mais distinção entre o casamento e a união estável, exceto quanto a forma de constituição (formalidade *versus* informalidade), mas para fins de proteção do Estado, são iguais (não há hierarquia entre modelos de família). A família constitucionalizada tem caráter eudemonista, sendo o *locus* de realização pessoal e desenvolvimento da personalidade humana, um espaço democrático, plural, igualitário, livre, em que todos os membros se vinculam pelo afeto e solidariedade.

De outro giro, concluiu-se que, apesar dos debates no âmbito da doutrina divergirem sobre a possibilidade, há tendência jurisprudencial no sentido de não se admitir alimentos entre ex-cônjuges/companheiros após o fim da conjugalidade, salvo comprovada extrema necessidade, independentemente de ser usado o termo “renúncia” ou “dispensa” no ato do divórcio/dissolução, fundamentando-se no dever de mútua assistência, e não mais na solidariedade.

Além disso, foram apresentados dados e questões relevantes sobre a autonomia financeira da mulher e o recorte da classe que predominantemente pleiteia alimentos, concluindo-se, em tom negativo, que, mesmo com tantos avanços no campo legal, a mulher ainda se mostra dependente financeiramente do marido/companheiro. Assim, em que pese essa revolução no direito brasileiro, a igualdade consagrada constitucionalmente e replicada no Código Civil vigente não teve o mesmo impacto no plano social.

Relacionando os temas acima (família na nova ordem constitucional, direito aos alimentos e a realidade paralela ao que determina a legislação), os dados apresentados apontam para dois perfis de mulheres que pleiteiam alimentos: quando se tratam de mulheres jovens (de 25 aos 39 anos), que buscam, apesar do pouco tempo de união (de 05 a 10 anos, em média), manter o padrão de vida experimentado, e em relacionamentos que duraram mais de 26 anos, quando se tratam de mulheres mais velhas (acima de 55 anos).

No primeiro caso, verifica-se uma tendência da manutenção dos alimentos numa busca da mulher em manter o padrão desfrutado durante a convivência, mormente em razão da abdicação em prol da família e da própria qualificação profissional até que consiga se recolocar no mercado.

Já no segundo caso, em se tratando de longos anos de união e de mulheres mais velhas, verifica-se a maior incidência do pedido de alimentos a fim de garantir a subsistência da parceira que deixou de se qualificar profissionalmente por muitos anos, bem como em razão da idade avançada para retornar ao mercado de trabalho, além de problemas de saúde que costumam surgir, dentre outros fatores que dificultam a fixação dos alimentos por período determinado para esta situação.

Diante disso conclui-se que o feminismo não atinge a todas da mesma forma (com o mesmo discurso), devendo se amoldar as vivências de cada classe social.

Repita-se, os movimentos feministas foram de extrema importância para a conquista de direitos civis, contudo, o direito ainda tem muito a caminhar a fim de garantir uma emancipação real da mulher, isto porque, ainda hoje, é utilizado como instrumento de dominação, sobretudo por ser escrito e formulado majoritariamente por homens.

A igualdade formal já foi garantida constitucionalmente há muito, entretanto, a igualdade material está longe de ser alcançada.

O país caminha a lentos passos e como já exposto, parece que os movimentos conservadores tendem a retomar ciclicamente com mais força após transcorrido um decurso de tempo.

Daí, no que tange ao ponto central, extraem-se algumas críticas feministas: em que pese ser positivada a igualdade entre homem e mulher no plano legal, o que pressupõe a desnecessidade de alimentos, no plano real e social, mostra-se o diverso, ou seja, as mulheres não possuem as mesmas condições financeiras que os homens e, portanto, ficam prejudicadas com o fim da conjugalidade, se prestando a serviços de menor renda e informais.

De tudo o que foi exposto, outra crítica feminista que se faz concerne ao limite temporal (e do princípio da solidariedade) da obrigação alimentar decorrente do fim da conjugalidade.

O direito aos alimentos decorre do rompimento da sociedade conjugal ou dissolução da união estável. Segundo a jurisprudência, conforme apontado neste trabalho, há um limite temporal: a impossibilidade de se pleitear alimentos tempos após o divórcio ou o trânsito em julgado da sentença de reconhecimento e dissolução da união estável.

Por conta disso, reitera-se a crítica no sentido de que não deveria haver nenhum limite temporal para se pleitear alimentos após o fim da conjugalidade, uma vez que num cenário mundial em que há dependência da mulher para com o homem, desigualdade salarial, meios reduzidos de auferir renda, dupla jornada, dentre outros fatores que demonstram que a mulher tem maior probabilidade de ser levada a uma situação de necessidade.

Outras críticas feministas sobre essa situação específica se confirmam em algumas constatações feitas. Em suma, não deveria haver a obrigação de se prestar alimentos entre cônjuges, uma vez que essa situação traduz a histórica desigualdade entre homem e mulher (é certo que a lei prescreve que tal dever atinge tanto homem quanto mulher, todavia, os dados levantados apontam para o sentido contrário diante da dependência da mulher para com o homem), entretanto, o dever de prestar alimentos é um mal necessário para não deixar o ex-cônjuge/companheiro (em grande maioria as mulheres) desamparado.

Enfim, levando em consideração tal desigualdade, imprescindível o reconhecimento da extensão dos alimentos no fim da conjugalidade caso demonstrada a necessidade, isto porque não se tratam de estranhos, mas de pessoas que comungaram vidas, propósitos, viveram juntas com o intuito de que o “para sempre” durasse, não podendo, momentos depois, ainda que extinto o vínculo pelo divórcio ou dissolução da união estável, tratar com tanto desprezo o ex-cônjuge/companheiro, sob pena de violar a dignidade da pessoa humana.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.073.052*. Relator: Min. Marco Buzzi. Julgado em 11 de junho de 2013.

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

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DUARTE, Constância Lima. Feminismo: uma história a ser contada. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de et al. (org.). *Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto*. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2019. p. 29-50

FEDERICI, Sílvia. O feminismo e a política dos comuns. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de et al. (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2019. p. 10-21

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estatísticas do Registro Civil 2018*. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/registro-civil/quadros/brasil/divorcios>. Acesso em: 1 nov. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Séries históricas e estatísticas: divórcios – responsável pela guarda de filhos menores*. Disponível em: <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=10&op=0&vcodigo=RGC403&t=divorcios-responsavel-pela-guarda-filhos-menores>. Acesso em: 1 nov. 2020.

MELO, Karine. *Cartórios registram aumento de 18,7% nos divórcios durante a pandemia*. Agência Brasil, Brasília, 22 jul. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2020-07/cartorios-registram-aumento-de-187-nos-divorcios-durante-pandemia>. Acesso em: 2 nov. 2020.

MELO, Luciana Grassano de Gouvêa; PONTES, Ana Carolina Amaral de. A hermenêutica jurídica e o feminismo: interpretação normativa e desconstrução do patriarcado. In: FERRAZ, Carolina Valença (org.). *Manual jurídico feminista*. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A desigualdade dos gêneros, o declínio do patriarcalismo e as discriminações positivas. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 2-25 out. 1997, Belo Horizonte. *Anais* [...]. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 164. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/57.pdf>. Acesso em: 8 set. 2020.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, união estável, tutela e curatela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PITANGUY, Jacqueline. A carta das mulheres brasileiras aos constituintes: memórias para o futuro. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de *et al.* (org.). *Pensamento feminista brasileiro: formação e contexto*. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2019. p. 84-93

SILVA, Salette Maria da. Feminismo jurídico: uma introdução. *Cadernos de Gênero e Diversidade*, v. 4, n. 1, p. 83-102, jan./mar. 2018. p. 90. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/cadgendiv> 83-102. Acesso em: 8 set. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

UNIÃO DOS VEREADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Este mapa mostra o ano em que as mulheres tiveram o direito de votar em cada país do mundo*. Portal de notícias, 10 mar. 2020. Disponível em: <https://uvsf.com.br/portal/noticias/este-mapa-mostra-o-ano-em-que-as-mulheres-tiveram-o-direito-de-votar-em-cada-pais-do-mundo/>. Acesso em: 4 nov. 2020.

Obras consultadas

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIAS, Maria Berenice. *Alimentos: direito, ação, eficácia, execução*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. *Tratado de direito das famílias*. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. cap. 1. p. 27-100.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Alimentos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil: família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 3. ed. São Paulo: 2016.

PIERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direitos de família*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. 27. ed. atual. por Francisco Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002.

O atual estado da arte do registro civil da pessoa intersexo

ANA LUIZA BACIC DE CARVALHO

Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA)

EDUARDO SERPA ROCCHI

Graduado pelo curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA) e assistente judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

MARCIA MARIA MENIN

Mestre em direito civil pela Universidade de São Paulo (USP). Doutoranda em filosofia do direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora de direito civil do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Advogada.

Resumo: O presente estudo destina-se a apresentar o atual estado da arte do registro civil da pessoa intersexo partindo-se, para tanto, da exposição de algumas questões médicas acerca da intersexualidade e sua consequência na área do Direito, notadamente no que se refere às últimas modificações quanto ao registro civil dos indivíduos intersexuais. Para esse propósito, foi realizada revisão de literatura específica sobre o tema de onde se infere que, a despeito de consideráveis retrocessos, gradualmente, esse grupo historicamente excluído alcança direitos indispensáveis para exercício de seu direito à identidade.

Palavras-chave: Intersexualidade. Registro civil. Redesignação sexual. Provimento 122/2021 CNJ. Direito à identidade.

Abstract: The present study is intended to present the current state of the art of the civil registry of the intersex person, starting, therefore, with the exposition of some medical questions about intersexuality and its consequences in the area of Law, notably with regard to the latest modifications to the civil registry of intersex individuals. For this purpose, a specific literature review was carried out on the subject from which it is inferred that, despite considerable setbacks, this historically excluded group gradually achieves indispensable rights for the exercise of their right to identity.

Keywords: Intersexuality. Civil registry. Sex reassignment. Provision 122/2021 CNJ. Right to identity.

Introdução

De acordo com a Organização das Nações Unidas, cerca de 1,7% da população mundial possui algum grau de intersexualidade¹ e consoante Anne Fausto Sterling, pesquisadora americana, existem cerca de quarenta subdivisões intersexuais dentre a população assim definida.

Mesmo com um número expressivo de indivíduos intersexuais no mundo - cerca de centro e trinta e seis milhões – parcamente se aborda o assunto em questão, talvez, razão pela qual a pessoa intersexo é submetida a severos desgastes emocionais e psíquicos. O despreparo social com relação a este aspecto que a diferencia dos demais indivíduos componentes de uma sociedade flagrantemente binária e heteronormativa é um dos fatores preponderantes para a discriminação daqueles que são geneticamente diversos.

O sistema médico, ao que se pode averiguar, não se encontra preparado para lidar com aquele que nasce com características biológicas referentes aos dois sexos e, além disso, o sistema registral pouco esteve atento a tal questão, fato que evidencia que indivíduos intersexuais tradicionalmente viveram à margem social, notadamente à margem do Direito.

Diante disso, o objetivo do presente trabalho é trazer um esboço das principais problemáticas que envolvem o direito ao registro civil da pessoa intersexo sem desconsiderar o papel fundamental da medicina nesse processo.

Intersexo: conceito e breves considerações

É sabido que o padrão binário feminino/masculino é definido como constituição humana inserida nos arquétipos da normalidade biológica. Na mitologia grega, deuses de gênero indefinido eram cultuados; em tribos indígenas norte-americanas foram catalogados até cinco tipos de gênero aceitos, mas, a despeito de tais relatos,

¹ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Dia da visibilidade intersexo: enfrentar preconceito, discriminação e falta de informação*. Notícias, 26 out. 2020. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/97415-dia-da-visibilidade-intersexo-enfrentar-preconceito-discriminacao-e-falta-de-informacao>. Acesso em: 25 abr. 2022.

a maioria das populações organizou-se no padrão binário, o que certamente ocasionou, dentre outros fatores, a criação e manutenção do patriarcado. Ademais, o cristianismo e a defesa de que o sexo devia ser praticado apenas para fins de reprodução, sedimentou o entendimento segundo o qual aquilo que fugisse ao padrão binário, seria antinatural e o intersexual é o indivíduo que, naturalmente, afronta o binarismo.

Intersexual é o termo que denomina pessoas que nasceram com características biológicas femininas e masculinas, podendo possuir órgãos sexuais de ambos os sexos ou um prevalecendo-se sobre o outro. Além disso, podem apresentar diversas variações de características dos sexos masculinos e femininos, como, por exemplo, ter o aspecto físico de uma mulher, mas possuir cromossomos “XY”, que definem o sexo masculino².

Nos termos da Resolução 1.664/03 do Conselho Federal de Medicina, intersexualidade corresponde a “situações clínicas conhecidas no meio médico como genitália ambígua, ambiguidade genital, intersexo, hermafroditismo verdadeiro, pseudo-hermafroditismo (masculino ou feminino), disgenesia gonadal, sexo reverso, entre outras”. A mesma Resolução prevê ser necessário investigar precocemente a intersexualidade para que se adeque o corpo a determinado gênero.

As peculiaridades das pessoas intersexo podem ser vistas nos órgãos genitais, cromossomos, gônadas ou hormônios, que não atendem ao padrão binário dos corpos masculinos e femininos.

Alguns países já enxergam os intersexuais como um terceiro gênero³, o que lhes possibilita o registro público para que tenham seus direitos assegurados e desobriga médicos e familiares a decidirem qual sexo – masculino ou feminino - o recém-nascido intersexo terá. Isso porque a decisão sobre optar por um dos sexos culmina em procedimentos cirúrgicos que, futuramente, podem se mostrar catastróficos e irreversíveis, dado que podem não atender à identidade de gênero do intersexual.

Vistos por muito tempo como anomalias, rotulavam-se os intersexuais como hermafroditas ou andrógenos, todavia, atualmente sabe-se que hermafrodita consiste em termo incorreto para designar intersexuais, porquanto possui flagrante caráter vexatório. Antigamente o termo foi utilizado para fazer referência a indivíduos de espécies não-humanas que possuíam dois sistemas reprodutores em um mesmo organismo.

Enquanto transexuais são vítimas de preconceito e discriminação quando passam a se identificar com gênero diverso do sexo biológico - o que por vezes ocorre na adolescência - os intersexuais enfrentam o sistema inflexível e binário quando do nascimento. Os pais, que não sabem lidar com um recém-nascido que possui características sexuais ambíguas, acabam por socorrer-se da medicina que eventualmente sugere intervenções cirúrgicas que objetivam inserir os indivíduos intersexuais no citado padrão binário.

Ressalta-se, destarte, que os intersexuais sempre necessitaram e objetivaram liberdade e autonomia para praticarem sua auto identificação sem esbarrarem em dificuldades por ocasião do registro público do nascimento que tradicionalmente exigiu a definição do masculino/feminino. Ademais, a reivindicação também se encontra na não submissão às já citadas práticas cirúrgicas. O padrão binário categoriza a sociedade, mas ignora a existência de pessoas que, desde o nascimento, precisam enfrentar um sistema rigorosamente engessado.

Intersexualidade e medicina

A intersexualidade é identificada e debatida na medicina há muito tempo. A primeira identificação médica sobre intersexualidade é datada do século II a.C. momento em que Galeno, médico e filósofo grego, atribuía

² De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira: “Intersexual – É a pessoa que nasceu fisicamente entre (inter) o sexo masculino e o feminino, tendo parcial ou completamente desenvolvidos ambos os órgãos sexuais, ou um predominando sobre o outro. Popularmente conhecido como Hermafrodita”. Cf. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões*: São Paulo: Saraiva, 2015. ilustrado. p. 413.

³ Em dezembro de 2018 a Alemanha aprovou projeto de lei que introduz terceiro gênero no registro de nascimento, considerando, neste caso os indivíduos intersexuais. Assim, os formulários de registro passaram a incluir a opção “diverso/a”, que poderá ser apontado pelos pais do indivíduo intersexual.

espermatozoides masculinos ao testículo direito e femininos ao testículo esquerdo. Para Aristóteles, a intersexualidade, anteriormente chamada de hermafroditismo, era a existência de um sexo não funcional somado ao “verdadeiro” sexo.

Com avanços nas áreas de embriologia e fisiologia no século XX, as definições de intersexualidade foram se desenvolvendo e termos como “ambiguidade genital” e “desordem de desenvolvimento sexual” foram aparecendo.

De acordo com os saberes médicos, os indivíduos intersexo podem ser divididos em pseudo-hermafroditismo feminino e pseudo-hermafroditismo masculino. Os primeiros são indivíduos “46 XX” e que possuem úteros e ovários regulares, porém a dificuldade de determinar seu sexo se deve ao aumento de seu clitóris, o que se assemelharia à uma genitália masculina. Os segundos são indivíduos “46 XXY” que possuem testículos, mas o fenótipo em questão está em desacordo, e sua genitália tem um aspecto feminino.

Ressalta-se que em termos socioculturais o órgão genital define a vida de um sujeito, sua educação, suas relações e integrações afetiva e sexuais, e desse modo, quando se depara com uma possível indefinição de gênero, nota-se o abalo emocional pelo qual passam as famílias das pessoas intersexuais.

Nos anos 1950 e 1960 foi determinado o tratamento precoce de afirmação de gênero e, portanto, eram realizadas operações invasivas de reconstrução genital com a justificativa de que seria o mais adequado para o desenvolvimento psicossocial do indivíduo. Atualmente, os procedimentos cirúrgicos ainda são realizados para conceder um sexo à criança, o que é feito majoritariamente antes dos dezoito meses de vida, levando-se em conta o posicionamento dos responsáveis pelo bebê e dos médicos.

Uma criança intersexual, ao ter seu sexo e gênero definidos sem sua participação, por meio de tratamentos e cirurgias irreversíveis, tem consideráveis possibilidades de desenvolver em algum momento severos danos psicológicos, visto que quando adulta pode não se identificar com a escolha por outrem realizada.

A medicina, atualmente, justifica as intervenções e a necessidade de escolha do sexo do recém-nascido como as únicas formas de inclusão social, pois alegam que sem tais determinações, a criança encontrar-se-ia em um limbo que apenas será extinto pela adequação ao padrão binário de gênero.

Movimentos contrários às intervenções cirúrgicas que ocorrem sem a manifestação de vontade do indivíduo intersexo começaram a ganhar força também em razão dos tristes relatos dados pelas pessoas que passaram pela cirurgia de adequação sexual. Ao colocar em risco a vida de uma criança para adequá-la à binariedade despreza-se que é importante promover a valorização da qualidade de vida dos intersexuais e sua adaptação na sociedade para acolher todos os nascidos, sem distinções.

Nesse diapasão vale trazer à baila o caso Bruce/ Brenda/ David Reimer, mais conhecido como Jhon-Joan. Este episódio não se trata de uma pessoa intersexo, porém demonstra claramente a importância de se respeitar a identidade de gênero.

Bruce nasceu biologicamente com o sexo masculino e teve sua genitália completamente carbonizada após uma cirurgia malsucedida de fimose. Seus pais foram em busca de Dr. Money, um dos especialistas de definição de papéis sexuais e de gênero da época, que afirmou que o trauma vivido pela criança poderia ser diminuído se passasse por um tratamento que consistia em uma cirurgia de redesignação sexual e a mudança da família para uma cidade onde ninguém soubesse dos fatos. Após o início do tratamento, Bruce foi criado como Brenda, e desde sempre dava sinais que não se adaptou com a vivência do gênero feminino o que o fez crescer uma criança isolada e infeliz.

Em sua adolescência, toda sua real história foi descoberta e a partir deste ponto, começou o tratamento para retornar a seu sexo de nascença. David, chamado assim após sua transição, conseguiu, por um tempo, seguir

a vida normalmente; casou-se com uma mulher e assumiu os filhos dela, porém nunca conseguiu vivenciar a masculinidade de forma plena, e esta condição foi um dos fatores que o levaram ao suicídio aos trinta e sete anos de idade.

Este caso demonstra que o gênero não deve ser objeto de escolha a ser realizada por terceiros, porquanto é construção e identificação do indivíduo a partir de interações e vivências sociais. Ao impor à criança intersexo o binarismo masculino/feminino, violam-se seus direitos à liberdade e autodeterminação o que causa, evidentemente, danos irreversíveis à saúde psíquica do indivíduo intersexual.

Em sua exposição de motivos, a Resolução nº 1.664/2003 do Conselho Federal de Medicina que define as normas técnicas necessárias para o tratamento de pacientes portadores de anomalias de diferenciação sexual, afirma que a intersexualidade é uma urgência biológica e social. “Biológica, porque muitos transtornos desse tipo são ligados a causas cujos efeitos constituem grave risco de vida. Social, porque o drama vivido pelos familiares e, dependendo do atraso do diagnóstico, também do paciente, gera graves transtornos”⁴.

Assim, é ainda comum no Brasil a realização de cirurgias de definição sexual em recém-nascidos quando não há risco de morte. Para a definição sexual, a resolução exige aval de uma equipe composta de clínico geral ou pediatra, endocrinologista pediátrico, profissional de cirurgia, profissional de genética, psiquiatra e psiquiatra infantil. Referida normativa evidencia, ainda, que familiares, responsáveis legais e o próprio paciente devem estar cientes das questões envolvidas de modo a participar do processo de decisão da designação sexual.

Como se pode observar, os procedimentos médicos buscam designar o sexo dos bebês intersexuais ignorando a sua autonomia privada e violando ademais, seu direito à identidade sexual. Caso os procedimentos cirúrgicos sejam irreversíveis, imensuráveis serão os danos psicológicos que a pessoa intersexual sofrerá futuramente.

A cirurgia objetiva corrigir o “corpo rebelde” com cirurgias e reposição hormonal, de modo a poder categorizá-lo entre feminino e masculino e, nesse sentido, importa mencionar que não há, internacionalmente, nas regulamentações médicas, um consenso acerca da forma de como se deve lidar com crianças intersexo.

O gênero, porém, não pode ser definido simplesmente com intervenção cirúrgica, dado que a identidade de gênero é definida de acordo como a pessoa se identifica com relação ao sexo biológico que lhe fora designado quando do seu nascimento e, por conseguinte, referida identidade poderá ser feminina, masculina, não-binária, fluída e não está obrigatoriamente atrelada a biologia⁵. O símbolo “+” da sigla LGBTQIA+ pode, assim, incluir infinitas possibilidades de expressão de gênero, além de diversas orientações sexuais.

Diante disso, a identidade de gênero de um indivíduo não deve ser definida com base no sexo biológico, tampouco com procedimentos cirúrgicos que não levam em consideração a autodeterminação do sujeito. Trata-se de um processo pessoal e individual e, negar à pessoa referida autodeterminação de gênero, é negar-lhe também o direito à identidade e, assim, à dignidade humana.

O direito à identidade de gênero se atrela ao direito de personalidade, que são direitos essenciais ao desenvolvimento humano e que se apresentam em cada indivíduo em seus aspectos físicos, psíquicos e intelectuais. Inclui-se no direito da personalidade o direito ao nome, ao corpo, à imagem e à honra. A intervenção

⁴CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.664/2003*. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2003/1664_2003.pdf. Acesso em: 25 abr. 2022.

⁵ Nesse sentido, o Projeto de Lei do Senado nº 134/2018, que institui o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, define, em seu artigo 1º, parágrafo único, II, a identidade de gênero como: “a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos”. Cf.: BRASIL. Senado Federal. Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. *Projeto de lei do senado nº 134, de 2018*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7651070&ts=1630410582546&disposition=inline>. Acesso em: 25 abr. 2022.

cirúrgica, frisa-se, busca categorizar logo após o nascimento a pessoa intersexual em um gênero definido, ignorando o direito à identidade e à dignidade.

Pode-se alegar que a não categorização de uma pessoa intersexual entre feminino e masculino gerará situações vexatórias, e que tal fato não lhe garantirá uma vida digna, mas certamente será devastador na vida de uma pessoa intersexual se futuramente não se identificar com o gênero a ela predeterminado.

Assim, é de extrema importância que a medicina repense e, quiçá, reformule seu entendimento e posicionamento com relação ao indivíduo intersexual sob pena de ocasionar a violação de corpos em nome de uma categorização binária de gênero.

Intersexualidade e Direito

O art. 7º da Convenção sobre os Direitos da Criança aduz que toda criança deverá ser registrada logo após seu nascimento, tendo direito a um nome e, evidentemente, por ocasião do registro público de nascimento, o indivíduo passa a existir juridicamente e passa a ter acesso a direitos.

A emissão da certidão de nascimento ilustra o direito à identidade que todo indivíduo possui sendo que o ato registral deve assim, ao exprimir o direito à identidade, garantir o direito à dignidade. Foi o que se buscou com os Provimentos 02 e 03, do Conselho Nacional de Justiça, que, em 2009, eliminaram campos distintos para preenchimento do nome dos genitores, ante a grande quantidade de crianças registradas sem o nome do pai. O asterisco que preenchia o campo do pai ausente causava desconforto e humilhação.

Todavia, quando uma criança não nasce com o sexo biológico definido, não é possível categorizá-la como pertencente ao sexo feminino ou masculino, únicas opções até então viabilizadas pelo sistema registral.

Em 13 de setembro de 2021, buscando garantir dignidade e respeito à criança intersexual, passou a produzir efeitos o Provimento 122/2021 emitido pelo Conselho Nacional de Justiça. O Provimento assegura que crianças que nasçam sem o sexo definido como masculino ou feminino possam ser registradas com o sexo “ignorado” na certidão de nascimento. Além disso, poderão, quando assim desejarem, redesignar o campo “sexo” em qualquer Cartório de Registro Civil, sem necessidade de autorização judicial ou qualquer intervenção cirúrgica ou tratamento hormonal ou psicológico.

Em período anterior ao Provimento, os Cartórios de Registro Civil não conseguiam emitir a certidão de nascimento sem categorizar a criança em sexo feminino ou masculino, definição contida na Declaração de Nascido Vivo. Como consequência, a família se via obrigada a definir o sexo da criança de forma urgente, às vezes mediante procedimentos cirúrgicos irreversíveis, ou recorrer ao Poder Judiciário, o que atrasava o processo registral e negava aos menores direitos fundamentais como acesso à saúde e educação.

Assim, a criança intersexo se deparava com a dificuldade de ser registrada em cartório, ato que deve ser feito pelos responsáveis em até quinze dias contados do nascimento. O sistema registral pedia a definição do gênero do bebê, dentre o padrão binário masculino/feminino, não havendo campo que enquadrasse uma criança intersexo. Violava-se, desde esse momento, o direito à identidade, direito que nasce com todo indivíduo e é essencial para gozo de uma vida plena.

Na seara do registro das crianças intersexo, importa fazer referência a dois pontos: o nome escolhido e o procedimento para futura redesignação de gênero.

Com relação ao nome, aos registradores é defeso o registro de crianças com prenomes que possam lhes causar humilhação ou expô-las ao ridículo⁶, porém, a norma deve ser analisada objetivamente, não devendo ser

⁶ Nesse diapasão o art. 55 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/3) dispõe: Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo reconhecimento no ato. Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial,

levada em conta a opinião pessoal do registrador. Assim, não poderá o registrador se negar a registrar a criança intersexo quando o nome parecer não se enquadrar no padrão binário pré-estabelecido, e, deste modo, mostra-se seguro que os pais sejam instruídos a registrar a criança com nome comum a ambos os gêneros ou com nome de fácil modificação para o gênero oposto futuramente.

Com relação à redesignação sexual futura, importante frisar que não se trata do processo de retificação, pois este diz respeito a erro registral, o que não ocorre com a pessoa intersexo. Assim, para a redesignação do gênero no registro civil, desnecessária decisão judicial ou intervenção do Ministério Público, contudo, caso se trate de menor de idade interessado na redesignação sexual, basta a apresentação de laudo médico e assinatura dos responsáveis legais; se maior de idade, dispensa-se laudo médico, bastando a autodeterminação.

Assim, a despeito do Direito ainda produzir e reproduzir o sistema binário de gênero, é possível afirmar que, progressivamente e com os olhos acurados do Supremo Tribunal Federal, e, mais especificamente, com as práticas provenientes do Conselho Nacional de Justiça, indivíduos LGBTQIA+ são beneficiados com a igualdade e com o respeito às suas diferenças.

Conclusão

A luta pela liberdade do corpo e da identidade intersexual vem ganhando escopo e colocando em questionamento a necessidade de que todas as pessoas se enquadrem no padrão binário feminino/masculino de gênero.

Como visto, nem mesmo a medicina tem respostas plenamente claras com o advento de uma criança intersexo e a ambiguidade de gênero daquela criança ocasione procedimentos cirúrgicos de definição sexual, ignorando, por conseguinte, a verdadeira identidade de gênero a ser expressada pela pessoa em momento posterior.

Com o Provimento 122/21, do Conselho Nacional de Justiça, houve avanços na parte de registro público de crianças intersexuais e, assim, os pais não mais necessitam submeter seus filhos a procedimentos cirúrgicos para enquadramento em feminino ou masculino ou ainda, recorrer ao Poder Judiciário para registrar seu filho intersexo. Isto porque o campo sexo poderá ser preenchido como “ignorado” e o assento de nascimento será lavrado registrando o sexo “ignorado”. Todavia, o mesmo avanço não é visto na área médica dado que ainda não há padronização acerca dos procedimentos a serem adotados quando nasce um bebê intersexo e, por isso, crianças ainda são submetidas à procedimentos cirúrgicos irreversíveis, o que viola o direito à identidade e à dignidade da pessoa humana.

Sobreleva referir, à guisa de conclusão que o Projeto de Lei nº 134/2018, que institui o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero e, em seu artigo 35, busca vedar a realização de cirurgias para determinação de gênero irreversíveis em crianças intersexuais, quando não houver razões de saúde clínica. A lei, se aprovada, garantirá o direito à identidade a toda criança intersexo.

Diante disso, o atual estado da arte do registro civil das pessoas intersexo até o momento exposto permite, ademais, evidenciar os efeitos da luta de um grupo de pessoas historicamente marginalizadas em razão de possuírem corpos considerados desviantes. O Direito deverá posicionar-se de forma diuturna como questionador e, principalmente propulsor da plena cidadania dos indivíduos.

este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.

Referências

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. *Projeto de lei do senado nº 134, de 2018*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7651070&ts=1630410582546&disposition=inline>. Acesso em: 25 abr. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.664/2003*. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2003/1664_2003.pdf. Acesso em: 25 abr. 2022.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Dia da visibilidade intersexo: enfrentar preconceito, discriminação e falta de informação*. Notícias, 26 out. 2020. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/97415-dia-da-visibilidade-intersexo-enfrentar-preconceito-discriminacao-e-falta-de-informacao>. Acesso em: 25 abr. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões*: São Paulo: Saraiva, 2015. ilustrado.

Obras consultadas

ARRAIS, Virginia; VELOSO, Zeno. Intersexo. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Intersexo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 69-80.

BERRETO, Fernanda Carvalho Leão. Precisamos falar sobre intersexo. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Intersexo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 49-68.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento 122/2021*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original122009202111056185217938cf1.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 abr. 2022.

DIAS, Maria Berenice. O direito de ser e de não ser igual. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Intersexo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 23-28.

ROCHA, Macedo Rachel; NOVAES, Rosângela da Silveira Toledo. O direito ao nome da pessoa intersexo e a limitação das (in)verdades de um único sexo. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Intersexo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 363-378.

SANTOS, Ana Lúcia. Para lá do binarismo? O intersexo como desafio epistemológico e político. *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], v. 102, p. 3-20, 2013. Disponível em: <http://journals.openedition.org/rccs/5421>; DOI: <https://doi.org/10.4000/rccs.5421>. Acesso em: 30 mar. 2022.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Direito à autodeterminação de gênero das pessoas intersexo. In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Intersexo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 105-106.

A ata notarial como meio de prova

ASSUERO RODRIGUES NETO

Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Pós-Graduado em Direito Imobiliário pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral Centro de Extensão Universitária (CEU-IICS). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelião de Notas do Município de Palmares Paulista – Comarca de Santa Adélia. arn.cartorio@gmail.com

Resumo: O direito de acesso à justiça é garantido na Constituição Federal. O direito alegado deve ser provado, o que nem sempre é tarefa fácil. A utilização dos meios tradicionais de prova se revela insatisfatória, e como saneamento dessa lacuna, surge a ata notarial, introduzida pela lei número 8.935/94. A ata notarial é instrumento público, dotado de fé pública, de competência do notário, que narra de forma detalhada e precisa uma verdade ou fato constatado. Destaca-se a utilização da ata notarial como meio eficaz de prova para atestar documentos produzidos por meios digitais, notadamente a internet, e nesse contexto como a Ata Notarial destaca-se como instrumento eficaz para a comprovação da integridade e veracidade desses documentos.

Palavras-chave: Ata Notarial. Meio de prova extrajudicial. Fé pública.

Abstract: The right of access to justice guaranteed in the Federal Constitution, and the judiciary is responsible for the fair legal provision, to ensure the rights provided for in the legal system. In certain circumstances, the use of traditional means of proof proves to be unsatisfactory, and as a remedy of this gap, the notarial acts, introduced by Law No. 8.937 / 94. The notarial acts are a public instrument, endowed with public faith, notary's competence, which narrates in detail and precise a truth or fact. In this sense, this paper proposes a brief study and analysis on the relevance of notarial certificates. It is worth noting the use of notarial certificates as an effective means of proof to attest documents produced by digital means, especially the internet, and in this context as the Notarial Act stands out as an effective instrument for verifying the integrity and veracity of these documents.

Keywords: Notarial Act. Means of proof. Notary public instrument. Public faith.

Ata notarial

Conceito de ata notarial

A palavra "notarial" é derivada da palavra "nota", que significa, "registro", ou notar, ou seja, lançar no livro de notas pelo notário. Portanto, o adjetivo "notarial" significa que a ata foi redigida por um notário e sob o seu testemunho e, neste sentido, a finalidade primordial da ata notarial é a de deixar consignado, registrar, documentar e comprovar atos e fatos já existentes.

A doutrina brasileira é muito restrita em relação à quantidade de obras sobre a conceituação da ata notarial, e percebe-se que os conceitos desenvolvidos pelos autores possuem respaldo em estudos realizados com base na doutrina estrangeira. Abaixo transcrevemos alguns dos conceitos pesquisados, com base na doutrina atual.

Segundo a doutrina notarial, "[...] o tabelião relata aquilo que vê, ouve, verifica e conclui, com seus próprios sentidos e sua própria opinião, não devendo haver interferência de quem quer que seja"¹.

Trata-se de um testemunho oficial do notário, cuja constituição se dá de maneira livre por ele. Assim, a ata está impregnada dos limites cognitivos do notário, pois ele relata os fatos conforme a sua percepção primária adquirida pelos sentidos.

A ata, formulada a requerimento de um interessado, é ato unilateral e declaratório, constituindo resenha ou relato fático, e deve ser escrita com segurança, detalhamento e precisão conceitual. O seu objetivo, portanto, é a apreensão, pelos sentidos do notário, de uma determinada situação, de um certo fato que posteriormente será transposto, de maneira escrita, para um documento e no seu livro de notas².

A ata notarial circunscreve-se, a título de classificação, dentro do conjunto de instrumentos públicos notariais³.

¹ REZENDE, Afonso Celso Furtado de; CHAVES, Carlos Fernando Brasil. *Tabelionato de notas e o notário perfeito*. 6. ed. Campinas, SP: Millennium, 2010. p. 160

² MESQUITA, Márcio Pires de. Breves considerações sobre a ata notarial. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (org.). *Registros públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas Essenciais: Direito Registral, v. 1). p. 333-337.

³ SILVA, Teodoro da. Ata notarial. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (org.). *Registros públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas Essenciais:

Entende-se aqui por “instrumento público” o documento escrito de autoria de agente estatal. A ata notarial não implica valoração jurídica alguma, pois, como já mencionado, restringe-se a uma narrativa de fato, podendo ou não servir como meio de prova, dentro de um conjunto de provas e indícios levados a juízo. Caberá ao magistrado, na análise do caso concreto, indicar de que maneira a considera. Trata-se, porém, de um meio de prova ainda pouco explorado, em que pese a sua importância, já que a declaração do tabelião vem amparada pela fé pública; portanto, a existência do fato e as circunstâncias que o caracterizam podem ser objeto de ata notarial, que gozará de presunção relativa de veracidade a partir de sua lavratura.

Segundo Ferreira e Rodrigues, a ata notarial é o instrumento público pelo qual o tabelião, ou preposto autorizado, constata fielmente os fatos, as coisas, pessoas ou situações para comprovar a sua existência, ou o seu estado, conforme o pedido da pessoa interessada⁴.

Brandelli⁵, por sua vez, define a ata notarial como o "Instrumento público através do qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada situação, um determinado fato, e o translada para seus livros de notas ou para outro documento."

Cumpra destacar ata notarial como o instrumento pelo qual o notário, com sua fé pública autentica um fato, descrevendo-o em seus livros. Sua função primordial é tornar-se prova em processo judicial. Pode ainda servir como prevenção jurídica a conflitos.

Nos dizeres de Ceneviva⁶, a ata notarial é o registro de ato ou fato solicitado ao tabelião de notas por pessoa interessada, para que os transponha fielmente em palavras, indicando pessoas e ações que os caracterizam.

Quanto ao conceito legal, constata-se que no ordenamento jurídico brasileiro não existe lei que defina ata notarial. A Constituição Federal no artigo 236 e parágrafos, dispõe que os serviços notariais e de registro serão exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, sendo que a lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, bem como definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

A Lei nº 8935, de 18 de novembro de 1994, que regulamentou o artigo 236 da Constituição Federal, em seu artigo 6º dispõe que aos notários compete I - formalizar juridicamente a vontade das partes; II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; III - autenticar fatos, complementando no artigo 7º, que aos tabeliães de notas compete com exclusividade lavrar atas notariais (inc. III do artigo 7º, da Lei 8935/1994).

A Lei nº 13.105/2015, que institui o novo Código de Processo Civil, no artigo 384 estabelece que “A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião”, sem emitir qualquer conceito sobre ata notarial. Analisando as legislações citadas, verificamos ausência do conceito desse instrumento público, portanto depreende-se que este deva ser extraído da doutrina.

Conclui-se que a ata notarial é um instrumento público, de competência exclusiva do tabelião de notas e tem por objeto a narrativa de fatos. Pode-se acrescentar que a finalidade deste instrumento é a constituição de prova para utilização na esfera judicial, extrajudicial ou administrativa. Antes da vigência do novo CPC, a ata notarial era utilizada como prova pré-constituída nos tribunais brasileiros em razão de interpretação sistemática dos dispositivos legais existentes. Após a vigência da Lei nº 13.105/2015, a legislação processual civil foi contemplada

Direito Registral, v. 1). p. 237-253.

⁴ FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial - doutrina, prática e meio de prova*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 112.

⁵ BRANDELLI, Leonardo. *Ata Notarial*. In: BRANDELLI, Leonardo (coord.). *Ata notarial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 44.

⁶ CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 53.

com a adequação legal prevista no artigo 384, que traz a previsão expressa do uso da ata notarial como meio de prova no direito brasileiro.

Objeto da ata notarial

O objeto da ata notarial é o fato descrito ou presenciado e quanto aos objetos, se classificam em: lícitos e ilícitos; físicos, eletrônicos e sensoriais.

Os fatos lícitos são aqueles que estão em conformidade com as leis, tais como os contratos, ou simplesmente fatos cotidianos que não contrariem as leis.

Os fatos ilícitos também podem ser verificados e descritos em ata notarial. Neste caso, o fato ilícito irá se materializar em ata, na forma de como foi presenciado ou descrito ao tabelião e, a toda evidência, não poderá contribuir para propagar o fato ilícito.

Os fatos em meio físico são aqueles materiais, que podem ser tocados e não mudam constantemente, como por exemplo, os imóveis, os quais são passíveis de verificação quanto ao seu estado de conservação ou degradação.

Os fatos em meio eletrônico são aqueles que mudam constantemente e não podem ser tocados ou palpados, como por exemplo, a verificação de notícias divulgadas nos *sites* na internet.

Os fatos em meio sensorial são aqueles verificados por meio da visão, audição e olfato - o tabelião ou preposto verifica com seus próprios sentidos, uma conversa telefônica em sistema de viva voz, o odor de substância que deva descrever, como por exemplo odor de gases liberados por uma fábrica em discordância com a legislação correlata, ou ainda, o ruído emitido por um estabelecimento em local impróprio.

Percebe-se que os fatos jurídicos (em sentido estrito) são objeto da ata notarial, tendo como base os conceitos e diferenciações apresentados acima para o instituto em análise.

Para melhor explicitar o assunto, de acordo com a teoria do fato jurídico, este pode ser entendido em sentido amplo (*lato sensu*) como⁷ “[...] todo acontecimento da vida que o ordenamento jurídico considera relevante no campo do direito” e pode ser classificado como fato natural, ou fato humano.

O fato natural ou fato jurídico em sentido estrito (*stricto sensu*) é⁸ “[...] um acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos”, aduzindo, ainda que o fato natural pode ser classificado como ordinário (nascimento, morte, aluvião, avulsão, etc.) ou extraordinário (força maior ou caso fortuito).

O fato humano⁹ é um tipo de acontecimento que depende da vontade humana e inclui atos lícitos e ilícitos podendo ser classificado como fato humano voluntário ou involuntário; o fato humano voluntário produz os efeitos pretendidos pelo agente e nesse caso passa a ser denominado de ato jurídico em sentido amplo (*lato sensu*), que abrange o ato jurídico em sentido estrito (*stricto sensu*), se tiver por objetivo a mera realização da vontade do agente (como perdão, confissão, etc.) e o negócio jurídico, que pretende criar normas para a composição de interesse das partes. Já o fato humano involuntário pode acarretar consequências jurídicas, mas alheias à vontade do agente, o que caracteriza um ato ilícito.

Brandelli¹⁰ afirma que o objeto da ata notarial deve ser definido por meio de exclusão, pois para ser objeto da ata, não pode ser objeto da escritura pública. A recepção de ato jurídico *lato sensu* (que inclui ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico) é feita por meio da escritura pública, pois este é o instrumento adequado para

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 316.

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 434-435.

⁹ DINIZ, op cit., p. 420-421.

¹⁰ Op. cit., p. 45-46.

instrumentalizar a manifestação de vontade das partes. Já o fato jurídico *stricto sensu*, que é isento de manifestação de vontade, deve ser formalizado por meio da ata notarial.

De acordo com Ferreira e Rodrigues¹¹, as ações humanas também podem ser objeto das atas notariais, como por exemplo a entrega de um objeto de uma pessoa a outra. Entretanto, há que se observar que nesses casos a vontade humana é irrelevante, pois “[...] o evento é recebido pelo direito como fato do homem, desimportando, assim, a vontade eventualmente presente”.

Outra questão que deve ser enfrentada é a possibilidade ou não do ato ilícito ser objeto da ata notarial.

Há quem entenda, porém, que o ato jurídico é um fato jurídico com elemento e conteúdo lícito e que, portanto, o ato ilícito não é jurídico, por ser antijurídico ou contrário ao direito. Essa é a opinião de juristas como Zeno Veloso, Orosimbo Nonato, Vicente Ráo, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho e Flávio Tartuce¹².

Tipos de ata notarial

Felipe Leonardo Rodrigues e Paulo Roberto Gaiger Ferreira¹³ informam que a ata notarial se divide nas seguintes espécies: de constatação em diligência externa, de presença e declaração, de notoriedade, de notificação, de autenticação eletrônica e de subsanação.

Ata de constatação

A ata de constatação em diligência externa é aquela em que o tabelião ou preposto autorizado dirige-se a um local para verificar fato solicitado respeitando a sua competência territorial. É o caso de se comprovar uma colisão entre veículos para fazer prova em juízo.

Ata de presença e declaração

Por outro lado, aquele que tem interesse em atestar declaração pela pessoa, como o caso de depoimento ou testemunho para ser apresentado como prova em juízo poderá se valer da ata de presença e declaração.

Ata de notoriedade

Já a ata de notoriedade é aquela que confirma situação fática do interessado, como é o caso de se provar que uma pessoa está viva para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) continuar lhe proporcionando a previdência social.

Ata de notificação

A ata de notificação permite que uma pessoa informe outra de determinada situação e, se achar necessário, que a parte notificada realize determinado comportamento. Um exemplo é a notificação daquele que deixar de comparecer para assinar uma escritura pública.

¹¹ Op. cit., p. 120-121.

¹² TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2015. p. 88.

¹³ Op. cit., p. 140-143.

Ata de autenticação eletrônica

Por conseguinte, a ata de autenticação eletrônica constata fatos em meios eletrônicos, como conteúdo de internet ou qualquer mídia de dado digital, de remessa de mensagens eletrônicas, de situações ocorridas por meio de ligações telefônicas, dentre outros.

Ata de subsanação

Por fim, através da ata de subsanação o tabelião averigua erros em documentos particulares ou oficiais e os corrige em vista de evidente descompasso entre a situação real e a documental.

Prova

As provas no Direito Processual Civil

Prova é o meio que as partes se utilizam para estabelecer uma verdade mediante verificação ou demonstração no âmbito processual, são os meios definidos pelo direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico, como idôneos a convencer o juiz da ocorrência de determinados fatos, isto é, da verdade de determinados fatos.

Em juízo, para dirimir o litígio, autor e réu apoiam suas pretensões em fatos e para demonstrar a veracidade dos fatos alegados, desta forma, ambos se valerão de provas com a finalidade de proporcionar o convencimento do Juiz. Partindo da análise e presunção da verdade dos fatos apresentados, o Estado-Juiz aplicará o direito ao caso concreto e solucionará a lide.

Humberto Theodoro Júnior¹⁴ atribui dois sentidos ao conceito de provas. Segundo o autor, a prova em um sentido objetivo é o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (as testemunhas, os documentos, entre outros) e no sentido subjetivo, que é “a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.”

Em conformidade com o atual Código de Processo Civil instituído pela Lei 13105, de 16 de março de 2015, a fase de produção de provas (probatória ou instrutória) tem início após o despacho saneador e termina na audiência, no momento em que o juiz declara encerrada a instrução e abre o debate oral (art. 364).

O novo CPC permite a produção antecipada de provas quando a parte não pode esperar a fase de instrução para produzir determinada prova dentro do processo. A antecipação da prova é admitida nos casos em que haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação (Lei 13105, de 16 de março de 2015, art. 381, inc. I).

Há casos em que o Código de Processo Civil de 2015 autorizou a antecipação da prova, mas cujo requisito não é a urgência.

Tome-se, por exemplo, a possibilidade de a prova a ser produzida ser suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de controvérsias (CPC, art. 381, inc. II). Esta hipótese está em consonância com a diretriz fundamental do CPC, que estimula a resolução consensual dos conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º). Nesse caso, as partes serão as destinatárias principais da prova. A partir dela, terão mais elementos para construir um acordo ou desenvolver uma proveitosa mediação.

Outra situação é a do inciso III do art. 381 do CPC, que admite a antecipação da prova como forma de a parte obter prévio conhecimento dos fatos, sem cogitar urgência ou controvérsia existente no âmbito do direito

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 592.

material. O objetivo é obter um lastro probatório mínimo e esta antecipação da prova poderá conduzir as partes a eventualmente desistirem de proporem alguma demanda.

Características, objeto e finalidade da prova

Humberto Theodoro Júnior¹⁵ afirma que “toda prova há de ter um objeto, uma finalidade, um destinatário, e deverá ser obtida mediante meios e métodos determinados”. A prova pode ser caracterizada pelo seu objeto, a finalidade, destinatário e meios pelos quais é produzida.

O objeto da prova são os fatos controversos, aqueles sob os quais divergem autor e réu. Assim, as partes deverão demonstrar a ocorrência dos fatos nos quais se sustentam suas pretensões.

Os fatos incontrovertidos não são objeto de prova, a exceção de direitos indisponíveis, onde a falta de contestação não ensejará na dispensa do ônus de provar.

Além dos fatos incontrovertidos, também não são objeto de prova os fatos notórios, aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de verdade e os fatos admitidos por uma parte e confessados pela outra, conforme disciplina o artigo 374 do CPC.

A formação da certeza e convicção acerca da ocorrência do objeto ou fato sob o qual se funda o direito é a finalidade da prova. O destinatário da prova é o Juiz, pois a ele cabe o papel de julgar e aplicar o direito ao caso concreto. Não obstante, em regra, o Juiz não poderá buscar a verdade real, ou seja, o que realmente aconteceu, independente do que dizem os autos, sob pena de prolongar o processo a ponto de inutilizá-lo.

A prova se destina a demonstrar os fatos alegados e ao convencimento do juiz. O processo de conhecimento tem como objeto as provas dos fatos alegados pelos litigantes, de cuja apreciação o juiz deverá definir a solução jurídica para o litígio estabelecido entre as partes. Do exame dos fatos e de sua adequação ao direito objetivo, o juiz extrairá a solução do litígio que será revelada na sentença.

Demonstrar a verdade do fato arguido, de modo que não seja suscetível de refutação, significa provar. As partes, através de documentos, de testemunhas, de indícios, de presunções etc., devem demonstrar a existência dos fatos arguidos, a fim de que o juiz possa formar um juízo, para declarar quais das partes tem razão. Desta forma, o autor, quando propõe a ação, e o réu, quando oferece sua resposta, devem invocar fatos com que procurem justificar a pretensão de um e a resistência do outro.

Ata notarial e sua importância como meio de prova

Fé pública notarial

A Constituição Federal atribui a determinados cidadãos, o direito de representação para determinadas e específicas tarefas, entre as quais a determinação de declarar que determinado ato praticado ou rito perseguido está em consonância com as normas legais. A determinação de declarar que determinado ato praticado ou rito perseguido está em consonância com as normas legais é conhecido como fé pública, ou seja, é real, verídico e legal, ficando as partes envolvidas na ação perfeitamente protegidas pelo Direito, isentas de qualquer dúvida, até prova em contrário.

Dentre os personagens mencionados na Carta Magna, podemos citar: o oficial de registro público (registrador), o serventuário, o tabelião, o escrivão, o notário entre outros, aos quais é atribuída a fé pública, conclui-se, portanto, que a fé pública atribuída a essas pessoas é em decorrência de um mandamento legal.

¹⁵ Op. cit., p. 593.

A fé pública, atribuída ao notário, é uma das mais amplas já conhecidas, pois cabe-lhe a expressão da verdade, devendo ser autêntico em tudo aquilo que dita e escreve, assim, ele é depositário da fé pública quando apõe seu sinal ou declara ser determinado ato praticado absolutamente isento de inverdade, dúvida ou suspeita.

Segundo Loureiro¹⁶, a fé pública notarial se confunde com a própria essência da atividade e pode ser definida como “[...] verdade, confiança ou autoridade que a lei atribui aos notários (e outros agentes públicos) no que concerne à verificação ou atestação de fatos, atos e contratos ocorridos ou produzidos em sua presença ou com sua participação.”

O princípio da fé pública também é conhecido como princípio da notoriedade e através de um exercício de cognição direto ou indireto, o notário atribui valoração a determinado documento e cria uma presunção de veracidade que somente pode ser questionada judicialmente¹⁷.

Constituição Federal em seu art. 19, II, estabelece que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios recusar fé aos documentos públicos

O princípio da fé pública também é tratado no Código de Processo Civil, no artigo 374, IV que determina que não dependem de prova os fatos “[...] em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”, bem como no artigo 405, que dispõe “[...] o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.”

Na Lei nº 8.935/1994, o princípio da fé pública está previsto nos artigos. 3º, 6º, III e 7º, IV e V, ao estabelecer que o tabelião ou notário é profissional do direito dotado de fé pública, competente para autenticar fatos, reconhecer firmas e autenticar cópias.

A fé pública pode ser compreendida como a confiança depositada pela coletividade na veracidade desses documentos.

“Por sua própria natureza, a fé pública é uma instituição jurídico-pública, tendo, necessariamente, um “sinal público” autorizado pelo Estado, de maneira que o qualificativo de público compreende a “fé”, significando que o notário é uma autoridade da sociedade nesse setor, vindo a garantir a certeza e a autenticidade naquilo que exara.

Os escrivães, registradores, serventuários da Justiça e notários, estes, no ensejo, destacadamente apontados, são os principais depositários da fé pública, pois exercem uma atividade bastante peculiar em relação a outras prestadas em regime funcional.

Profissionalismo independente e fé pública aparecem indissolavelmente unidos a serviço do interesse público, assegurando a contribuição notarial ao princípio constitucional de segurança jurídica, perante a esfera privada, pois que os notários são portadores dessa garantia legalmente outorgada.

O notário

As atividades notariais e de registro constituem função pública e estão ambas previstas no art. 236 da Constituição Federal de 1988, como serviços exercidos por delegação do Poder Público, em caráter privado, mas sem qualquer diferenciação entre elas.

A Lei nº 8.935/1994, define no artigo seu artigo primeiro que “Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.”

¹⁶ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; Salvador: Editora JusPodivm, 2017, 2012. p. 530.

¹⁷ FERREIRA; RODRIGUES, op. cit., p. 51.

O mesmo diploma legal classifica notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, “[...] como profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.” (Art. 3º).

No art. 5º da mesma Lei, define-se que os titulares de serviços notariais são tabeliães de notas; tabeliães de contratos marítimos e tabeliães de protesto de títulos e que os titulares dos serviços de registro são oficiais de registro de imóveis; oficiais de registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas; oficiais de registro de contratos marítimos; oficiais de registro de distribuição e oficiais de registro civil das pessoas naturais e de interdições e tutelas.

O artigo 6º da norma, por sua vez, elenca as competências dos notários, ou seja: formalizar juridicamente a vontade das partes; intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; autenticar fatos.

No entanto é no artigo 7º da Lei 8.935/94, que vamos ter descritas as competências exclusivas do tabelião de notas, constando no inciso III a lavratura de atas notarias¹⁸.

Ou seja, a ata notarial é o instrumento público autorizado por notário competente, a requerimento de uma pessoa com interesse legítimo e que, fundamentada nos princípios da função imparcial e independente, pública e responsável, tem por objeto constatar a realidade ou verdade de um fato que o notário vê, ouve ou percebe por seus sentidos, cuja finalidade precípua é a de ser um instrumento de prova em processo judicial, mas que pode ter outros fins na esfera privada, administrativa, registral, e, inclusive, integradores de uma atuação jurídica não negocial ou de um processo negocial complexo, para sua preparação, constatação ou execução.

Resumidamente, pode-se dizer que o notário ou tabelião de notas é o profissional de direito, dotado de fé pública, ao qual compete, por delegação do Poder Público e atribuições conferidas por lei, formalizar juridicamente a vontade das partes; intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo, observando-se que é de sua competência exclusiva a lavratura de escrituras e procurações públicas; lavratura de testamentos públicos e aprovação dos cerrados e lavratura de atas notariais; reconhecimento de firmas e autenticação de cópias.

Ata notarial como meio de prova

A ata notarial é um instrumento público, dotada de fé pública, utilizada como meio de prova pré-constituída, o que é um dos aspectos importantes de sua natureza, é de extrema relevância na realidade atual e se sobrepõe à função meramente probatória, que pressupõe litígio potencial a dar-lhe ou a lhe negar respaldo.

O instrumento público notarial é eficaz por si mesmo e, como meio de prova, por sua qualificação e respeitabilidade, pela certeza e segurança a ele inerentes, constitui fator de prevenção de litígio. Como meio de prova pré-constituída, o instrumento público notarial, desde o momento em que se concretiza já nasce como um documento importante para dirimir dúvidas a respeito de fatos controvertidos e relevantes no processo. Considerando a realidade do sistema jurídico processual brasileiro, a instituição da ata notarial, como um instrumento de prova, certamente se sobressai como documento eficaz para auxiliar na concretização rápida e efetiva da prestação jurisdicional.

Considerando o avanço da tecnologia e a própria internet, onde inúmeros documentos e contratos são realizados por via digital, a ata notarial destaca-se como documento probatório, capaz de comprovar a integridade e a veracidade

¹⁸ “Art. 7º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade: [...] III - lavrar atas notarias; [...]”

destes documentos, ou atribuir autenticidade aos mesmos, tais como: pré-constituição de prova sobre páginas eletrônicas ou outros documentos eletrônicos; data e existência de arquivo eletrônico; uso indevido de imagens; fatos caluniosos, dentre outros.

A ata notarial é um excelente instrumento como meio de prova, pois contém a segurança inerente da fé pública notarial. Também opera como prevenção de litígios futuros – essa é sua essência.

Com referência às provas no novo Código de Processo Civil, e justamente atentando para a importância da ata notarial, o recente texto contempla expressamente o uso da ata notarial como meio típico de prova.

Sabe-se que a importância das provas dentro da sistemática processual é significativa, pois o êxito da causa está ligado à existência ou não de determinada prova. É justamente neste sentido que a ata notarial, redigida pelo notário, é documento dotado de fé pública e se destaca com força, solidez e reconhecimento no mundo jurídico, pois permite conferir autenticidade e certeza a palavra de uma das partes, ajudando no convencimento do juiz que é o sujeito apto a decidir a causa.

Pode ainda servir como prevenção jurídica a conflitos¹⁹.

Quando utilizada como meio de prova, a ata notarial pode servir para retratar fato ilícito. Essa compreensão doutrinária foi corroborada pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, conforme se observa no Provimento CG nº 58/89 (NSCGJSP), em seu item 140.1, do capítulo XIV, onde consta a previsão de que “[...] é possível lavrar ata notarial quando o objeto narrado constitua fato ilícito.”

No caso de produção antecipada de provas a ata notarial é instrumento perfeito, pois, conforme o previsto no novo Código de Processo Civil, há possibilidade de produção antecipada de provas, antes mesmo do ingresso da ação judicial, a fim de facilitar a conciliação ou mediação prévias e, possivelmente, evitar o ajuizamento da demanda ou acelerar o seu término.

A inovação do Código de Processo Civil de 2015 é a inclusão da desnecessidade de existência de risco de perecimento da fonte de prova ou de impossibilidade de sua produção caso não seja realizada antecipadamente – ou seja, a eliminação do requisito da urgência.

Na nova redação, a produção antecipada de prova será admitida caso: haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a auto composição ou outro meio adequado de solução de conflito; - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação (Lei nº 13.105/2015, artigo 381, incisos I, II e III).

Destaque-se que as provas servem também para que partes possam certificar-se sobre a ocorrência ou inoocorrência de determinados fatos, obtendo assim uma noção mais adequada sobre a veracidade da narração fática e os direitos que efetivamente lhe são devidos, podendo, inclusive, servir como fundamento para eventual recurso questionando uma decisão judicial baseada em uma análise equivocada do conjunto probatório.

A produção antecipada de provas poderá servir como estratégia para um prévio acordo entre as partes, antes do ingresso da ação ou logo no início do seu curso, ou mesmo para evitar o ajuizamento de demandas baseadas em um conjunto fático de difícil ou impossível comprovação, sendo a ata notarial neste caso o instrumento público ideal. Desse modo, a produção antecipada de prova permite às partes avaliar os riscos e chances de sucesso de uma eventual disputa judicial e as vantagens de solucionar a demanda através da autocomposição.

¹⁹ FERREIRA; RODRIGUES, *op. cit.*, p. 106.

Não se trata de uma medida cautelar, mas sim de um direito próprio, o direito à prova, fundamentado no direito de ação. Pode-se dizer que, nesse caso, a prova produzida antecipadamente é direcionada ao convencimento das partes, embora possa ser posteriormente aproveitada para o julgamento da controvérsia, para o convencimento do juiz.

A inserção da ata notarial como meio típico de prova no Código de Processo Civil imprime um avanço considerável no sistema jurídico brasileiro, no caso da regulação do seu uso para os casos relacionados aos meios eletrônicos.

A nova redação do parágrafo único do artigo 384 do CPC determina que “Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial”.

Nos dizeres de William Santos Ferreira²⁰:

[...] a adoção da chamada ata notarial em que, solicita-se a um Tabelião (Cartório de Notas) a lavratura de uma ata em que, pelo computador do notário, são acessados endereços eletrônicos indicados pelo requerente do serviço notarial, e há o relato do dia, horário, conteúdo, imagens e até filmes, tudo descrito pelo Tabelião, cujas declarações do que ocorreu diante dele, por terem fé pública, agregam fortíssima carga de convencimento à prova exibida em juízo, transferindo o ônus da prova à outra parte, o que particularmente em nossa atividade profissional (a advocacia), vem sendo muito útil, eis que admitido judicialmente e raras vezes questionado o fato pela parte contrária.

Concluindo, a ata notarial é o instrumento jurídico confeccionado por notário ou tabelião de notas, profissional de direito, dotado de fé pública e apresenta-se como ferramenta eficaz no campo das provas, considerando que o registro dos atos e fatos possuem detalhamento e confiabilidade.

Pode e deve ser complementada com documentos contendo registros de imagens e sons dos eventos relatados. Trata-se de meio de prova típica, nos termos do artigo 384 do Código de Processo Civil e constitui instrumento extremamente valioso para a composição do quadro fático-probatório em processos judiciais.

Conclusão

A ata notarial, antes considerada uma prova atípica ou inominada, o que, no entanto, não impedia a sua admissão como meio probante a servir de elemento para a formação da convicção do juiz, conforme estabelecido tanto na Constituição Federal (artigo 236 e §1º) como na lei federal 8.935/94 (artigos 1º, 6º e 7º) e no antigo Código de Processo Civil (artigo 364), passou a ter no atual Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015) status de meio de prova típico, nos termos expressos no artigo 384, incorporando definitivamente à legislação um meio de prova robusto, que se traduz como o documento lavrado por tabelião, e, portanto, com presunção de veracidade e fé pública, é hábil a atestar a existência e o modo de existir de algum fato.

Trata-se de instrumento importante no ordenamento jurídico brasileiro, sendo no caso da produção de prova peso relevante, por ter presunção de veracidade e fé pública, observando-se que a ata notarial possibilita a pré-constituição da prova, o que pode trazer, dentre outras coisas, celeridade e economia processual.

O uso da ata notarial, como prova típica permitirá, por exemplo, a comprovação de eventos ocorridos na rede mundial de computadores, garantindo a formação de uma prova robusta em que o conteúdo, além de devidamente esclarecido, contará com a presunção de veracidade e de fé pública.

Com a lavratura da ata notarial pode-se, ainda, impedir que informações sejam desconsideradas ou apagadas no dia seguinte à ocorrência do fato, como por exemplo, a retirada da página da internet do ar, desaparecimento de fotos específicas e vídeos, frases depreciativas sejam deletadas,

Como produção antecipada de provas, como já foi dito, a ata notarial poderá servir como estratégia para um prévio acordo entre as partes, antes do ingresso da ação ou logo no início do seu curso, ou mesmo para evitar

²⁰ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 84.

o ajuizamento de demandas baseadas em um conjunto fático de difícil ou impossível comprovação, sendo a ata notarial neste caso o instrumento público ideal.

Referências

- BRANDELLI, Leonardo. Ata Notarial. In: BRANDELLI, Leonardo (coord.). *Ata notarial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 37-74.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial - doutrina, prática e meio de prova*, São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos: teoria e prática*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; Salvador: Editora JusPodivm, 2017, 2012.
- MESQUITA, Márcio Pires de. Breves considerações sobre a ata notarial. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (org.). *Registros públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas Essenciais: Direito Registral, v. 1). p. 333-337.
- REZENDE, Afonso Celso Furtado de; CHAVES, Carlos Fernando Brasil. *Tabelionato de notas e o notário perfeito*. 6. ed. Campinas, SP: Millennium, 2010.
- SILVA, Teodoro da. Ata notarial. In: DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio (org.). *Registros públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Doutrinas Essenciais: Direito Registral, v. 1). p. 237-253.
- TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil: impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Obras consultadas

- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DIDIER JR., Fredie. *Direito processual civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. v. 1.
- GOUVÊA, José Roberto Ferreira (colab.); NEGRÃO, Theotônio. *Brasil - Código de Processo Civil*. Código de processo civil e legislação processual em vigor. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2.



Chamada por trabalhos

A revista DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares é uma publicação do curso de Direito do Centro Universitário Padre Albino (UNIFIPA). Seu objetivo é divulgar trabalhos acadêmicos que contribuam para a reflexão e o debate jurídico e social, por meio de temas interdisciplinares relacionados ao Direito, à Administração, Sociologia, História, Literatura, Economia e áreas afins.

Professores, pesquisadores e estudantes de pós-graduação são estimulados a participar, enviando seus artigos aos cuidados dos editores, para o endereço Rua do Seminário, 281, Bairro São Francisco, CEP 15.806-310, Catanduva-SP, Fone: (17) 3522-2405 ou para o endereço eletrônico: revistadireitoesociedade@unifipa.com.br

Seleção dos Artigos

Os artigos recebidos serão submetidos à avaliação prévia do(s) editor(es) e/ou do Conselho Editorial para verificação de sua adequação à linha editorial do periódico.

Após esta avaliação, os artigos, sem identificação do autor, serão remetidos para a avaliação de 2 (dois) pareceristas anônimos (um deles exógeno à Instituição responsável pelo periódico) para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, seguindo o sistema do *duplo blind peer review*. Os pareceres anônimos serão encaminhados posteriormente aos autores, para que tomem ciência da rejeição do seu artigo, possam adaptar seu texto ou justificar a manutenção do formato original, cabendo a decisão final sobre a publicação ou não dos artigos em que o autor manteve o formato, discordando de algum dos pareceres, ao Conselho Editorial.

Trabalhos não aceitos serão devolvidos ao autor.

Normas para publicação

1. Serão considerados para publicação artigos inéditos e exclusivos para DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares.
2. Autores nacionais devem enviar textos em português. Autores estrangeiros deverão enviar os textos em inglês ou espanhol. Nesses casos, a tradução será providenciada pela revista DIREITO E SOCIEDADE, que terá a opção editorial de publicá-lo apenas em português.
3. Os artigos devem conter de 8 a 25 laudas, incluindo resumo em português e em inglês (*abstract*), tabelas, ilustrações e referências. O original deve ser enviado em arquivo eletrônico e papel (corpo 12, Times New Roman, espaço 1,5 entre linhas, formato A-4, com margens superior e esquerda 3 cm e inferior e direita 2 cm).
4. Autores múltiplos devem ser listados em ordem de proporcionalidade do envolvimento no artigo.
5. O resumo e o *abstract* deverão ter até 15 linhas, em um único parágrafo, especificando o objetivo do trabalho, breve descrição, ideias principais e conclusões.
6. Deverão ser indicadas de 3 a 5 palavras-chave, em português e inglês (*keywords*).
7. As referências ao longo do texto deverão ser inseridas em notas de rodapé na parte inferior da página.
8. Fotografias e ilustrações devem ser numeradas na ordem de inserção no texto e apresentadas em folhas separadas. O mesmo procedimento deverá ser observado quanto a tabelas. Os números deverão aparecer também no verso dos originais para melhor identificação. Legendas para as ilustrações e tabelas devem ser digitadas em página separada.
9. Referências devem respeitar as orientações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), expressas na norma NBR6023:2018.
10. Os autores de textos, fotografias e ilustrações a serem publicados cedem gratuitamente os direitos de publicação. Todo artigo encaminhado à revista deve ser acompanhado de carta assinada pelo(s) autor(es), contendo autorização para reformulação de linguagem, se necessário, e declaração de responsabilidade e transferência de direitos autorais conforme a seguir: **DECLARAÇÃO DE RESPONSABILIDADE E TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS AUTORAIS:** *Eu (nós), abaixo assinado(s) transfiro(erimos) todos os direitos autorais do artigo intitulado (título) à DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares. Declaro(amos) ainda que o trabalho é original e que não está sendo considerado para publicação em outra revista, quer seja no formato impresso ou eletrônico. Data e Assinatura(s).*



Let x and y be the lengths of the vertical and horizontal lines, respectively. The area of the rectangle is xy . The area of the four quadrants is $ax + by + cx + dy$.

Since the area of the rectangle is equal to the area of the four quadrants, we have $xy = ax + by + cx + dy$.

Dividing both sides by xy , we get $1 = \frac{a}{y} + \frac{b}{x} + \frac{c}{y} + \frac{d}{x}$.

Let $u = \frac{a}{y}$, $v = \frac{b}{x}$, $w = \frac{c}{y}$, and $z = \frac{d}{x}$. Then $u + v + w + z = 1$.

Since u, v, w, z are non-negative, we have $u + v + w + z \leq 1$.