



INTERNATIONAL
INTEGRALIZE
SCIENTIFIC

ed.39

S E T E M B R O

2024

INTERNATIONAL INTEGRALIZE SCIENTIFIC ISSN/2675-520



INTERNATIONAL
INTEGRALIZE
SCIENTIFIC

ed.39
S E T E M B R O
2024

INTERNATIONAL INTEGRALIZE SCIENTIFIC ISSN/2675-520



**INTERNATIONAL
INTEGRALIZE
SCIENTIFIC**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Biblioteca da EDITORA INTEGRALIZE, (SC) Brasil

International Integralize Scientific. 39ª ed. Setembro/2024. Florianópolis - SC

Periodicidade Mensal

Texto predominantemente em português, parcialmente em inglês e espanhol

ISSN/2675-5203

1 - Ciências da Administração

2 - Ciências Biológicas

3 - Ciências da Saúde

7 - Linguística, Letras e Arte

8 – Ciências Jurídicas

4 - Ciências Exatas e da Terra

5 - Ciências Humanas/ Educação

6 - Ciências Sociais Aplicadas

9 – Tecnologia

10 – Ciências da Religião /Teologia



**INTERNATIONAL
INTEGRALIZE
SCIENTIFIC**

**Dados Internacionais de
Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca da Editora Integralize - SC – Brasil**

Revista Científica da EDITORA INTEGRALIZE- 39ª ed. Setembro/2024
Florianópolis-SC

PERIODICIDADE MENSAL

Texto predominantemente em Português,
parcialmente em inglês e espanhol.
ISSN/2675-5203

1. Ciências da Administração
2. Ciências Biológicas
3. Ciências da Saúde
4. Ciências Exatas e da Terra
5. Ciências Humanas / Educação
6. Ciências Sociais Aplicadas
7. Ciências Jurídicas
8. Linguística, Letras e Arte
9. Tecnologia
10. Ciências da Religião / Teologia



**INTERNATIONAL
INTEGRALIZE
SCIENTIFIC**

EXPEDIENTE

INTERNATIONAL INTEGRALIZE SCIENTIFIC

ISSN/2675-5203

É uma publicação mensal, editada pela
EDITORA NTEGRALIZE | Florianópolis - SC

Florianópolis-SC

Rodovia SC 401, Bairro Saco Grande, CEP 88032-005.

Contato: (48) 99175-3510

<https://www.integralize.online>

Diretor Geral

Luan Trindade

Diretor Financeiro

Bruno Garcia Gonçalves

Diretora Administrativa

Vanessa Sales

Diagramação

Balbino Júnior

Conselho Editorial

Marcos Ferreira

Editora-Chefe

Prof. PhD Vanessa Sales

Editores

Prof. PhD Hélio Sales Rios

Prof. Dr. Rafael Ferreira da Silva

Prof. Dr. Francisco Rogério Gomes da Silva

Prof. Dr. Fábio Terra Gomes Júnior

Prof. Dr. Daniel Laiber Bonadiman

Técnica Editorial

Rayane Souza

Auxiliar Técnica

Rayane Rodrigues

Editores Auxiliares

Reviane Francly Silva da Silveira

James Melo de Sousa

Priscila de Fátima Lima Schio

Lucas Teotônio Vieira

Permitida a reprodução de pequenas partes dos artigos, desde que citada a fonte.



**INTERNATIONAL
INTEGRALIZE
SCIENTIFIC**

**INTERNATIONAL INTEGRALIZE SCIENTIFIC
ISSN / 2675-5203**

É uma publicação mensal editada pela
EDITORA INTEGRALIZE.
Florianópolis – SC
Rodovia SC 401, 4150, bairro Saco Grande, CEP 88032-005
Contato (48) 4042 1042
<https://www.integralize.online/acervodigital>

EDITORA-CHEFE

Dra. Vanessa Sales

Os conceitos emitidos nos artigos são de
responsabilidade exclusiva de seus Autores.



INTERNATIONAL
INTEGRALIZE
SCIENTIFIC

CIENCIAS JURÍDICAS

LAW SCIENCES

ed.39
SETEMBRO
2024

INTERNATIONAL INTEGRALIZE SCIENTIFIC ISSN/2675-520



CIÊNCIAS JURÍDICAS

A APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NOS LARES BRASILEIROS.....09

Autor: EVANTUIR JUTTEL PEREIRA

Contato: adv.evantuirpereira@gmail.com

Orientador: Prof. Dr. Rogério Gomes

THE APPLICABILITY OF THE MARIA DA PENHA LAW IN THE SCOPE OF DOMESTIC VIOLENCE IN BRAZILIAN HOME

LA APLICABILIDAD DE LA LEY MARIA DA PENHA EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN EL HOGAR BRASILEÑO

A AUTONOMIA DA VONTADE DE PESSOAS COM MAIS DE 70 ANOS DE IDADE NA ESCOLHA DO REGIME DE BENS NO CASAMENTO.....23

Autor: EVANTUIR JUTTEL PEREIRA

Contato: adv.evantuirpereira@gmail.com

Orientador: Prof. Dr. Rogério Gomes

THE AUTONOMY OF THE WILL OF PEOPLE OVER 70 YEARS OF AGE IN CHOOSING THE PROPERTY REGIME IN MARRIAGE

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS MAYORES DE 70 AÑOS EN LA ELECCIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO

A OBRIGATORIEDADE DAS NOVAS ALÍQUOTAS TRAZIDAS PELA REFORMA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA AO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO NO INSTITUTO DA HERANÇA E DA DOAÇÃO.....35

Autor: EVANTUIR JUTTEL PEREIRA

Contato: adv.evantuirpereira@gmail.com

Orientador: Prof. Dr. Rogério Gomes

THE MANDATORY OF THE NEW RATES BROUGHT BY THE BRAZILIAN TAX REFORM TO THE TRANSMISSION TAX CAUSES DEATH AND DONATION AT THE INSTITUTE OF INHERITANCE AND DONATION

LA OBLIGATORIA DE LAS NUEVAS TASAS IMPULSADA POR LA REFORMA TRIBUTARIA BRASILEÑA AL IMPUESTO DE TRANSMISIÓN CAUSA MUERTE Y DONACIÓN EN EL INSTITUTO DE HERENCIA Y DONACIÓN

A RESPONSABILIDADE DA GUARDA, DA REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS, DA DIVISÃO DE DESPESAS E DA POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE ALIMENTOS AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO COM O TÉRMINO DO VÍNCULO CONJUGAL45

Autor: EVANTUIR JUTTEL PEREIRA

Contato: adv.evantuirpereira@gmail.com

Orientador: Prof. Dr. Rogério Gomes

THE RESPONSIBILITY OF GUARDIANSHIP, REGULATION OF VISITS, THE DIVISION OF EXPENSES AND THE POSSIBILITY OF PROVIDING FOOD FOR PETS WITH THE END OF THE MARITAL BOND

LA RESPONSABILIDAD DE LA TUTELA, LA REGULACIÓN DE LAS VISITAS, LA DIVISIÓN DE GASTOS Y LA POSIBILIDAD DE PROPORCIONAR ALIMENTOS A LAS MASCOTAS CON LA FINALIZACIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

RACISMO NO BRASIL: RACISMO ESTRUTURAL NO BRASIL57

Autor: JESUS SALVADOR LEANDRO FILHO

Contato: jfleandro@hotmail.com

RACISM IN BRAZIL: STRUCTURAL RACISM IN BRAZIL

RACISMO EN BRASIL: RACISMO ESTRUCTURAL EN BRASIL

ANÁLISE DA ADC 41: AÇÃO AFIRMATIVA NO SISTEMA DE COTA.....67**Autor: JESUS SALVADOR LEANDRO FILHO****Contato:** jfleandro@hotmail.com

ANALYSIS OF ADC 41: AFFIRMATIVE ACTION IN THE QUOTA SYSTEM

ANÁLISIS DE ADC 41: LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN EL SISTEMA DE CUOTAS

BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA UM DIREITO GARANTIDO TAMBÉM AOS ESTRANGEIROS RESIDENTES NO BRASIL.....75**Autor: JOSÉ GIRÃO MACHADO NETO****Contato:** Giraoneto10@hotmail.com

Orientador: Prof. Dr. Hélio Sales Rios

BENEFIT OF CONTINUED PROVISION IS A RIGHT ALSO GUARANTEED TO FOREIGNERS RESIDENT IN BRAZIL.

EL BENEFICIO DE PRESTACIÓN CONTINUADA ES UN DERECHO GARANTIZADO TAMBIÉN A LOS EXTRANJEROS RESIDENTES EN BRASIL.

MORTE PRESUMIDA COM E SEM DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA E SEUS EFEITOS NA VIDA CIVIL.....83**Autor: JOSÉ GIRÃO MACHADO NETO****Contato:** Giraoneto10@hotmail.com

Orientador: Prof. Dr. Hélio Sales Rios

PRESUMED DEATH WITH AND WITHOUT DECLARATION OF ABSENCE AND ITS EFFECTS ON CIVIL LIFE.

MUERTE PRESUNTA CON Y SIN DECLARACIÓN DE AUSENCIA Y SUS EFECTOS EN LA VIDA CIVIL

O FLAGRANTE PREPARADO E A ILICITUDE DA PROVA.....90**Autor: JOSÉ GIRÃO MACHADO NETO****Contato:** Giraoneto10@hotmail.com

Orientador: Prof. Dr. Hélio Sales Rios

THE PREPARED FLAGRANT AND THE ILLEGALITY OF THE EVIDENCE.

LA FLAGRANTE PREPARADA Y LA ILEGALIDAD DE LA PRUEBA.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E OS DANOS CAUSADOS A CORRENTISTAS E TERCEIROS EM DECORRÊNCIA DE FRAUDE PRATICADA POR MEIO DIGITAL.....96**Autor: JOSÉ GIRÃO MACHADO NETO****Contato:** Giraoneto10@hotmail.com

Orientador: Prof. Dr. Hélio Sales Rios

OBJECTIVE CIVIL LIABILITY OF FINANCIAL INSTITUTIONS AND DAMAGE CAUSED TO ACCOUNT HOLDERS AND THIRD PARTIES AS A RESULT OF FRAUD PERMITTED BY DIGITAL MEANS.

OBJETIVO RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS Y DAÑOS CAUSADOS A LOS TITULARES DE CUENTAS Y TERCEROS COMO CONSECUENCIA DE FRAUDE PERMITIDO POR MEDIOS DIGITALES.

A APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NOS LARES BRASILEIROS

THE APPLICABILITY OF THE MARIA DA PENHA LAW IN THE SCOPE OF DOMESTIC VIOLENCE IN BRAZILIAN HOME

LA APLICABILIDAD DE LA LEY MARIA DA PENHA EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN EL HOGAR BRASILEÑO

Evantuir Juttel Pereira

adv.evantuirpereira@gmail.com

<https://lattes.cnpq.br/3970849721451170>

PEREIRA, Evantuir Juttel. **A aplicabilidade da Lei Maria da Penha no âmbito da violência doméstica nos lares brasileiros.** Revista International Integralize Scientific, Ed. n.39, p. 09 – 22 , setembro/2024. ISSN/2675 – 5203

Orientador: Prof. Dr. Rogério Gomes.

RESUMO

O artigo científico tem como intuito analisar a aplicabilidade da Lei 11.340 de 2006 no âmbito da violência doméstica nos lares brasileiros. A violência doméstica é um fato social gravíssimo e muito complicado, que infelizmente está enraizado dentro de muitos lares brasileiros, todo problema independente da cultura, da idade e da classe social, tem causado implicações negativas, tanto na saúde física como na saúde mental das vítimas como de toda família, até mesmo refletindo na sociedade. A Lei Maria da Penha expõe às formas praticadas de agressão na violência doméstica, como sendo a Física: Qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher; a Psicológica: Isolamento e constrangimento da mulher, insulto e vigilância constante; a Patrimonial: Destruição ou subtração de bens, recursos ou documentos pessoais; a Sexual: Relação sexual não desejada, forçar o casamento ou impedir o uso de métodos contraceptivos; a Moral: Calúnia, injúria e difamação. A violência doméstica é questão de saúde pública. O Poder Público tem buscado por meio das ações afirmativas de políticas públicas amenizar os problemas enfrentados pelas vítimas de violência doméstica nos lares brasileiros. Para esse propósito, é imprescindível exibir em ordem cronológica os fatos, começando com da perspectiva histórica da violência doméstica no Brasil; da Lei Maria da Penha; da violência doméstica como questão de saúde pública; das ações afirmativas de políticas públicas; das outras leis que norteiam à violência doméstica; do entendimento jurisprudencial pátrio.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Formas de violência doméstica. Violência doméstica como questão de saúde pública. Ações afirmativas de políticas públicas.

SUMMARY

The scientific article aims to analyze the applicability of Law 11.340 of 2006 in the context of domestic violence in Brazilian homes. Domestic violence is a very serious and complicated social fact, which unfortunately is rooted in many Brazilian homes. Any problem, regardless of culture, age and social class, has caused negative implications, both in the physical and mental health of victims and the entire family, even reflecting on society. The Maria da Penha Law exposes the forms of aggression practiced in domestic violence, as being Physical: Any conduct that offends the integrity or bodily health of the woman; Psychological: Isolation and embarrassment of the woman, insult and constant surveillance; Patrimonial: Destruction or subtraction of goods, resources or personal documents; Sexual: Unwanted sexual intercourse, forcing marriage or preventing the use of contraceptive methods; Moral: Slander, insult and defamation. Domestic violence is a public health issue. The government has sought to alleviate the problems faced by victims of domestic violence in Brazilian homes through affirmative action public policies. To this end, it is essential to present the facts in chronological order, starting with the historical perspective of domestic violence in Brazil; the Maria da Penha Law; domestic violence as a public health issue; affirmative action public policies; other laws that govern domestic violence; and the understanding of national case law.

Keywords: Maria da Penha Law. Forms of domestic violence. Domestic violence as a public health issue. Affirmative action public policies.

RESUMEN

El artículo científico tiene como objetivo analizar la aplicabilidad de la Ley 11.340 de 2006 en el contexto de la violencia doméstica en los hogares brasileños. La violencia doméstica es un hecho social muy grave y muy complicado, que lamentablemente está arraigado en muchos hogares brasileños, todo problema independientemente de la cultura, edad y clase social, ha causado implicaciones negativas, tanto en la salud física como mental de las víctimas. como toda familia, reflexionando incluso sobre la sociedad. La Ley Maria da Penha expone las formas de agresión practicadas en la violencia doméstica, como Física: Cualquier conducta que ofenda la integridad o la salud corporal de la mujer; Psicológicos: Aislamiento y vergüenza de las mujeres, insultos y vigilancia constante; Patrimonial: Destrucción o robo de bienes, recursos o documentos personales; a Sexual: Relaciones sexuales no deseadas, forzar el matrimonio o impedir el uso de métodos anticonceptivos; Moral: Calumnia, injuria y difamación. La violencia doméstica es un problema de salud pública. El Poder Público ha buscado, a través de acciones afirmativas de políticas públicas, aliviar los problemas que enfrentan las víctimas de violencia doméstica en los hogares brasileños. Para ello, es fundamental presentar los hechos en orden cronológico, comenzando por la perspectiva histórica de la violencia doméstica en Brasil; la Ley María da Penha; la violencia doméstica como problema de salud pública; acción afirmativa en políticas públicas; otras leyes que orientan la violencia doméstica; del entendimiento jurisprudencial nacional.

Palabras Clave: Ley Maria da Penha. Formas de violencia doméstica. La violencia doméstica como problema de salud pública. Acción afirmativa en las políticas públicas.

INTRODUÇÃO

A violência doméstica é um fenômeno social grave e complexo, que ainda faz parte da realidade de muitos lares brasileiros, independentemente da cultura, da idade e da classe social, causando efeitos negativos, seja na saúde física como na saúde mental, tanto das vítimas como em toda família, inclusive tendo impacto na sociedade.

Com o surgimento da Lei Maria da Penha, a Lei nº. 11.340 de 2006, o ato da prática de violência doméstica passou a ser tipificado com legislação específica, sendo aperfeiçoada ao longo dos anos pelo Poder Público. As ações afirmativas de políticas públicas têm buscado amenizar as dificuldades enfrentadas pelas vítimas de violência doméstica nos lares brasileiros.

O tema em questão é o centro de debate, seja na esfera doutrinária e nos tribunais, sobretudo no campo infraconstitucional com promulgação de lei específica, denominada Lei Maria da Penha de 2006, portanto, se torna plausível fazer à seguinte investigação: como se dá o acolhimento pelos poderes do legislativo, do executivo e do judiciário, às vítimas de violência doméstica nos lares brasileiros?

O objetivo geral é trazer entendimento referente à violência doméstica nos lares brasileiros, tendo como base a Lei Maria da Penha, Lei nº. 11.340 de 2006. Já os objetivos específicos se apresentam em ordem cronológica os fatos, tais como: da perspectiva histórica da violência doméstica no Brasil; da Lei Maria da Penha; da violência doméstica como questão de saúde pública; das ações afirmativas de políticas públicas; das outras leis que norteiam à violência doméstica; do entendimento jurisprudencial pátrio.

A justificativa pela opção deste tema está na questão de entender que, à vítima de violência doméstica necessita urgentemente de respaldo e ajuda para vencer o medo e superar os traumas ocasionado pela prática de agressão do(a) oponente, buscando seus direitos, razão pela qual se torna pertinente à realização de um estudo profundo acerca da Lei infraconstitucional e dispositivo legal das outras leis brasileiras.

A metodologia consiste em uma pesquisa qualitativa, sendo fundamentada no procedimento de abordagem dialética. Já com relação às técnicas de pesquisa foi usada à revisão

bibliográfica para fins de coleta e análise de dados, bem como, de análise doutrinária e jurisprudencial pátria.

No final de tudo, se ratifica que a metodologia usada no presente estudo se limitou ao método dialético, enquanto a técnica de pesquisa utilizada se ateve à revisão bibliográfica.

Assim sendo, passa-se à análise da perspectiva histórica da violência doméstica no Brasil.

DA PERSPECTIVA HISTÓRICA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

A violência doméstica nos lares brasileiros tem aumentado vertiginosamente, demonstrando preocupação às autoridades de diversos setores do Poder Público, seja legislativo com promulgação de leis, seja executivo com criação e aplicação de políticas públicas, por meio de ações afirmativas, seja judiciário com zelo no cumprimento da legislação vigente.

É necessário de que seja realizado processo de reflexão por parte de toda à sociedade, pois à violência doméstica tem gerado efeitos negativos tanto às vítimas como aos familiares, toda brutalidade se dá pela imposição do homem sobre mulher nas relações conjugais.

Heleieth Saffioti expõe seu entendimento sobre lapso temporal histórico da possessão do homem quanto à mulher dizendo, “calcula-se que o homem haja estabelecido seu domínio sobre a mulher há cerca de seis milênios.” (SAFFIOTI, 1987, p.47)

A violência doméstica que ocorre contra a mulher não é problema atual, visto que, as mulheres se habituaram ao ato de barbárie, desde os tempos da antiguidade.

Para Maria Zelma Madeira; Renata Gomes Costa:

A violência contra mulher é determinada por aspectos sociais e culturais que definem e legitimam lugares, direitos, deveres e papéis diferenciados para mulheres e homens, embasando a desigualdade de gênero presente historicamente na sociedade contemporânea. (MADEIRA; COSTA, 2012, p.87)

A violência doméstica em que a mulher é submetida diariamente tem como escopo características de cunho social, cultural e em algumas vezes até econômico.

Vanessa Gurgel Adeodato preconiza que:

Violência contra a mulher é um problema social e de saúde pública, que consiste num fenômeno mundial que não respeita fronteiras de classe social, raça/etnia, religião, idade e grau de escolaridade. Atualmente, e em geral não importa o status da mulher, o locus da violência continua sendo gerado no âmbito familiar, sendo que a chance de a mulher ser agredida pelo pai de seus filhos, ex-marido, ou atual companheiro, é muitas vezes maior do que o de sofrer alguma violência por estranhos. (ADEODATO, 2005, p.109)

É notório ainda, que as pessoas vivem em modelo de famílias patriarcais, mesmo com modificações recentes nos arquétipos de construção das famílias na sociedade contemporânea, ainda se tem traços cravados do homem como sendo o cabeça da casa, impondo às mulheres o dever de zelar pela conservação do lar e da criação dos filhos.

Heleieth Saffioti descreve que:

A violência masculina contra a mulher atravessa toda a sociedade, estando presente em todas as classes sociais. Não importa se um Zé ninguém mate sua mulher com um machado, enquanto Doca Street assassinou barbaramente Ângela Diniz, usando um revólver. O resultado objetivo é o mesmo: o homicídio de mulheres por seus companheiros. (SAFFIOTI, 1987, p.55)

A violência doméstica do homem contra mulher deixou de ser problema privado, ou seja, somente da família envolvida no imbróglio, para se tornar problema de ordem pública, em que o Poder Público passou agir através de aplicação de políticas públicas por meio de atos de ações afirmativas em prol da vítima, já em casos de violência por parte do(a) agressor(a), imposição de medidas punitivas estatais ao(a) agressor(a), cabendo-lhe os rigores da lei.

Assim sendo, passa-se à análise da Lei nº 11.340 de 2006, denominada Lei Maria da Penha.

DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei nº 11.340 de 2006, denominada de Lei Maria da Penha.

O portal Migalhas apresenta o caminho até a lei:

1983 Maria da Penha foi vítima de dupla tentativa de feminicídio por Marco Antonio Heredia Viveros.

1991 1º julgamento de Marco Antonio Heredia Viveros, sentenciado a 15 anos de prisão, mas, devido a recursos solicitados pela defesa, saiu do fórum em liberdade.

1996 2º julgamento de Marco Antonio Heredia Viveros, condenado a 10 anos e seis meses de prisão. Contudo, a defesa alegou irregularidades processuais e a sentença não foi cumprida.

1998 O caso é denunciado para a comissão Inter-americana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA).

2001 Após receber quatro ofícios da CIDH/OEA, o Estado foi responsabilizado por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica praticada contra as mulheres brasileiras.

2002 Foi formado um Consórcio de ONG's Feministas para a elaboração de uma lei de combate à violência doméstica familiar contra a mulher.

7 de agosto de 2006 O então presidente Lula sancionou a Lei n. 11.340, mais conhecida como Lei Maria da Penha. (PORTAL MIGALHAS, 2019, s/p)

A Lei Maria da Penha até ser sancionada pelo presidente do Brasil Luiz Inácio Lula da Silva no ano de 2006 passou por caminhos muito dolorosos, tendo que ultrapassar obstáculos e preconceitos, por ocasião da vítima ser do gênero feminino.

O portal Migalhas descreve breve relato histórico da criação da Lei Maria da Penha, onde diz que:

(,,,) desde a sanção da lei Maria da Penha (lei 11.340/06). A norma criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, e entrou em vigor 45 dias após sua publicação. O nome da lei foi dado em homenagem à farmacêutica Maria da Penha, que sofreu duas tentativas de homicídio por parte do ex-marido e ficou paraplégica. Após anos passando por situações de violência, Maria da Penha conseguiu denunciar o agressor. (PORTAL MIGALHAS, 2019, s/p)

A Lei nº 11.340 de 2006, denominada de Lei Maria da Penha é o nome dado em homenagem à farmacêutica Maria da Penha, vítima de violência doméstica e tentativa de homicídio pelo ex-marido, ato que a deixou paraplégica.

De acordo com a Lei 11.340 de 2006, o conceito de violência doméstica é:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, Lei 11.340 de 2006)

O ato de violência seja da violência de gênero que se caracteriza por qualquer dano ou conduta que denegrida o gênero da pessoa ou da violência doméstica e familiar, pode a vítima ser tanto de gêneros iguais como distintos, ou seja, pode ser vítima da violência doméstica tanto a mulher como o homem.

Nada obstante, na maioria das vezes, se tem as mulheres como principais vítimas, em decorrência da cultura patriarcal e do sexo, pois ao homem à força e a brutalidade, já a mulher à paciência.

Maria do Socorro Osterne diz que:

[...] violência familiar, ou seja, aquela que ocorre no âmbito da família, mas que extrapola os limites do domicílio, como resultado de relações violentas entre membros da própria família. É, assim, o caso de um avô ou avó, tio ou tia que não habite o domicílio de seus parentes, mas que comete a violência em nome dos sagrados laços familiares. (OSTENIE, 2011, p.138)

É notório que, uma das principais características apresentada na violência doméstica é sua rotinização.

Barbara M. Soares, afirma que:

Ainda na sua forma típica, a violência doméstica contra a mulher envolve atos repetitivos, que vão se agravando, em frequência e intensidade, como coerção, cerceamento, humilhação, desqualificação, ameaças e agressões físicas e sexuais variadas. Além do medo permanente, esse tipo de violência pode resultar em danos físicos e psicológicos duradouros. (SOARES, 2005, p.13)

A violência doméstica destroi a imagem da vítima, dependendo da intensidade poderá causar danos incalculáveis, seja na esfera física, sexual, psicológica, patrimonial ou moral.

A Lei 11.340 de 2006, denominada de Lei Maria da Penha apresenta os seguintes formas de violência doméstica:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, Lei 11.340 de 2006)

O Portal Migalhas exhibe as formas praticadas de agressão na violência doméstica:

Física. Qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher.

Psicológica Isolamento e constrangimento da mulher, insulto e vigilância constante.

Patrimonial. Destruição ou subtração de bens, recursos ou documentos pessoais.

Sexual. Relação sexual não desejada, forçar o casamento ou impedir o uso de métodos contraceptivos.

Moral. Calúnia, injúria e difamação. (PORTAL MIGALHAS, 2019, s/p)

A agressão sofrida pela vítima, dependendo do tipo de violência doméstica suportada pela vítima, poderá acarretar perdas irreparáveis, deixando sequelas para toda vida.

Com relação à violência física Maria do Socorro Osterne relata que:

[...] um ato executado com intenção, ou intenção percebida, de causar dano físico a outra pessoa. O dano físico poderá ser compreendido desde a imposição de uma leve dor, passando por um tapa, até ao extremo de um assassinato. Pode deixar marcas, hematomas, cortes, arranhões, fraturas ou mesmo provocar a perda de órgão e a morte. (OSTENIE, 2011, p.134)

Há várias maneiras de se caracterizar a violência física, tais como: agressões, espancamentos, tapas, empurrões, queimaduras ou até mesmo emprego de armas brancas ou de fogo.

Na violência psicológica Maria do Socorro Osterne narra que:

A violência psicológica, também conhecida como violência emocional, é aquela capaz de provocar efeitos torturantes ou causar desequilíbrios/sofrimentos mentais. A violência psicológica poderá vir pela via das insinuações, ofensas, julgamentos depreciativos, humilhações, hostilidades, acusações infundadas, e palavrões. (p.135)

O ato de violência psicológica faz uso de palavras de baixo escalão (que significa nível) e/ou em outras vezes, o uso de palavras de calão (que significa palavra obscena) e ameaças, que ofende profundamente a vítima, abalando totalmente sua autoestima.

Sobre violência psicológica, Madeira; Costa:

A violência psicológica não é momentânea, mas se delinea na maneira que um cônjuge se relaciona com o outro, considerando este como seu objeto privativo. Dessa forma, alguns homens controlam e submetem emocionalmente as esposas. (MADEIRA; COSTA, 2012, p.90)

Já a violência sexual Maria do Socorro Osterne descreve que:

Por violência sexual compreende-se todo ato ou jogo sexual, relação hetero ou homossexual entre uma ou mais pessoas, praticada de maneira forçada, com níveis gradativos de agressividade, com vista de obtenção de prazer sexual por via de força. (OSTENIE, 2011, p.134)

É de entendimento geral que, a violência sexual se dá quando ocorre o ato sexual, ou ainda, a tentativa do mesmo contra a vontade da vítima, seja por meio de agressão e uso da força física.

No caso de violência patrimonial Clemente Silva Alves expõe que:

Analisando a subtração sem violência – furto – e a com emprego de violência ou grave ameaça – roubo – presentes nos artigos 155, 156 e 157, juntamente com a subtração presente na Lei 11.340/06, é possível perceber que enquanto aqueles estatuem a conduta da subtração de coisa móvel alheia, a lei de proteção à mulher abarca de forma mais ampla o verbo, já que além de tutelar bens inclui valores e direitos ou recursos econômicos. (ALVES, 2019, p. 33)

Na violência moral Maria do Socorro Osterne diz que:

A violência moral é tida como aquele tipo que atinge, direta ou indiretamente, a dignidade, a honra e a moral da vítima. Da mesma forma que a violência psicológica, poderá manifestar-se por ofensas, e acusações infundadas, humilhações, tratamento discriminatório, julgamentos levianos, trapaça e restrição à liberdade. (p.135)

A violência moral se compreende como qualquer ato que cause difamação ou injúria aos princípios da vítima de violência doméstica.

A violência doméstica é uma patologia doentia do(a) agressor(a), difícil de enfrentar, mas requer sejam tomadas medidas de bravura e coragem por parte da vítima, e também, medidas enérgicas por parte do poder público, com intuito de boa aplicação da punibilidade contra o(a) agressor(a).

Assim sendo, passa-se à análise da violência doméstica como questão de saúde pública.

DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMO QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

A violência doméstica no Brasil tem ultrapassado todos os limites da capacidade de entendimento humano, pois não se pode aceitar tanta indiferença e tamanha brutalidade do(a) agressor(a) à vítima.

A vítima de violência doméstica interpreta e descreve sua experiência como causadora de dor e sofrimento, é o que determina se supera seus problemas com tranquilidade, perante toda violência auferida.

Cabe dizer que é corriqueiro, “entre vítimas desse tipo de natureza lembrarem se de pequenos detalhes como o cheiro, o som, palavras ditas e imagens difíceis de elaborar naquele momento.” (DIAS, 2018, p. 608)

De acordo com o Portal CNJ, a violência contra a mulher é problema de saúde pública e a agressão mais comum é do parceiro íntimo, diz OMS:

O mais recente estudo publicado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) revelou, nesta quinta-feira (20/6), que a agressão cometida por parceiro íntimo é o tipo mais comum de violência contra as mulheres em todo o mundo, afetando 30% do total. De acordo com o relatório, a violência física ou sexual é um problema de saúde pública, porque pode provocar lesões imediatas, infecções, depressão e até transtorno mental. Ainda de acordo com o estudo, cerca de 35% de todas as mulheres devem sofrer violência ou em casa ou fora dela em algum momento de suas vidas.

No Brasil, as agressões contra a mulher têm sido punidas com o auxílio da Lei Maria da Penha, sancionada em 2006. A lei, segundo a juíza titular da 10ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (TJMA) Sônia Amaral, é conhecida por 98% da população, mas ainda precisa ser mais bem compreendida pelos agentes do Direito. “Não se trata apenas de conhecer a lei e ter vasto saber jurídico. É preciso que o juiz tenha visão ampla do problema. É frequente vítimas de violência serem questionadas sobre sua relação com o agressor de forma desrespeitosa, invertendo a lógica da violência”, ressaltou a juíza, que em 2009 recebeu o Prêmio Bertha Lutz, do Senado Federal, pela criação da Casa Abrigo do TJMA, que recebe mulheres vítimas de violência doméstica.

Para garantir a efetividade da Lei Maria da Penha, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) trabalha no sentido de divulgar e difundir a legislação e facilitar o acesso à Justiça da mulher que sofre com a violência..

A lei brasileira inspirou o Timor Leste a elaborar uma legislação para proteger a integridade das mulheres timorenses. Convidada a participar de debates naquele país, Sônia Amaral afirmou que, em relação à violência de gênero, a cultura do Timor ainda é de extrema leniência. “Organizações internacionais se mobilizam para conscientizar a população do Timor sobre a existência da lei de violência doméstica. No Timor, a sociedade e a própria polícia têm pouca ou nenhuma informação sobre a lei que visa combater a violência doméstica”, observou a magistrada.

Segundo ela, ainda é frequente naquele país os processos judiciais contra companheiros violentos estacionarem na Justiça. “Muitos juízes consideram esses crimes como menos importantes e avaliam que judicializar esses problemas provocaria a separação da família”, afirmou a juíza, que visitou o Timor a convite do Banco Mundial.

Para a magistrada, apesar da maior consciência da sociedade, o Brasil, assim como o Timor e outros países, ainda precisam melhorar muito a capacitação dos agentes do Direito, porque o Judiciário ainda não tem a visão completa da questão que envolve a violência contra a mulher.

“Pegue como exemplo o caso de Elisa Samudio. A juíza não concedeu medida protetiva alegando que, como era namorada, aquela relação não configurava relação doméstica quando, na verdade, a lei objetiva proteger a violência em decorrência do gênero”, comparou a magistrada, referindo-se ao caso da ex-amante do goleiro Bruno Fernandes, assassinada em Minas Gerais, a mando dele.

O relatório da OMS concluiu que quase dois quintos (38%) de todas as mulheres vítimas de homicídio foram assassinadas por seus parceiros, e 42% das mulheres que foram vítimas de violência física ou sexual por parte de um parceiro sofreram lesões como consequência. (PORTAL CNJ, 2013, s/p)

A violência doméstica é questão de saúde pública, conforme informação contida no relatório da OMS, afirma que a violência física atrelada à violência sexual é um problema seriíssimo, pode gerar lesões imediatas, infecções, depressão e até mesmo perturbação mental.

Assim sendo, passa-se à análise das ações afirmativas de políticas públicas.

DAS AÇÕES AFIRMATIVAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Com relação à violência doméstica no Brasil se faz necessário apresentar o conceito de ações afirmativas:

[...] um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, implementadas que visam combater à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego” (GOMES, 2001.p.135).

As ações afirmativas fazem parte de políticas públicas com intuito de amenizar os problemas enfrentados pelas vítimas de violência doméstica nos lares brasileiros.

Neste caso, a violência doméstica não é mais problema do setor privado, mas questão de saúde pública, requer medidas estatais direcionadas à prevenção e assistência das vítimas.

Maria do Socorro Osterne relata que: “Observa-se, não obstante, os significativos avanços legislativos, a criação de mecanismos institucionais e a implantação de políticas públicas destinadas a promoção da igualdade de gênero, que, no Brasil, se convive com graves problemas de discriminação contra as mulheres [...]”. (OSTERNE, 2011, p.133)

Não se aceita o apontamento da ocorrência de suposta ofensa ao princípio da igualdade de gênero:

Só quem não quer não enxerga a legitimidade de tal ação afirmativa que, nada obstante formalmente aparentar ofensa ao princípio da igualdade de gênero, em essência busca restabelecer a igualdade material entre esses gêneros, nada tendo, deste modo, de inconstitucional. Outras tantas ações afirmativas têm sido resultado de políticas públicas contemporâneas e, em que pesem algumas delas envoltas em polêmicas, não recebem a pecha de inconstitucionalidade. Citem-se as quotas para negros e estudantes pobres nas universidades, as quotas para deficientes em concursos públicos, as quotas para mulheres nas Eleições, etc (LESSA, 2007. p.4)

O princípio da igualdade de gênero, procura restabelecer a igualdade material entre os gêneros, principalmente no âmbito da violência doméstica, que muitas vezes a vítima é a parte mais vulnerável do imbróglio.

A Secretaria da Mulher da Câmara dos Deputados, explica como a rede atua no enfrentamento e a prevenção à violência:

Para atender às mulheres em situação de violência, a Rede de Atendimento está dividida em quatro principais setores ou áreas (saúde, justiça, segurança pública e assistência social) e é composta por duas principais categorias de serviços.

A **Rede de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres** se refere à atuação articulada entre instituições, serviços governamentais, não-governamentais e comunidade. Tem como foco o desenvolvimento de estratégias efetivas de prevenção e de políticas que garantam o empoderamento e a construção da autonomia das mulheres, seus direitos humanos, a responsabilização dos agressores e a assistência qualificada às mulheres em situação de violência. Assim, a Rede de

Enfrentamento tem por objetivos efetivar os quatro eixos previstos na Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres: combate, prevenção, assistência e garantia de direitos.

Já a **Rede de Atendimento às Mulheres em Situação de Violência** é formada por um conjunto de ações e serviços de diferentes setores (assistência social, justiça, segurança pública e saúde), para ampliar, melhorar a qualidade e humanizar o atendimento, a identificação e o encaminhamento adequado das mulheres em situação de violência. (BRASIL, Câmara dos Deputados, 2011, s/p)

De acordo com a Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República:

A Lei Maria da Penha prevê, como uma das estratégias de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, que “a assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso” (Art. 9º). Além disso, a Lei estabelece a criação de serviços especializados no atendimento dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, tais como: centros de referência de atendimento à mulher; casas-abrigo/serviços de abrigamento; núcleos de defensoria pública; serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializado; centros de educação e reabilitação dos agressores centros de responsabilização e educação dos agressores (todos previstos no art. 35) e juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 29). (SPM/PR, 2011, p.10,11)

A Lei 11.340 de 2006 garante diversas redes de apoio às vítimas e combate à violência doméstica, seja de maneira articulada, segundo os regramentos e as diretrizes descritas na Lei LOAS, no Sistema SUS, no Sistema SUSP, e outras regras, políticas públicas de proteção, políticas públicas através dos centros de referência de atendimento à mulher, casas-abrigo/serviços de abrigamento, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializado, centros de educação e reabilitação dos agressores centros de responsabilização e educação dos agressores, e ainda, os juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim sendo, passa-se à análise das outras leis que norteiam à violência doméstica.

DAS OUTRAS LEIS QUE NORTEIAM À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Para melhor compreendermos a violência doméstica, se faz necessário mencionar às leis que foram incorporadas à principal lei brasileira, que é a Lei Maria da Penha, tais como: a Lei Complementar nº 150 de 2015; a Lei nº 13.505 de 2017; a Lei nº 13.641 de 2018; a Lei nº 13.675 de 2018; a Lei nº 13.772 de 2018; a Lei nº 13.827 de 2019; a Lei nº 13.836 de 2019; a Lei nº 13.871 de 2019; a Lei nº 13.880 de 2019; a Lei nº 13.882 de 2019; a Lei nº 13.894 de 2019; a Lei nº 13.984 de 2020; a Lei nº 14.188 de 2021; a Lei nº 14.310 de 2022; a Lei nº 14.316 de 2022; a Lei nº 14.550 de 2023; a Lei nº 14.674 de 2023 e a Lei nº 14.887 de 2024.

Com relação à violência doméstica, as principais mudanças incorporadas pelas leis se podem trazer à baila, temas relacionados às medidas de proteção e garantias de direitos às vítimas de abusos e agressão.

A Lei Maria da Penha determina as medidas protetivas de urgência que obrigam o(a) agressor(a), redação dada por outras leis:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e (Incluído pela Lei nº 13.984, de 2020)

VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. (Incluído pela Lei nº 13.984, de 2020)

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público (...). (BRASIL, Lei 11.340 de 2006)

Neste mesmo sentido, na Lei Maria da Penha, ainda existem às medidas protetivas de urgência à parte ofendida, redação dada por outras leis:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

V - determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga. (Incluído pela Lei nº 13.882, de 2019)

VI – conceder à ofendida auxílio-aluguel, com valor fixado em função de sua situação de vulnerabilidade social e econômica, por período não superior a 6 (seis) meses. (Incluído pela Lei nº 14.674, de 2023) (BRASIL, Lei 11.340 de 2006)

Desta feita, também, se pode requerer o afastamento do(a) agressor(a) do domicílio e garantir a retomada da vítima, e se for o caso, de seus dependentes ao lar.

As leis que norteiam à violência doméstica trazem no seu bojo o apoio e ajuda às vítimas de agressões e abusos, tendo como escopo à proteção e à garantia de seus direitos, tendo como suporte à assistência social, médica, psicológica e humanitária.

Assim sendo, passa-se à análise do entendimento jurisprudencial pátrio.

DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL PÁTRIO

A violência doméstica nos lares brasileiros têm ultrapassado todos os limites ponderáveis, em que o(a) agressor(a), se acha no direito de dominar e impor seus desejos, anseios, ambições e vontades, em detrimento aos danos seja de ordem física, sexual,

psicológica, moral, e ainda, aos prejuízos seja ordem patrimonial e econômica, ocasionados à vítima.

Com relação ao entendimento jurisprudencial pátrio, já existem algumas decisões acerca da violência doméstica, em que o Poder Judiciário vem agindo energicamente, aplicando com rigor o cumprimento da legislação vigente, resguardando os direitos à vítima.

Neste sentido, já se posicionou eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL CONTRA MULHER (CP, ART. 129, § 13). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. 1. PROVA. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA. INTERROGATÓRIO. 2. ADEQUAÇÃO TÍPICA. LESÃO CORPORAL CONTRA MULHER (CP, ART. 129, § 13). LESÃO CORPORAL EM ÂMBITO DOMÉSTICO (CP, ART. 129, § 9º). RAZÃO DE CONDIÇÕES DE SEXO FEMININO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. EMPURRÃO E APERTO NO BRAÇO DE EX-COMPANHEIRA. 3. FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA. PEDIDO EXPRESSO NA INICIAL. 1. As declarações da vítima, no sentido de que o acusado empurrou-a, fazendo com que batesse o quadril, e apertou-a pelos braços, lesionando seus membros; aliadas à confissão parcial do acusado, que admitiu ter empurrado e segurado a ofendida para impedi-la de recuperar o celular dela própria, que ele ilicitamente mantinha consigo; são provas suficientes da autoria do crime de lesão corporal a ponto de autorizar a condenação. 2. Pratica o delito de lesão corporal contra mulher, e não o de lesão corporal em âmbito doméstico, o agente que empurra e aperta os braços da ex-companheira, uma vez que as razões da condição de sexo feminino decorrem do fato de que o crime envolve violência doméstica e familiar. 3. É inviável fixar valor mínimo para reparação do dano causado à vítima, em ação penal, se não há, na denúncia, pedido expresso neste sentido. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 5001035-45.2022.8.24.0049, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 04-06-2024). (TJSC, Publicado em 04/06/2024)

O entendimento dos nobres julgadores no acórdão é pela condenação do réu, neste caso, o agressor do gênero masculino, o ex-companheiro da autora, esta que é a vítima do crime de violência doméstica de lesão corporal no âmbito doméstico.

Neste diapasão, já se manifestou eg. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

APELAÇÃO CRIME – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA – 1. JUSTIÇA GRATUITA – NÃO CONHECIMENTO – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – 2. REFORMA DA DECISÃO QUE NÃO CONCEDEU AS MEDIDAS PROTETIVAS – ACOLHIMENTO – NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS – DECISÃO CASSADA, COM A DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS AO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO PARA A FIXAÇÃO DAS MEDIDAS – 3. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, PELA APRESENTAÇÃO DA CONTRARRAZÕES – DEFENSOR DATIVO NOMEADO – CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO NA PARTE CONHECIDA. 1. O pedido de assistência judiciária gratuita não admite conhecimento, por ausência de interesse recursal. 2. A Lei Maria da Penha prevê a possibilidade de aplicação da medida protetiva de urgência possuem natureza cautelar, perdurando enquanto persistirem a situação de risco da mulher, e a situação fática posta em análise demonstra a necessidade de aplicação das medidas acautelatórias. 3. O Estado deve arcar com o pagamento de honorários advocatícios ao defensor dativo nomeado pelo juiz à parte, juridicamente necessitada, para apresentação das contrarrazões recursais. (TJPR - 2ª Câmara Criminal - 0000842-23.2024.8.16.0129 - Paranaguá - Rel.: DESEMBARGADOR LUIS CARLOS XAVIER - J. 10.06.2024) (TJPR, Publicado em 10/06/2024)

Em razão do acórdão, em que os nobres Desembargadores, com base na Lei Maria da Penha, aplicam à medida protetiva de urgência, devendo perdurar enquanto persistirem a situação de risco da mulher, vítima de agressão de violência doméstica.

É notório, o grande avanço alcançado até este momento acerca da violência doméstica na esfera de atuação do Poder Público, porquanto, nos últimos anos se têm surgido novas leis, com intuito de amenizar o sofrimento das vítimas e encorajá-la para denunciar o(a) agressor(a).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No transcorrer de todo o artigo científico foi percebido que, a violência doméstica tem ocasionado estragos incalculáveis e muitas vezes até irreparáveis nas famílias e nos lares brasileiros.

É importante dizer que, com a promulgação da Lei 11.340 de 2006, denominada Lei Maria da Penha, a violência doméstica tem sido combatida energeticamente, com objetivo de proteger e amparar as vítimas decorrentes de ataques e abusos por parte do(a) agressor(a).

É notório que, a violência doméstica é questão de saúde pública, pois segundo relatórios da OMS às pessoas vitimas principalmente de violência física vinculada à violência sexual, podem gerar lesões imediatas, infecções, depressão e até mesmo perturbação mental, portanto, o apoio de entidades públicas e o amparo das redes de enfrentamento e atendimento são extremamente essenciais ao acolhimento das vitimas de violência doméstica.

Cabe dizer que, o Poder Público, seja na esfera legislativa, com leis mais severas, seja na esfera executiva, com implantação de ações afirmativas de políticas públicas, seja na esfera judiciária, com rigor no cumprimento das leis.

Isto posto, a jurisprudência pátria tem agido com muita rigidez na aplicação das leis, culminando com a condenação do(a) agressor(a), seja com medidas paliativas sócio-educativas e/ou cumprimento de penas restritivas, seja de direitos ou de liberdade.

Afinal de contas, a violência doméstica, infelizmente, se encontra em todas as camadas da população, mas precisa ser denunciada, combatida e arrancada do seio da sociedade, todavia, todas as pessoas, independente da classe social e do gênero, têm por direito constitucional de gozarem da proteção jurídica do Estado-nação, cabendo-o atuar no exercício deste poder com austeridade e galhardia, proporcionando ao povo, o bem estar social, culminando com a paz nas famílias e nos lares brasileiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEODATO, Vanessa Gurgel, et al. Qualidade de vida e depressão em mulheres vítimas de seus parceiros. Revista Saúde Pública, Ceará, n° 39, p. 108-13, 2005.
- ALVES, Clemente Silva. Violência Patrimonial contra mulher na constância das relações socioafetivas. 2019. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Centro Universitário de Anápolis, Goiás, 2019.
- BRASIL, CAMARA DOS DEPUTADOS. Conheça a rede que atua no enfrentamento e na prevenção à violência. Publicado em 2011. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/secretarias/secretaria-da-mulher/procuradoria-da-mulher-1/como-buscar-ajuda-em-caso-de-violencia/conheca-a-rede-que-atua-no-enfrentamento-e-na-prevencao-a-violencia>. Acesso em: 14 jun. 2024.
- BRASIL. Lei 11.340 de 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm Acesso em: 12 jun. 2024.
- DIAS, Samir Antonio Silvestre; CANAVEZ, Luciano Simões; MATOS, Elizabeth Santos de. Transtorno de Estresse Pós-Traumático em Mulheres Vítimas de Violência Doméstica: Prejuízos Cognitivos e Formas de Tratamento. Revista Valore, Volta Redonda, v. 3, p.597-622, Jul/Dez/2018.
- GOMES, J. B. B. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 38 n. 151 jul./set 2001.
- LESSA, M. Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher Lei Maria da Penha: Alguns comentários, 2007.
- MADEIRA, Maria Zelma; COSTA, Renata Gomes. Desigualdades de gênero, poder e violência: uma análise da violência contra a mulher. Revista O público e o privado, Ceará, n° 19, p. 79-89, Jan/Julho. 2012.
- OSTERNE, Maria do Socorro. A violência contra a mulher na dimensão cultural da prevalência do masculino. Revista O público e o privado, Ceará, n°.18, p. 129-45, julho/dez. 2011.
- PORTAL CNJ. Violência contra a mulher é problema de saúde pública e a agressão mais comum é do parceiro íntimo, diz OMS. Publicado em 20 jun. 2013. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/violencia-contra-a-mulher-e-problema-de-saude-publica-e-a-agressao-mais-comum-e-do-parceiro-intimo-diz-oms/#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20relat%C3%B3rio,algum%20momento%20de%20suas%20vidas>. Acesso em: 14 jun. 2024.
- PORTAL MIGALHAS. Em 13 anos, lei Maria da Penha passou por diversas alterações: sancionada em 7 de agosto de 2006, lei entrou em vigor 45 dias depois para coibir a violência contra a mulher. Publicado em: 06/08/2019 Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/308113/em-13-anos--lei-maria-da-penha-passou-por-diversas-alteracoes> Acesso em: 12 jun. 2024.
- SAFFIOTI, Heleieth, O Poder do macho. Coleção Polêmica, São Paulo: Moderna, 1987.
- SOARES, Bárbara M. Enfrentando a Violência contra a mulher: Orientações práticas para profissionais e voluntários. Brasília, 2005.
- SPM/PR Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres Secretaria de Políticas para as Mulheres Presidência da República. Rede de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Brasília, 2011.
- TJPR - 2ª Câmara Criminal - 0000842-23.2024.8.16.0129 - Paranaguá - Rel.: DESEMBARGADOR LUIS CARLOS XAVIER - J. 10.06.2024.
- TJSC, Apelação Criminal n. 5001035-45.2022.8.24.0049, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 04-06-2024

**A AUTONOMIA DA VONTADE DE PESSOAS COM MAIS DE 70 ANOS DE IDADE
NA ESCOLHA DO REGIME DE BENS NO CASAMENTO**
 THE AUTONOMY OF THE WILL OF PEOPLE OVER 70 YEARS OF AGE IN
 CHOOSING THE PROPERTY REGIME IN MARRIAGE
 LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS MAYORES DE 70 AÑOS
 EN LA ELECCIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO

Evantuir Juttel Pereira

adv.evantuirpereira@gmail.com

<https://lattes.cnpq.br/3970849721451170>

PEREIRA, Evantuir Juttel. **A autonomia da vontade de pessoas com mais de 70 anos de idade na escolha do regime de bens no casamento.** Revista International Integralize Scientific, Ed. n.39, p. 23 – 44 , setembro/2024. ISSN/2675 – 5203

Orientador: Prof. Dr. Rogério Gomes.

RESUMO

O artigo científico tem como escopo descortinar a celeuma presente no artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406 de 2002), institui que, nos casamentos em que um dos nubentes ou ambos possuam idade superior 70 anos de idade, deve ser aplicado o regime de separação obrigatória de bens. Nesse sentido, faz-se necessário trazer à baila qual a finalidade temática frente à luz da Carta Maior de 1988, levando em consideração, diversas discussões doutrinárias envolvendo o dispositivo legal supracitado, e principalmente, pelo fato de que, na data de 01 de fevereiro de 2024, pois a referida matéria apresentou repercussão geral da questão constitucional reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Isto posto, tem-se como análise à constitucionalidade do regime da separação obrigatória de bens imposta às pessoas maiores de 70 anos de idade. Para esse propósito, é imprescindível apresentar em ordem cronológica os fatos: a história do casamento no Brasil; o regime obrigatório de bens no decorrer dos tempos no Brasil; como se dava o casamento no período do Código Civil de 1916; a influência da Súmula nº 377 do STF e da Súmula nº 655 do STJ; a democratização brasileira pela Carta Maior de 1988; a chegada da modernidade pelo Código Civil de 2002, finalizando com o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal; tudo isso, em contraste com os pareceres doutrinários frente essa imposição. A temática em foco acarreta o embate entre à proteção do patrimônio da pessoa maior de 70 anos de idade e a limitação da autonomia da sua vontade frente ao regime de bens que lhe convier, motivo pelo qual seria relevante realizar um estudo acerca da constitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002.

Palavras-chave: Código Civil de 2002. Casamento. Regime de separação obrigatória de bens. (In)Constitucionalidade.

SUMMARY

The scientific article aims to uncover the controversy present in article 1,641, II, of the Civil Code of 2002 (Law No. 10,406 of 2002), which establishes that, in marriages in which one or both of the spouses are over 70 years of age, the mandatory separation of assets regime must be applied. In this sense, it is necessary to bring to light what the thematic purpose is in light of the Constitution of 1988, taking into account several doctrinal discussions involving the aforementioned legal provision, and mainly, due to the fact that, on February 1, 2024, the referred matter presented general repercussions of the constitutional issue recognized by the Plenary of the Supreme Federal Court. That said, the analysis has the constitutionality of the mandatory separation of assets regime imposed on persons over 70 years of age. For this purpose, it is essential to present the facts in chronological order: the history of marriage in Brazil; the mandatory property regime over time in Brazil; how marriage was established during the Civil Code of 1916; the influence of Summary nº 377 of the STF and Summary nº 655 of the STJ; the democratization of Brazil by the Constitution of 1988; the arrival of modernity by the Civil Code of 2002, ending with the recent judgment of the Supreme Federal Court; all of this, in contrast with the doctrinal opinions regarding this imposition. The topic in focus entails the conflict between the protection of the assets of a person over 70 years of age and the limitation of the autonomy of their will in relation to the property regime that suits them, which is why it would be relevant to conduct a study on the constitutionality of article 1.641, II, of the Civil Code of 2002.

Keywords: Civil Code of 2002. Marriage. Mandatory separation of property regime. (Un)Constitutionality.

RESUMEN

El artículo científico tiene como objetivo develar la controversia presente en el artículo 1.641, II, del Código Civil de 2002 (Ley nº 10.406 de 2002), que establece que, en los matrimonios en los que uno de los novios o ambos sean mayores de 70 años, debe aplicarse el régimen obligatorio de separación de bienes. En este sentido, es necesario plantear el propósito temático a la luz de la Carta Maior de 1988, tomando en consideración varias discusiones doctrinales en torno a la citada disposición legal, y principalmente debido a que, en la fecha del 1 de febrero de 2024, ya que el asunto mencionado tuvo una repercusión general de la cuestión constitucional reconocida por el Pleno del Supremo Tribunal Federal. Dicho esto, se analiza la constitucionalidad del régimen obligatorio de separación de bienes impuesto a las personas mayores de 70 años. Para ello, es fundamental presentar los hechos en orden cronológico: la historia del matrimonio en Brasil; el régimen de propiedad obligatorio a lo largo del tiempo en Brasil; cómo se desarrollaba el matrimonio durante el período del Código Civil de 1916; la influencia del Precedente Nº 377 del STF y del Precedente Nº 655 del STJ; democratización brasileña a través de la Carta Maior de 1988; la llegada de la modernidad a través del Código Civil de 2002, finalizando con la reciente sentencia del Tribunal Supremo Federal; todo ello, en contraste con las opiniones doctrinales respecto a esta imposición. El tema en foco conlleva el conflicto entre la protección del patrimonio de las personas mayores de 70 años y la limitación de la autonomía de su voluntad en relación al régimen patrimonial que les conviene, por lo que sería relevante realizar un estudio sobre la constitucionalidad del artículo 1.641, II, del Código Civil de 2002.

Palabras clave: Código Civil de 2002. Matrimonio. Régimen obligatorio de separación de bienes. (In)Constitucionalidad.

INTRODUÇÃO

O casamento deve apresentar sinais de concordância e de comum acordo da vida proba entre as duas pessoas, conseqüentemente, pelo elo criado passam se tornar companheiros e colaboradores dos deveres familiares pertinentes ao casal. Salienta-se que, o casamento desenvolve vários efeitos de natureza econômica, por este motivo se torna imprescindível o regime de bens.

O ordenamento jurídico brasileiro tem como regra geral, à liberdade de escolha do regime de bens por parte dos nubentes, em virtude da ausência do pacto antenupcial, admite-se como verdadeiro em razão de aparências que, os nubentes optaram pelo regime da comunhão parcial de bens.

Não obstante, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.641, impõe à obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento, por seguinte, tira o poder da autonomia de escolha dos nubentes, estabelecendo forçosamente e imperiosamente as pessoas maiores de 70 anos de casarem somente por este regime de bens.

O tema em questão é o centro de debate, seja na esfera doutrinária ou nos tribunais, sobretudo no campo constitucional, torna-se plausível fazer a seguinte investigação: a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento imposta às pessoas maiores de 70 anos de idade, se estaria em consonância com a Carta Maior de 1988?

O objetivo geral é escrutinar o texto escrito no inciso II do artigo 1.641 do Código Civil de 2002, sob uma visão constitucional. Já os objetivos específicos se apresentam em ordem cronológica os fatos, tais como: a história do casamento no Brasil; o regime obrigatório de bens no transcurso dos tempos no Brasil; como se ofertava o casamento sob égide do Código Civil de 1916; a influência da Súmula nº 377 do STF e da Súmula nº 655 do STJ; a democratização brasileira pela Carta Maior de 1988; o advento da modernidade pelo Código Civil de 2002, concluindo com o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal.

A justificativa pela opção deste tema está na questão do conflito existente entre à proteção do patrimônio das pessoas maiores de 70 anos de idade e à limitação da autonomia da

vontade frente ao regime de bens que lhe convier, razão pela qual se torna pertinente à realização de um estudo profundo acerca da constitucionalidade do citado dispositivo legal.

A metodologia consiste em uma pesquisa qualitativa, sendo fundamentada no procedimento de abordagem dialética. Com relação às técnicas de pesquisa foi usada à revisão bibliográfica para fins de coleta e análise de dados, bem como, de pareceres doutrinários sobre essa imposição e fundamentos jurisprudenciais.

No final de tudo, evidencia-se que a metodologia usada no presente estudo se limitou ao método dialético, enquanto a técnica de pesquisa utilizada se ateve à revisão bibliográfica.

Assim sendo, passa-se à análise de breve contexto histórico e conceitual do casamento, desde o início da República perpassando pela modernidade nos tempos atuais.

DA PERSPECTIVA HISTÓRICA DO CASAMENTO NO BRASIL

Na história do Direito brasileiro, até o advento da República, em 1889, só existia o casamento religioso. Ou seja, os não católicos não tinham acesso ao matrimônio”. (WALD, 2015. p. 39)

O casamento era “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”. (MONTEIRO, 1989. p.9)

De acordo com a jurista Maria Helena Diniz, se trata da ligação jurídica entre o homem e a mulher, visando à assistência mútua material e espiritual, de forma que haja uma conexão de natureza fisiopsíquica e, conseqüentemente, a constituição de uma família. (DINIZ, 2014)

Há tempos atrás, o casamento se definia como união de homem e mulher, com auxílio mútuo, com intuito de constituir família e procriarem.

Com a evolução da sociedade e o avanço da modernidade, no sentido de aceitar à convivência de pessoas do sexo oposto como possibilidade equivalente ao casamento, sobretudo “depois que a Constituição Federal o comparou, quanto aos seus efeitos, à união estável. (art. 226, & 3º, CF)”. (ARAUJO JUNIOR, 2018. p.4)

A sociedade está em constantes transformações e alterações, frequentemente sofre interferências do guardião da Carta Magna:

[...] a mais recente e radical mudança veio por meio de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou contrariar o art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal, qualquer norma que discrimine as pessoas em razão do sexo, como, por exemplo, o art. 1.723, do Código Civil. (ARAUJO JUNIOR, 2018. p.5)

O Supremo Tribunal Federal determina que, o gênero não mais se diferencie o casamento da união estável em decorrência da convivência de pessoas do mesmo sexo, pois nada impedem das pessoas homossexuais se habilitarem diretamente em cartórios de Registro Civil, querendo o casamento.

Já com relação à natureza jurídica do matrimônio, à doutrina diverge:

[...] enquanto para alguns, fundados no direito canônico, o casamento é uma “instituição”, devido principalmente ao seu caráter sociológico, supra individualista; para outros, na chamada concepção clássica ou individualista, o casamento é um

contrato, uma vez que fruto de um acordo de vontades. (ARAUJO JUNIOR, 2018. p.6)

O casamento pode ser determinado como um ato complexo, condicionado em parte da autonomia privada dos noivos, mas reforçado com a aquiescência dos noivos a um conjunto de normas preordenadas, para vigorarem a partir da realização do matrimônio, sendo este um ato privativo do Estado. (MADALENO, 2022).

Na visão de Paulo Lobô:

O casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual o casal constitui família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado. A liberdade matrimonial é um direito fundamental, apenas limitado nas hipóteses de impedimento legal, como o incesto ou a bigamia. O termo casamento abrange, para muitos, o ato constitutivo e, também, a entidade ou instituição que dele se constitui (LÔBO, 2018. p. 69).

Na ótica de Flávio Tartuce, “o casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto”. (TARTUCE, 2017. p.47)

O novo conceito é apresentado na era da modernidade, “no sentido de atribuir ao casamento uma natureza híbrida, ou seja, um contrato de natureza *sui generis*, pessoal e social”. (ARAUJO JUNIOR, 2018. p.19)

Isto posto, o casamento toma o feitiço de um ato complexo de caráter institucional, que depende da manifestação livre da vontade dos noivos, contudo se finaliza pela celebração, a qual é ato privativo de representante do Estado.

Assim sendo, passa-se à análise de alguns conceitos básicos e elementos, que disciplinam o regime de bens no casamento.

DO REGIME DE BENS

A lei que disciplina o regime de bens é a Lei n. 10.406 de 2002 (Código Civil de 2002), parte do Título II do livro IV.

Na legislação anterior (Código Civil de 1916), o regime de bens estava no Livro I da Parte Especial, compondo o Direito de Família e não disciplinava importantes questões de direito patrimonial matrimonial.

O regime de bens é o regramento das relações econômicas entre os nubentes, tendo como objetivo, disciplinar o patrimônio dos cônjuges antes e na vigência do casamento, de acordo com a sua vontade, todavia, dentro dos limites da lei.

Caio Mario da Silva Pereira preconiza que não há casamento sem regime de bens:

Não se pode, em verdade, conceber um casamento sem regime de bens, mesmo nos países de economia socialista, e ainda que os cônjuges conservarem seus patrimônios totalmente estanques e sem encargos patrimoniais, pois a lei que o estabelecesse estaria instituindo desta maneira um regime de bens. (PEREIRA, 2004. p.187)

Como regime de bens, “entende-se o conjunto de normas que disciplina a relação jurídico-patrimonial entre os cônjuges ou, simplesmente, o estatuto patrimonial do casamento”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012. p.314)

Nas palavras do doutrinador Flávio Tartuce, “o regime matrimonial de bens pode ser conceituado como sendo o conjunto de regras relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar, sendo as suas normas, em regra, de ordem privada”. (TARTUCE, 2017. p.130)

Desta feita, o regime de bens é o regramento das relações econômicas entre os nubentes, tendo como objetivo, disciplinar o patrimônio dos cônjuges antes e na vigência do casamento, de acordo com a sua vontade, todavia, dentro dos limites da lei.

Portanto, o cerne das relações econômicas entre os civilmente casados esta certamente, no regime de bens, pois é a regra patrimonial do casamento.

Em suma, o regime de bens serve não somente para regulamentar a administração do patrimônio durante o casamento, mas também depois da dissolução por meio do divórcio ou óbito de um dos cônjuges.

Assim sendo, passa-se à análise de algumas informações do Código Civil de 1916, com relação ao regime de bens no casamento.

DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

A evolução histórica do casamento no contexto das famílias no século XX:

No Brasil, país predominantemente católico, prevaleceu o casamento religioso até o ano 1861, quando, diante da crescente imigração de pessoas que professavam outras religiões, surgiu lei regulando o casamento dos não católicos. Entretanto, somente após a Proclamação da República foi introduzido pelo Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, o casamento civil obrigatório, que foi consolidado pelo Código Civil de 1916. (ARAUJO JUNIOR, 2018. p.6,7)

O regime de bens estava no Livro I, da Parte Especial, Título III, do Código Civil de 1916, descrito como regime dos bens entre os cônjuges, constituindo o Direito de Família e não regulava importantes temas de direito patrimonial matrimonial.

Na visão da doutrinadora Maria Berenice Dias:

Quando da edição do Código Civil de 1916, havia um único modo de constituição da família: pelo casamento. A família tinha viés patriarcal e as regras legais refletem esta realidade. A influência religiosa persiste. Somente era reconhecida a família unida pelos sagrados laços do matrimônio, por ser considerado um sacramento sagrado em sua origem. Não havia outra modalidade de convívio aceitável. O casamento era indissolúvel. A resistência do Estado em admitir outros relacionamentos era de tal ordem, que a única possibilidade de romper com o casamento era o desquite, que não dissolvia o vínculo matrimonial e, via de consequência, impedia novo casamento. (DIAS, 2020. p. 458).

Com a chegada do Código Civil de 1916, surge o casamento civil imperativo, não somente religioso, pois, antes as famílias se estabeleciam ligadas ao contexto religioso.

No Código Civil de 1916, a família fora do casamento, “era ilegítima, espúria ou adúlterina, e não merecia a proteção do ordenamento jurídico familiarista, projetando efeitos, tão somente, no âmbito das relações obrigacionais”. (FARIAS; ROSENVALD, 2019. p.174)

No regime de separação de bens no casamento, “sob a égide do Código Civil de 1916, a doutrina e jurisprudência faziam expressa distinção entre o regime de separação fruto da opção

dos cônjuges, por meio de pacto antenupcial (separação absoluta), e aquele imposto pela lei (separação obrigatória)”. (ARAÚJO JUNIOR, 2018. p.36)

O regime obrigatório de bens estava estabelecido no artigo 258, do Código Civil de 1916.

Art. 258. Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal.

Parágrafo único. É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento:

I. Das pessoas que o celebrarem com infração do estatuto no art. 183, n^os XI a XVI (art. 216).

II. Do maior de sessenta e da maior de cinquenta anos.

III. Do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395. embora case, nos termos do art. 183, n^o XI, com o consentimento do tutor.

IV. E de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, n^o XI, 384, n^o III, 426, n^o I, e 453). (BRASIL. CC 1916, Publicado em 01/01/1916).

No Código Civil de 1916, o regime de separação obrigatória de bens, se dava por razões etárias, portanto, não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, tornando compulsório o regime de separação para o homem maior de 60 (sessenta) e a mulher maior de 50 (cinquenta) anos de idade.

Assim sendo, passa-se à análise de alguns elementos da súmula 377 do STF e da súmula 655 do STJ, frente ao regime obrigatório de bens no casamento.

DA SÚMULA 377 DO STF E DA SÚMULA 655 DO STJ

O relatório do instituto da separação obrigatória de bens na Súmula do 377 do STF e na Súmula 655 do STJ:

A separação obrigatória de bens, já provocava desconforto no Supremo Tribunal Federal (STF), razão pela qual, ainda quando cumulava as funções de instância recursal, guardião da legislação federal (leis ordinárias) e da Carta Maior (constituição federal), sintetizou sua jurisprudência sobre o tema na súmula 377, aprovada na sessão plenária de 03 de abril de 1964, procedente de decisões que, tiveram como referências legislativas os artigos 258 e 259 da Lei 3.071 de 1916 (código civil de 1916), o artigo 7^o, § 5^o do Decreto Lei 4.657 de 1942, artigo 3^o da lei n^o 883 de 1949, e artigo 18, do Decreto Lei 3.200 de 1941, que ampararam os precedentes RE 10951 (DJ de 26/09/1963), RE 7243 EI (DJ de 16/08/1957), RE 8984 EI (DJ de 11/01/1951) e RE 9128 (DJ de 17/12/1948). O texto da súmula: “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.” No entanto, se buscava redução por força pretoriana, sendo o principal efeito do regime de separação, o de determinar incomunicabilidades ao admitir à comunhão de aquestos. A súmula 377 do STF, ganhou ultimamente uma versão dada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), aplicável à união estável de pessoas com idade igual ou maior de setenta anos. Consequentemente, fazendo referência à súmula 655 do STJ, cujo conteúdo, além de revitalizar a súmula do STF, garante seus efeitos até na união estável e concretiza a exigência de prova do esforço comum para a comunhão de aquestos: “Aplica-se à união estável contraída por septuagenário o regime da separação obrigatória de bens, comunicando-se os adquiridos na constância, quando comprovado o esforço comum.” (SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/11/2022, DJe 16/11/2022). (ASSUMPÇÃO; RIBEIRO, Publicado em: 02/02/2024).

Com a possibilidade de afastamento da súmula 377, por acordo entre os companheiros, estimulada pelo saudoso Mestre Zeno Veloso, declaração que motivou o julgamento do Superior Tribunal de Justiça:

no casamento ou na união estável regidos pelo regime da separação obrigatória de bens, é possível que os nubentes/companheiros, em exercício da autonomia privada, estipulando o que melhor lhes aprouver em relação aos bens futuros, pactuem cláusula mais protetiva ao regime legal, com o afastamento da Súmula n. 377 do STF, impedindo a comunhão dos aquestos. (STJ, REsp 1.922.347/PR, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07.12.2021, DJe de 01.2.2022). (TARTUCE, Publicado em: 31/01/2024)

Diante do exercício da autonomia privada, os nubentes poderiam estipular o que melhor lhes agrada em relação aos bens vindouros, o regime de bens obrigatório para pessoas com idade acima de 70 anos já sucumbia pelas mudanças frequentes advinda da sociedade, precisando de novas regras da Corte Superior.

Assim sendo, passa-se à análise de alguns requisitos basilares na Carta Maior de 1988, no ordenamento jurídico brasileiro, como no casamento e na família.

DA CARTA MAIOR DE 1988

O casamento tem previsão legal no artigo 226, parágrafo 1º, 2º e ss., da Carta Maior de 1988, sendo civil e gratuita a sua celebração, além de ter efeito civil quando celebrado no religioso.

Com o advento da sociedade moderna, o ordenamento jurídico brasileiro não ficou inerte, logo com a promulgação da Carta Maior de 1988, o panorama jurídico do Direito das Famílias foi alterado, conforme o artigo 226, pelo qual:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuito a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

~~§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.~~

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL. CRFB 1988. Publicada em: 05/10/1988).

De acordo com a Carta Maior de 1988, onde estabelece que, a família e não o casamento é à base da sociedade, merecendo especial proteção do Estado, conforme artigo 226, caput, deste regramento. Portanto, o casamento não tem proteção do Estado, mas somente à família goza do amparo legal do Estado.

Assim sendo, passa-se à análise de algumas condições para celebração do casamento, seja no regime de separação de bens convencional, ou legal ou obrigatório.

DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A Lei n. 10.406 de 2002 (Código Civil de 2002), parte do Título II do livro IV, estabelecido nos artigos 1.639 a 1.688.

A legislação estipula 4 (quatro) regimes de bens: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, participação final nos aquestos e separação de bens.

Segundo o doutrinador Flávio Tartuce, “o regime da separação de bens pode ser *convencional* (origem em pacto antenupcial) ou *legal ou obrigatório* (nos casos do art. 1.641 da atual codificação)”. (TARTUCE, 2017. p.192)

Em vista disso, a separação convencional é diferente da separação obrigatória.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald preconizam em sua obra:

No regime de separação convencional não existem bens comuns, estabelecendo, pois, uma verdadeira separação absoluta de bens. No ponto, inclusive, ele se difere da separação obrigatória ou legal, submetida ao art. 1.641 do Código de 2002. Nesta (separação obrigatória), por conta da incidência da Súmula 377 da Suprema Corte, haverá comunhão dos aquestos (bens adquiridos onerosamente na constância do casamento), deixando claro que a separação não é total. Naquela (separação convencional), inexistem bens comuns, permitindo que seja, de fato denominada separação absoluta ou total. Isto, por si só, já serve para justificar a exigência de outorga, consentimento, do cônjuge para alienar ou onerar bens imóveis e para prestar fiança ou aval, se o matrimônio estiver sob o regime de separação obrigatória, sendo totalmente desnecessária, por lógico, esta outorga se o casamento é regido pela separação convencional. (FARIAS; ROSENVALD, 2010. p.291)

Do Código Civil de 2002, de 10 de janeiro de 2002 até o surgimento da Lei n. 12.344, de 09 de dezembro de 2010, onde elevou a idade base de 60 (sessenta anos) para 70 (setenta anos), alterando o inciso II do artigo 1.641 da Lei n. 10.406 de 2002.

O artigo 1.641, do Código Civil de 2002, estipula algumas hipóteses em que à vontade dos nubentes não é respeitada, pois ocorre à imposição do regime da separação obrigatória de bens, *ipsis litteris*:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. (BRASIL. CC 2002. Publicado em: 10/01/2002).

Salienta-se que, as proibições de escolha do regime de bens imposta aos maiores de 70 anos, abrevia à autonomia destas pessoas, gerando um imenso constrangimento, tendo em vista do impedimento à liberdade de contrair o matrimônio, logo, usurpando 2 (dois) dos princípios mais importantes previstos na Carta Maior de 1988: a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

Assim sendo, passa-se à análise profunda do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da matéria de objeto do recurso extraordinário com agravo (ARE)

1309642, que compreende a repercussão geral reconhecida pelo plenário (tema 1236), referente ao texto do artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002.

DO JULGAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL

Com relação ao tema em tela, onde se aborda a (IN)constitucionalidade do artigo 1641, II, do Código Civil de 2002.

O Supremo Tribunal Federal, desde anos de 1960 não tinha mais se debruçado sobre o tema, mas na data de 1º de fevereiro de 2024, no julgamento da matéria objeto do recurso extraordinário com agravo (ARE) 1309642, com repercussão geral reconhecida pelo plenário (tema 1236), se faz inserir no sistema uma novidade de amplo impacto social e jurídico, sobretudo no direito de família e no direito das sucessões.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família, expõe como se deu o início da luta pela busca do direito:

O julgamento do ARE 1309642 (Tema 1236) começou em 18 de outubro de 2023 e surgiu como repercussão de um caso que ocorreu na cidade de Bauru, no interior de São Paulo, no qual um homem e uma mulher mantiveram uma união estável de 2002 a 2014, ano em que ele morreu.” (IBDFAM; Publicado em 01/02/2024).

O Supremo Tribunal Federal, veio deliberar acerca da (IN)constitucionalidade do artigo 1641, II, do Código Civil de 2002, sendo que à tese estabelecida impacta diretamente regimes patrimoniais e sucessórios das pessoas acima de 70 (setenta) anos de idade.

A Corte Superior decide sobre o regime obrigatório de bens para pessoas acima de 70 (setenta) anos de idade:

O Supremo Tribunal Federal – STF negou provimento ao Recurso Extraordinário com Agravo – ARE 1309642 (Tema 1236) e, por unanimidade, fixou o entendimento de que, “nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoas maiores de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no artigo 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública”. (IBDFAM; Publicado em 01/02/2024).

No caso em tela, o STF decide que, nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoas maiores de 70 anos, o regime de separação de bens do artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública no Cartório de Registro Civil.

O IBDFAM exhibe o voto do jurista, Ministro e presidente do STF Luis Roberto Barroso:

Barroso advertiu que utilizar idosos como instrumento para satisfazer interesses dos herdeiros vai contra o princípio da autonomia. “Além disso, utilizar a idade como elemento de desequiparação entre as pessoas é vedado pela Constituição Federal, sendo ilegítimo, uma vez que são pessoas maiores e capazes. Considero que a interpretação que dê cogência a esse dispositivo seja inconstitucional”, pontua. (IBDFAM; Publicado em 01/02/2024).

O Ministro Luis Roberto Barroso, declara em seu voto que, não se pode usar como parâmetro o limite máximo de idade das pessoas para fixar qual o regime de bens do casamento, pois é inconstitucional tal medida, gerando desequilíbrio e discriminação entre as pessoas.

A visão do doutrinador Flávio Tartuce sobre regime de separação obrigatória de bens na atualidade:

Além do citado problema de inconstitucionalidade, a verdade é que o regime da separação obrigatória de bens, em todos os incisos do art. 1.641 do vigente Código Civil, revelou-se absolutamente anacrônico, excessivamente limitador da liberdade, distante da realidade contemporânea e só gerou problemas nos últimos anos, além de uma desnecessária e excessiva judicialização. (TARTUCE; Publicado em: 31/01/2024)

Neste caso, há visivelmente o problema de inconstitucionalidade, pois o artigo 1.641, do Código Civil de 2002, que trata do regime da separação obrigatória de bens, se encontra totalmente obsoleto e arcaico, restringe à liberdade das pessoas, longe da modernidade.

O doutrinador Flávio Tartuce preconiza sobre a revogação do artigo 1.641, do Código Civil de 2002:

Ainda de acordo com a subcomissão de Direito de Família, "foi proposta a revogação de todo o artigo 1.641, com consequente ajuste redacional no art. 1.654. Com a revogação, o instituto da separação obrigatória de bens em razão da idade ou da pseudoconfusão de bens por não haver sido feito a partilha ou o inventário de um relacionamento anterior, deixa de existir em nosso sistema. A normatização revogada discrimina as pessoas no tocante à sua capacidade de discernimento, apenas porque septuagenários, assim como é incoerente impor um regime obrigatório de separação de bens por supor que pudessem ser confundidos os bens da relação afetiva anterior com o novo relacionamento conjugal ou convivencial, sabido que toda classe de bens goza de fácil comprovação quanto à sua aquisição, quer se tratem de imóveis, móveis, semoventes, automóveis, depósitos e aplicações financeiras, constituições de sociedades empresárias etc." (TARTUCE; Publicado em: 31/01/2024)

O regime de separação obrigatória de bens tem sido ao longo dos tempos discriminatório e anacrônico, pessoas ficando impedidas de expressar sua vontade em decorrência de idade avançada, não são mais aceitáveis tais pensamentos retrógrados em pleno século XXI.

Flávio Tartuce opina pela retirada do texto legal do regime de separação obrigatória de bens, na reforma que breve virá no Código Civil de 2002:

Espera-se, portanto, que essa proposta de modificação do sistema civilístico, retirando-se do Código Civil a separação obrigatória de bens, seja adotada pela Comissão de Juristas e, sucessivamente, pelo Parlamento Brasileiro. Não há, no meu entender, mais qualquer justificativa para essa indesejada limitação da autonomia privada dos cônjuges e dos companheiros, que só gerou profundos e graves problemas nos últimos anos. (TARTUCE; Publicado em: 31/01/2024).

Diante da reforma do Código Civil de 2002, que está em plena atividade no Congresso Nacional, dotada de comissão de juristas da mais alta capacidade técnica, possa rever e modificar o sistema civilista brasileiro, com intuito de revogar o artigo 1.641, do diploma legal, evitando indesejáveis limitações da autonomia da vontade da escolha de regime de bens ao casamento.

Em síntese, ao se avaliar o posicionamento do guardião da Carta Maior de 1988, o regime estabelecido em razão do artigo 1.641, II, do Código Civil de 2002, decide que é constitucional, mas pode ser afastado por convenção entre as partes, mediante a lavratura de pacto antenupcial no Cartório de Registro Civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No transcorrer de todo o artigo científico foi notório a importância dos pressupostos universais que definem as regras pela qual uma sociedade civilizada se orienta como o chamado princípio da liberdade de escolha na realização do pacto antenupcial.

Embora exista norma favorável ao pacto antenupcial, a sociedade evolui e novos anseios e arranjos familiares acabam determinando modelos mais atraentes, com intuito de atender as expectativas dos nubentes.

Em vista disso, sugestões têm surgido como, por exemplo, o modelo híbrido de regime de bens, com composição diversificada, tudo firmado na liberdade de escolha dos nubentes.

O princípio da liberdade de escolha pelo regime de bens no casamento, tem ganhado cada vez mais adeptos de grandes juristas e doutrinadores brasileiros, com argumento da menor interferência do Estado no âmbito familiar, na área do Direito das Famílias, de tal modo, estabelecendo o princípio da autonomia da vontade de cada pessoa, cabendo cada pessoa dispor e administrar seus próprios bens.

Não são aconselháveis os extremos, pois causam restrições que podem ocasionar danos irreparáveis até obstar à evolução da sociedade, mas o meio termo, o centro é sempre a mais perfeita opção de escolha, sendo mais plausível e equilibrada, abrindo espaço para novos caminhos, visa o que melhor se adéqua ao caso, busca o mais favorável na composição do regime de bens no casamento dos nubentes, viver com liberdade de escolha.

Afinal de contas, o ordenamento jurídico brasileiro deve expandir seus horizontes, possibilitando aos nubentes, o direito de liberdade de escolha do regime de bens no casamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO JUNIOR, Gediel Claudino de. Prática no direito de família. 10ª ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.
- ASSUMPCÃO, Leticia Franco Maculan; RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. Artigo - A “separação obrigatória” para o maior de 70 anos não é mais “obrigatória”. Publicado em: 02/02/2024. Disponível em: <https://recivil.com.br/o-regime-da-separacao-obrigatoria-para-o-maior-de-70-anos-nao-e-mais-obrigatoria/> Acesso em: 08 mar. 2024.
- BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm Acesso em: 13 mar. 2024.
- BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 13 mar. 2024.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 13 mar. 2024.
- WALD, Arnaldo. Direito de Família. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito de família. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MADALENO, Rolf. Manual de direito de família. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- TARTUCE, Flávio. Direito civil. v.5 12ª. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- TARTUCE; Flávio. A reforma do Código Civil - Fim do regime da separação obrigatória de bens. Publicado em: 31/01/2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucesoes/401100/a-reforma-do-cc-fim-do-regime-da-separacao-obrigatoria-de-bens> Acesso em: 08 mar. 2024.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. v. 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: Direito de família, as famílias em perspectiva constitucional. v.6. 2ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 13ª. ed. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2020.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. Salvador: Juspodivm, 2019.
- IBDFAM; Assessoria de Comunicação do IBDFAM. STF decide que maiores de 70 anos podem afastar regime de separação de bens em casamentos e uniões estáveis. Publicado em 01/02/2024. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/11527> Acesso em: 08 mar. 2024.

A OBRIGATORIEDADE DAS NOVAS ALÍQUOTAS TRAZIDAS PELA REFORMA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA AO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO NO INSTITUTO DA HERANÇA E DA DOAÇÃO

THE MANDATORY OF THE NEW RATES BROUGHT BY THE BRAZILIAN TAX REFORM TO THE TRANSMISSION TAX CAUSES DEATH AND DONATION AT THE INSTITUTE OF INHERITANCE AND DONATION

LA OBLIGATORIA DE LAS NUEVAS TASAS IMPULSADA POR LA REFORMA TRIBUTARIA BRASILEÑA AL IMPUESTO DE TRANSMISIÓN CAUSA MUERTE Y DONACIÓN EN EL INSTITUTO DE HERENCIA Y DONACIÓN

Evantuir Juttel Pereira

adv.evantuirpereira@gmail.com

<https://lattes.cnpq.br/3970849721451170>

PEREIRA, Evantuir Juttel. **A obrigatoriedade das novas alíquotas trazidas pela reforma tributária brasileira ao imposto de transmissão causa mortis e doação no instituto da herança e da doação.** Revista International Integralize Scientific, Ed. n.39, p. 35 – 44 , setembro/2024. ISSN/2675 – 5203
Orientador: Prof. Dr. Rogério Gomes.

RESUMO

O artigo científico tem como intuito analisar a influência da progressividade do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação, portanto, se faz necessário trazer à baila qual a finalidade temática frente à luz da Carta Magna de 1988, levando em consideração, diversas discussões doutrinárias envolvendo o elemento da contribuição quantitativa, buscando mudanças no dispositivo legal do Sistema Tributário Nacional, principalmente, pelo fato de alíquotas fixas ou progressivas de até 8%, como já aplicadas em diversos Estados da federação. Isto posto, a capacidade contributiva, se encontra mais conectada ao conceito de justiça ou à arrecadação justa, porquanto, na medida em que o nível da progressividade da alíquota se impactaria a distribuição de renda do contribuinte, a perpetuação da riqueza e a tangibilidade de direitos fundamentais, se ofende o princípio da Isonomia, já que, o Brasil figura como uma das maiores desigualdades sociais do mundo, a desigualdade se decorre da política fiscal injusta, onde parcela mais pobre e vulnerável da população arca com a maior parte do custeio dos serviços básicos, proporcional à classe mais rica brasileira, cujas famílias abastadas transferem e mantêm o patrimônio ao longo de gerações.

Palavras-chave: Do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação. Das alíquotas do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação. Do princípio da capacidade contributiva.

SUMMARY

The scientific article aims to analyze the influence of the progressivity of the Inheritance and Donation Tax, therefore, it is necessary to bring to the table what the thematic purpose is in light of the 1988 Magna Carta, taking into account several doctrinal discussions involving the element of quantitative contribution, seeking changes in the legal device of the National Tax System, mainly due to fixed or progressive rates of up to 8%, as already applied in several states of the federation. That said, the taxable capacity is more closely linked to the concept of justice or fair collection, because, to the extent that the progressiveness of the tax rate would impact the distribution of the taxpayer's income, the perpetuation of wealth and the tangibility of fundamental rights, the principle of equality is violated, since Brazil has one of the greatest social inequalities in the world. Inequality is the result of unfair tax policy, where the poorest and most vulnerable part of the population bears the majority of the cost of basic services, in proportion to the richest Brazilian class, whose wealthy families transfer and maintain their assets over generations.

Keywords: Inheritance and Donation Inheritance Tax. Inheritance and Donation Inheritance Tax rates. Inheritance and Donation Inheritance Tax principle.

RESUMEN

El artículo científico tiene como objetivo analizar la influencia de la progresividad de la Causa Mortis y del Impuesto de Transmisión de Donaciones, por lo que es necesario plantear el propósito temático a la luz de la Carta Magna de 1988, teniendo en cuenta varias discusiones doctrinales que involucran el elemento de cuantitativa. contribución, buscando cambios en el dispositivo legal del Sistema Tributario Nacional, principalmente por el

hecho de tasas fijas o progresivas de hasta el 8%, como ya se aplican en varios estados de la federación. Dicho esto, la capacidad de contribuir está más conectada con el concepto de justicia o recaudación equitativa, porque, en la medida en que el nivel de progresividad de la tasa impactaría en la distribución del ingreso del contribuyente, la perpetuación de la riqueza y la tangibilidad de los derechos fundamental, se ofende el principio de Isonomía, ya que Brasil tiene una de las mayores desigualdades sociales del mundo, la desigualdad surge de una política fiscal injusta, donde la porción más pobre y vulnerable de la población soporta la mayor parte del costo de los servicios valores básicos, proporcional a la clase brasileña más rica, cuyas familias adineradas transfieren y mantienen la riqueza a lo largo de generaciones.

Palabras clave: Impuesto de Transmisión Causa Mortis y Donación. Las tasas del Impuesto de Causa Mortis y de Transmisión de Donaciones. El principio de capacidad contributiva.

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro é imprescindível que, quaisquer discussões sobre iminente reforma tributária, prontamente, se traz à baila o assunto da justiça distributiva. De outro modo, qualquer interferência pode prejudicar gravemente o sistema que, já é muito desequilibrado, cumulativo e retrógrado.

Em referência ao sistema tributário nacional que, em breve entra em vigor, pois o Projeto de Lei já foi aprovado e convertido em lei, através da votação pelo sistema bicameral no Congresso Nacional (câmara dos deputados e senado federal) no ano 2024, no entanto, a eficácia das regras propostas deverá observar os princípios da anterioridade anual e nonagesimal, de sorte que as alterações realizadas entrem em vigência a partir do ano seguinte de 2025.

Neste sentido, eventuais transferências de ativos a título de herança ou doação, ainda, no ano de 2024 estarão sujeitas à alíquota atual de cada Estado e do Distrito Federal, independentemente do valor transmitido.

O tema em questão é o centro da discussão, seja na esfera doutrinária ou nos tribunais, sobretudo com possibilidade nova legislação que em breve entrará em vigência, mais preciso no ano 2025, se torna plausível fazer a seguinte averiguação: se a obrigatoriedade de progressividade da alíquota do imposto de transmissão causa mortis e doação não prejudica a capacidade contributiva do contribuinte menos abonado ou mais pobre da população brasileira?

O objetivo geral é verificar a progressividade de alíquota do imposto de transmissão causa mortis e doação. Já os objetivos específicos se apresentam em ordem cronológica os fatos, tais como: da perspectiva histórica do imposto de transmissão causa mortis e doação; do conceito do imposto de transmissão causa mortis e doação; das alíquotas do imposto de transmissão causa mortis e doação; do princípio da capacidade contributiva.

A justificativa pela opção deste tema está na questão da possível escolha pela progressão de alíquota do imposto de transmissão causa mortis e doação, razão pela qual se torna pertinente à realização de estudo profundo acerca deste dispositivo.

A metodologia consiste em uma pesquisa qualitativa, sendo fundamentada no procedimento de abordagem dialética. Com relação às técnicas de pesquisa foi usada à revisão bibliográfica para fins de coleta e análise de dados, bem como, de pareceres doutrinários sobre essa imposição e fundamentos jurisprudenciais.

No final de tudo, evidencia-se que a metodologia usada no presente estudo se limitou ao método dialético, enquanto a técnica de pesquisa utilizada se ateve à revisão bibliográfica.

Assim sendo, passa-se à análise do conceito do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação.

DA PERSPECTIVA HISTÓRICA DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO

Com relação ao Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação, os seus antecedentes históricos vem nos mostrar que “é um dos impostos mais antigos na história da tributação, havendo relatos de sua vigência em Roma, sob a forma de vigésima sobre heranças e doações”. (SABBAG, 2010. p.1016)

Ricardo Lobo Torres narra em seus escritos que “há relatos de sua existência na Roma antiga, sob a forma de vigésima sobre heranças e legados”. (TORRES, 2013. p. 385).

Com a Expedição do Alvará de 03 de junho de 1809, foi regulamentado a transmissão *inter vivos* de escravos e imóveis, conforme relatado no alvará “Crêa o imposto da siza da compra e venda dos bens de raiz e meia siza dos escravos ladinos”. (BRASIL, Alvará de 03 de junho de 1809).

Em 02 de outubro de 1811, o imposto sobre heranças e legados no ordenamento brasileiro foi regulamentado, conforme relatado no alvará “Sobre o pagamento da taxa de herança e legados”. (BRASIL, Alvará de 02 de outubro de 1811).

É pertinente salientar que, até meados do ano de 1832, o estado brasileiro tinha uma postura unitária, mas passa agir de forma diferente, descentraliza às receitas tributárias, de forma a separar a competência entre o governo central e províncias. (FERNANDES, 2013. p. 29).

Com o advento da Constituição de 1891, a competência para cobrança do imposto sobre transmissão de propriedade foi definida em favor dos Estados. (BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891).

Já na Constituição de 1934 foi feita a divisão desse imposto, conforme a transmissão de propriedade *causa mortis* e a transmissão de propriedade imobiliária *inter vivos*, ambos permanecendo sob competência dos entes federativos, os Estados membros. De tal modo que, no artigo 128, foi prevista a progressividade para o imposto sucessório. (BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934).

O tributo denominado de Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação, atribui como entes federativos competentes os Estados e o Distrito Federal, conforme determinação expressa no artigo 155, I, da Carta Magna de 1988:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988)

Desta feita, o ITCMD é o imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer bens ou direitos está previsto no artigo 155, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e nos artigos 35 e seguintes do Código Tributário Nacional.

Isto posto, a competência para instituir imposto sobre transmissão de bens *inter vivos* foi transferida para os municípios, cabendo aos Estados instituir o imposto sobre transmissão

causa mortis e *doação*, de quaisquer bens, móveis ou imóveis, ou direitos.

Assim sendo, passa-se à análise de alguns conceitos básicos do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação.

DO CONCEITO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO

O conceito do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação “é um tributo estadual devido por toda pessoa física ou jurídica que receber bens ou direitos de forma não onerosa”. (SEFSC Secretaria de Estado da Fazenda, 2017).

Outra definição do tributo Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação:

A sigla ITCMD vem de Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação. Trata-se de um tributo estadual que incide sobre a transferência de bens móveis, imóveis e direitos por herança em caso de falecimento ou doações. Um aspecto importante é que, para que possa ser sujeita à cobrança do imposto, a transferência do bem ou direito deve ser não onerosa, ou seja, não oriunda de uma venda. (INFOMONEY, Publicado em 19/07/2023)

O Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação é tributo de responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal, o imposto recai sobre a transferência de bens móveis, imóveis e direitos transmitidos por herança em evento de morte ou doações.

Assim sendo, passa-se à análise das alíquotas do imposto de transmissão causa mortis e doação.

DAS ALÍQUOTAS DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO

O artigo 155, §1º, inciso IV, da Carta Magna de 1988, instituiu como alíquota máxima do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação, no percentual de 8%, foi estipulada pelo Senado Federal, através da Resolução nº 9 de 1992. Desta forma, será livremente prevista pela legislação estadual, respeitando o limite estabelecido pela Resolução, aplicada aquela vigente no momento da abertura da sucessão, conforme Súmula 112, do Supremo Tribunal Federal.

O fato gerador da obrigação se encontra estabelecido no artigo 114, do CTN de 1966, onde diz que: “Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. (BRASIL, CTN. Publicado em 25/10/1966)”.

O Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação, “o ITCMD é estadual e possui alíquotas que podem chegar até 8%. Há Estados em que a alíquota é fixa, independente do valor do patrimônio, e outros em que há uma progressividade”. (ESTADÃO, Publicado em 09/11/2023).

Logo, o ITCMD é imposto de competência estadual, que incide sobre o valor de bens ou direitos, tais como: imóveis, veículos, dinheiro e ações, logo, transmitidos após o falecimento do de cujus, seja à herança pelo inventário ou à cobrança por meio de doações inter vivos, feitas ainda em vida.

Antes da entrada em vigor da nova legislação decorrente da reforma tributária, sendo que, atualmente, “as alíquotas flutuam de 2% a 8% do valor da doação”. (GIFE, Publicado em 15/10/2018).

Desta feita, se faz necessário ter conhecimento de quais Estados da federação que ainda possui alíquotas fixas do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação:

A maioria dos estados da federação já adota alíquotas progressivas, ou seja, com taxas mais elevadas para a transmissão de patrimônios de maior valor. Entretanto, em dez estados, a alíquota ainda é fixa e, com a reforma, será necessária uma alteração para cumprir a nova norma. Os estados afetados por essa mudança são: Alagoas, Amapá, Amazonas, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Norte, Roraima e São Paulo. (GAZETA BRASIL, Publicado em 07/04/2024).

Neste caso, se faz importante saber algumas alíquotas de estados brasileiro referente ao Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação:

O ITCMD agora será cobrado no local de domicílio do falecido ou de doador de bens móveis, títulos ou créditos: Regra para cobrança sobre heranças no exterior: Transmissões e as doações para as instituições sem fins lucrativos: Acre: alíquota progressiva de 2%, 4%, 6% e 8% (doação) e de 4%, 5%, 6%, 7% e 8% (morte); Alagoas: alíquota de 2% (doação) e de 4% (morte); Amapá: alíquota de 3% (doação) e de 4% (morte); Amazonas: alíquota de 2% por morte ou por doação; Bahia: alíquota de 3,5% (doação) e progressiva de 4%, 6% e 8% (morte); Ceará: alíquota progressiva de 2%, 4%, 6% e 8% por morte ou doação; Distrito Federal: alíquota progressiva de 4%, 5% e 6% por morte ou por doação; Espírito Santo: alíquota de 4% por morte ou por doação; Goiás: alíquota progressiva de 2%, 4%, 6% e 8% por morte ou por doação; Maranhão: alíquota progressiva de 1%, 1,5% e 2% (doação) e progressiva de 3%, 4%, 5%, 6% e 7% (morte); Mato Grosso: alíquota progressiva de 2%, 4%, 6% e 8% por morte ou por doação; Mato Grosso do Sul: alíquota de 3% (doação) e de 6% (morte); Minas Gerais: alíquota de 5% por morte ou por doação; Pará: alíquota progressiva de 2%, 3% e 4% (doação) e progressiva de 2%, 3%, 4%, 5% e 6% (morte); Paraíba: alíquota progressiva de 2%, 4%, 6% e 8% por morte ou por doação; Paraná: alíquota de 4% nas transmissões por morte ou por doação; Pernambuco: alíquota progressiva de 2%, 4%, 6% e 8% por morte ou por doação; Piauí: alíquota de 4% (doação) e progressiva de 2%, 4% e 6% (transmissão por morte); Rio de Janeiro: alíquota progressiva de 4%, 4,5%, 5%, 6%, 7% e 8% por morte ou por doação; Rio Grande do Norte: alíquota de 3% por morte ou por doação; Rio Grande do Sul: alíquota de 3% e 4% por doação, e progressiva de zero, 3%, 4%, 5% e 6% nas transmissões por morte; Rondônia: alíquota progressiva de 2%, 3% e 4% por morte ou por doação; Roraima: alíquota de 4% por morte ou por doação; Santa Catarina: alíquota progressiva de 1%, 3%, 5%, 7% e 8% por morte ou por doação; São Paulo: alíquota de 4% nas transmissões por morte ou por doação; Sergipe: alíquota progressiva de 3%, 6% e 8% por morte e 2%, 4%, 6% e 8% por doação; Tocantins: alíquota progressiva de 2%, 4%, 6% e 8% por morte ou por doação. (MARTELLO, Publicado em 07/04/2024).

Com a reforma, a Constituição passou a prever que o imposto “será progressivo em razão do valor do quinhão, do legado ou da doação” (artigo 155, §1º, VI, da Carta Magna de 1988) (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988)

José Luís Saldanha Sanchez explica o principal motivo da alíquota progressiva:

[...] O argumento principal a favor de uma taxa progressiva foi fornecido pela teoria da utilidade marginal decrescente do rendimento: se as primeiras frações do rendimento (tal como o primeiro copo de água) proporcionam uma utilidade maior do que as últimas, e se a utilidade de cada dose adicional decresce, então o princípio da igualdade do sacrifício conduz às taxas progressivas. (SANCHEZ, 2010, p.33).

Mattos Filho relata que a proposta de reforma tributária impõe à obrigatoriedade da alíquota progressiva ao ITCMD:

Tal proposta vem no contexto da Reforma Tributária, com modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 132/2023, aprovada pelo Congresso Nacional no fim

do ano de 2023, incluindo previsão no art. 155, § 1º, da Constituição Federal para determinar a obrigatoriedade de que o ITCMD seja progressivo. (MATTOS FILLHO, Publicado em 06/02/2024)

Cabe dizer que, o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação será de forma progressiva, com alíquotas de percentual que variam de 1% até 8%, nas transmissões por morte ou por doação, seja na herança ou inter vivos.

O lapso temporal entre a publicação da nova lei e o início de sua vigência tem que obedecer aos parâmetros descritos na Carta Magna de 1988:

Ao final, sendo o PL aprovado e convertido em lei ainda no ano de 2024, a eficácia das regras propostas deverá observar os princípios da anterioridade anual e nonagesimal, de modo que as alterações propostas entrem em vigor a partir de 2025, e desde que decorrido o prazo de 90 dias contados desde a data da publicação da lei. Portanto, eventuais transferências de ativos a título de herança ou doação ainda no ano de 2024 estarão sujeitas à alíquota atual de 4%, independentemente do valor transmitido. (MATTOS FILLHO, Publicado em 06/02/2024)

O imposto ITCMD para entrar em vigor será necessário cumprir o princípio constitucional da anterioridade anual e nonagesimal, para só depois entrar em vigência da nova legislação tributária.

De acordo com Hugo de Brito Machado:

Na linguagem da Ciência das Finanças Públicas e do Direito Tributário, progressividade dos impostos significa alíquotas diversas, crescentes na medida em que cresce a base de cálculo do imposto, ou excepcionalmente um outro elemento eleito pelo legislador para esse fim. (MACHADO, 2010, p. 317)

É sabido que, a alíquota se faz presente como elemento estrutural dos impostos que, juntamente com a base de cálculo, admite a adequação de seu critério quantitativo.

O critério quantitativo e progressivo se faz presente no item subsequente.

Assim sendo, passa-se à análise do princípio da capacidade contributiva.

DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio da capacidade contributiva ou da capacidade econômica possui estatura constitucional, em seu artigo 145, § 1º, da Carta Magna de 1988:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitadas os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988)

A definição dos impostos que constituem um Sistema Tributário Nacional, bem como, todos os itens que estabelecem sua matriz, devem ser realizados com obediência ao princípio

da capacidade contributiva, e também, dos componentes que viabilizam sua melhor abrangência.

Klaus Tipke e Douglas Yamashita mostrar o norte sobre princípio da capacidade contributiva:

Se o princípio da capacidade contributiva fosse minuciosamente aplicado por leis altamente diferenciadas, as leis tributárias não poderiam mais ser aplicadas isonomicamente pelas autoridades fazendárias com o emprego razoável de pessoal e tempo, uma vez que tais autoridades têm milhões de contribuintes para fiscalizar. O princípio da isonomia da tributação seria violado. Por isso, embora o princípio da capacidade contributiva se prenda à capacidade contributiva individual, é permitido, dentro de certos limites, que a lei tipifique certos casos medianamente comuns desconsiderando todos os desvios do caso concreto. Isso tem por consequência que casos desiguais sejam tratados igualmente e não desigualmente, o que, em si, não corresponde ao princípio da igualdade. (TIPKE; YAMASHITA, 2002, p.38).

Nesta seara, há diversas possibilidades de classificação dos impostos. Como por exemplo, os impostos diretos e indiretos, de forma que nos primeiros, a carga tributária é amparada por quem praticou o fato gerador, não ocorrendo qualquer consequência econômica do encargo. Em outros termos, é devido pelo contribuinte de fato e de direito. (AMARO, 2012, p. 99).

Kiyoshi Harada diz que, “visualizando os impostos classificados como indiretos são aqueles que incidem sobre um terceiro, através da repercussão econômica, ocorrendo transferência do encargo ao consumidor final”. (HARADA, 2006, p. 328).

De acordo com Luciano Amaro, “o contribuinte de direito recolhe o tributo, mas repassa o encargo a um terceiro”. (AMARO, 2012, p. 99).

Por seguinte, se faz necessário descurtinar o caráter pessoal ou real, de acordo com exigência do imposto de se vincular ou não, às particularidades individuais de cada contribuinte.

Para o doutrinador Luciano Amaro:

Depende de se verificar se predominam características objetivas ou subjetivas na configuração do fato gerador. Se o tributo leva em consideração aspectos pessoais do contribuinte (nível de renda, estado civil, família etc.) ele se diz pessoal. Real será o tributo que ignore esses aspectos. (AMARO, 2003, p.89)

Neste contexto, o princípio da capacidade contributiva não se confunde com o princípio constitucional da isonomia que é ligado ao ideal de igualdade; já a capacidade contributiva, se encontra mais conectada ao conceito de justiça ou à arrecadação justa.

Luciano Amaro preconiza que:

Quer-se preservar o contribuinte, buscando-se evitar que uma tributação excessiva (inadequada à sua capacidade contributiva) comprometa os seus meios de subsistência, ou o livre exercício de sua profissão, ou o exercício de outros direitos fundamentais, já que tudo isso relativiza sua capacidade econômica. (AMARO, 2003, p. 137).

Aliomar Baleeiro preconiza que a “capacidade contributiva do indivíduo significa sua idoneidade econômica para suportar, sem sacrifício do indispensável à vida compatível com a dignidade humana, uma fração qualquer do custo total dos serviços públicos”. (BALEEIRO, 1987, p.259).

No critério quantitativo, o legislador visa diminuir os problemas de tributação em excesso, cobrando alíquotas mais justas e adequadas ao padrão do contribuinte.

Nas palavras de Eduardo de Moraes Sabbag:

O critério da progressividade diz com o aspecto quantitativo, desdobrando-se em duas modalidades: a progressividade fiscal e a progressividade extrafiscal. A primeira alia-se ao brocardo ‘quanto mais se ganha, mas se paga’, caracterizando-se pela finalidade arrecadatória, que permite onerar mais gravosamente a riqueza tributável maior e contemplar o grau de “riqueza presumível do contribuinte”. A segunda, por sua vez, filia-se à modulação de condutas, no bojo do interesse regulatório. Consoante a previsão explícita na Carta Magna, exsurgem 3 (três) impostos progressivos: o imposto sobre a renda, o IPTU e o ITR. (SABBAG, 2010, p.403)

Neste caso, quanto mais o contribuinte recebe, mais paga, tudo evidenciado pelo fim arrecadatória, que possibilita onerar mais imperativamente os ganhos e as riquezas tributáveis maiores e beneficia a classe de riqueza presumível do contribuinte, nos moldes de cobrança da alíquota do imposto de maneira progressiva.

Para o mestre Hugo de Brito Machado:

Essa progressividade é uma forma de realizar o princípio da capacidade contributiva, ou, mais exatamente, de adequação do tributo à capacidade econômica de cada um. Além disto, dependendo do percentual estabelecido, pode constituir desestímulo à acumulação de riqueza e, desta forma, contribuir, ainda que modestamente, para a redistribuição de renda no País. (MACHADO, 2010, p. 379)

Neste contexto, a modalidade de progressividade é a maneira mais correta da capacidade contributiva, forma mais justa de cobrança do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação pelo ente público ao contribuinte.

Com base na nova legislação que entra em vigência no ano de 2025:

O imposto será obrigatoriamente progressivo, com base no valor da doação ou herança, de quaisquer bens e direitos. Haverá uma alíquota máxima ainda a ser definida. Isso quer dizer que quanto maior o valor da herança ou doação, maior será a alíquota aplicada. Porém, o índice de progressividade deve acompanhar o valor do quinhão ou do legado, não o da herança. No caso de uma herança dividida por vários herdeiros, o valor que cada um recebe pode não significar um aumento significativo no patrimônio a ser recebido. Dessa forma, não seria necessário uma alíquota maior. Por isso, a progressividade da tributação deverá ser justificada a partir do legado. (ESTADÃO, Publicado em 09/11/2023).

Em síntese, ao se avaliar o posicionamento doutrinário brasileiro ao longo dos anos, e posterior, a votação da PEC no Congresso Nacional (câmara dos deputados e senado federal) está estabelecida a alíquota do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação, de forma obrigatória progressiva, tendo como percentual máximo de 8% dos bens, seja na herança e na doação, cabendo cada um dos Estados membros e o Distrito Federal, instituí-lo por lei estadual, ou seja, os Estados membros que, têm alíquota fixa, terão que aprovar novas legislações para a cobrança progressiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No transcorrer de todo o artigo científico ficou evidente que, salvo autorização expressa pela Carta Magna de 1988, os impostos reais não acolhem a progressividade fiscal, pois neles não se cogita as qualidades atinentes à pessoa do contribuinte, não tendo como compatibilizá-los, o princípio da capacidade contributiva.

Em vista disso, o contribuinte que recebe mais, seja de herança ou doação, mais deve pagar com propósito finalista de arrecadação pelo ente público, logo, se admite taxar forçosamente os recebíveis de maiores valores possivelmente tributáveis, beneficiando o grupo de riqueza presumível, por meio de cobrança da alíquota do imposto de forma progressiva.

Isto posto é imprescindível entender que a capacidade contributiva, tem respaldo no artigo 145, § 1º, da Carta Magna de 1988, portanto, deve ser levado em conta a capacidade econômica de cada contribuinte, observados os direitos individuais, como o patrimônio, os rendimentos e o trabalho ou ofício do contribuinte.

Afinal de contas, torna-se indispensável que se implante no ordenamento jurídico brasileiro uma justiça equilibrada, com arrecadação mais justa e equitativa, visando o mínimo possível de carga tributária, com menor oneração à classe desabonada e desfavorecida, a camada mais pobre da população brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BALEEIRO, Aliomar. Uma Introdução à Ciência das Finanças. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BRASIL. Alvará de 03 de junho de 1809. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/alvara/antioresa1824/alvara-40064-3-junho-1809-571706-publicacaooriginal-94843-pe.html> Acesso em: 04 abr. 2024.
- BRASIL. Alvará de 02 de outubro de 1811. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/alvara/antioresa1824/alvara-39875-2-outubro-1811-570841-publicacaooriginal-93935-pe.html> Acesso em: 04 abr. 2024.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm Acesso em: 04 abr. 2024.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em: 04 abr. 2024.
- BRASIL. Código Tributário Nacional de 25 de outubro de 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm Acesso em: 04 abr. 2024.
- ESTADÃO. O que a reforma tributária propõe de mudança para o imposto da herança: texto aprovado no senado prevê que imposto sobre transmissão causa mortis e doação deverá ser progressivo. Publicado em 09/11/2023. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/economia/reforma-tributaria-mudanca-imposto-heranca-doacao-nprei> Acesso em: 04 abr. 2024.
- FERNANDES, Regina Celi Pedrotti Vespero. Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- GAZETA BRASIL. Mudanças nas Alíquotas de Imposto sobre Herança em 10 Estados Brasileiros causam Preocupação. Publicado em 07/04/2024. Disponível em: <https://gazetabrasil.com.br/economia/2024/04/07/mudancas-nas-aliquotas-de-imposto-sobre-heranca-em-10-estados-brasileiros-causam-preocupacao/> Acesso em: 08 abr. 2024.
- GIFE Grupo de Institutos, Fundações e Empresas. Mapa reúne informações sobre as regras de cada estado em relação ao imposto sobre doações. Publicado em 15/10/2018. Disponível em: <https://gife.org.br/mapa-reune-informacoes-sobre-as-regras-de-cada-estado-em-relacao-ao-imposto-sobre-doacoes/> Acesso em: 04 abr. 2024.
- HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- INFOMONEY. ITCMD como funciona o imposto sobre heranças e quem deve pagar: A reforma tributária trouxe alterações no cálculo e na incidência do imposto. Publicado em 19/07/2023. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/itcmd/> Acesso em: 04 abr. 2024.

- MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 31ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- MARTELLO, Alexandro. Reforma tributária: imposto sobre herança ou doação pode subir em 10 estados. Publicado em 07/04/2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2024/04/07/reforma-tributaria-imposto-sobre-heranca-ou-doacao-pode-subir-em-10-estados-entenda.ghtml> Acesso em: 08 abr.2024.
- MATTOS FILHO. ITCMD PL apresentado prevê alíquotas progressivas de até 8% no estado de São Paulo. Publicada em 06/02/2024. Disponível em: <https://www.mattosfilho.com.br/unico/aliquotas-progressivas-sp/> Acesso em: 04 abr. 2024.
- SABBAG, Eduardo de Moraes. Manual de Direito Tributário. 2ª Ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANCHEZ, José Luís Saldanha. Justiça fiscal. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.
- SEFSC. ITCMD Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer bens ou direitos, 2017. Disponível em: <https://www.sef.sc.gov.br/servicos/assunto/45/ITCMD> Acesso em: 04 abr. 2024.
- TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva. São Paulo: PC Editorial Ltda. 2002.
- TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2013.

**A RESPONSABILIDADE DA GUARDA, DA REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS, DA
DIVISÃO DE DESPESAS E DA POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE ALIMENTOS
AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO COM O TÉRMINO DO VÍNCULO CONJUGAL**
 THE RESPONSIBILITY OF GUARDIANSHIP, REGULATION OF VISITS, THE
 DIVISION OF EXPENSES AND THE POSSIBILITY OF PROVIDING FOOD FOR PETS
 WITH THE END OF THE MARITAL BOND
 LA RESPONSABILIDAD DE LA TUTELA, LA REGULACIÓN DE LAS VISITAS, LA
 DIVISIÓN DE GASTOS Y LA POSIBILIDAD DE PROPORCIONAR ALIMENTOS A
 LAS MASCOTAS CON LA FINALIZACIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

Evantuir Juttel Pereira

adv.evantuirpereira@gmail.com

<https://lattes.cnpq.br/3970849721451170>

PEREIRA, Evantuir Juttel. **A responsabilidade da guarda, da regulamentação de visitas, da divisão de despesas e da possibilidade de fixação de alimentos aos animais de estimação com o término do vínculo conjugal.** Revista Internacional Integralize Scientific, Ed. n.39, p. 45 – 56 , setembro/2024. ISSN/2675 – 5203

Orientador: Prof. Dr. Rogério Gomes.

RESUMO

O artigo científico tem como intuito apresentar o novo modelo familiar, denominada de família multiespécie, que é fundamentada na relação ser humano e animal de estimação, tendo como grande celeuma o tratamento dado ao animal de estimação, sendo visto no Código Civil de 1916 como bens semoventes e propriedades dos seres humanos, já o Código Civil de 2002 é tratado como bens, inclusive podendo ser empenhado e/ou penhorado, sendo objetos de busca e apreensão e garantia de dívidas, portanto, ambos Códigos Civis o tratamento é igual para os pets. Mas, nos últimos tempos, a doutrina e a jurisprudência pátria vêm inovando e trazendo novo entendimento sobre o ser humano e seu o animal de estimação, com base no amor, afeto, apego e convívio, reconhecendo-o como membro da família multiespécie, onde o pet passa ser integrante do grupo familiar e tratado como filho por seu tutor. Isto posto, tem-se como análise de como fica o animal de estimação em caso de dissolução de união estável ou divórcio, referente à responsabilidade da guarda, à regulamentação de visitas, à divisão de despesas, à fixação de alimentos e critérios para tomada de decisões, seja no âmbito administrativo como jurídico, como serão feitas, em conjuntas ou separadas, com relação ao seu pet. Para esse propósito, é imprescindível exibir em ordem cronológica os fatos, começando com a perspectiva histórica de animais de estimação; a nova visão de família com a inclusão de animais de estimação; a proteção jurídica em virtude de sua natureza; a guarda de animais de estimação e alimentos; e finalizando com o entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrio.

Palavras-chave: Código Civil de 2002. Direito de família. Animais de estimação. Guarda. Alimentos.

SUMMARY

The scientific article aims to present the new family model, called multispecies family, which is based on the relationship between humans and pets, with great controversy over the treatment given to pets, which are seen in the Civil Code of 1916 as movable property and property of human beings. The Civil Code of 2002 treats them as property, including being able to be pledged and/or attached, being objects of search and seizure and guarantee of debts. Therefore, both Civil Codes treat pets the same. However, in recent times, Brazilian doctrine and jurisprudence have been innovating and bringing new understanding about humans and their pets, based on love, affection, attachment and coexistence, recognizing them as members of the multispecies family, where the pet becomes a member of the family group and treated as a child by its guardian. That said, the analysis is about what happens to pets in the event of dissolution of a stable union or divorce, regarding the responsibility for custody, regulation of visits, division of expenses, determination of alimony and criteria for decision-making, whether in the administrative or legal sphere, how they will be made, jointly or separately, regarding your pet. For this purpose, it is essential to present the facts in chronological order, starting with the historical perspective of pets; the new vision of family with the inclusion of pets; legal protection due to their nature; custody of pets and alimony; and ending with the doctrinal and jurisprudential understanding of the country.

Keywords: Civil Code of 2002. Family law. Pets. Custody. Alimony.

RESUMEN

El artículo científico tiene como objetivo presentar el nuevo modelo de familia, denominado familia multiespecies, que se basa en la relación entre humano y mascota, teniendo como tema principal el tratamiento que se les da a las mascotas, siendo vistas en el Código Civil de 1916 como bienes y propiedades de seres humanos, el Código Civil de 2002 los trata como bienes, pudiendo incluso ser pignorados y/o embargados, siendo objeto de registro e incautación y garantía de deudas, por lo que en ambos Códigos Civiles el tratamiento es el mismo para las mascotas. Pero, en los últimos tiempos, la doctrina y la jurisprudencia nacional han ido innovando y aportando una nueva comprensión sobre el ser humano y sus mascotas, basada en el amor, el cariño, el apego y la convivencia, reconociéndose como miembros de la familia multiespecie, donde la mascota pasa a ser miembro de del grupo familiar y tratado como niño por su tutor. Dicho esto, se pretende analizar cómo quedará la mascota en caso de disolución de una unión estable o divorcio, en cuanto a la responsabilidad de la custodia, la regulación de las visitas, el reparto de gastos, el establecimiento de la alimentación y los criterios de toma. Las decisiones, ya sean administrativas o judiciales, se tomarán, de forma conjunta o separada, en relación con su mascota. Para ello, es fundamental exponer los hechos en orden cronológico, comenzando por la perspectiva histórica de las mascotas; la nueva visión de familia con la inclusión de las mascotas; protección jurídica por su naturaleza; la custodia de mascotas y alimentos; y terminando con el entendimiento doctrinal y jurisprudencial nacional.

Palabras clave: Código Civil de 2002. Derecho de familia. Mascotas. Guardia. Alimento.

INTRODUÇÃO

Com o surgimento da família multiespécie, que é a família formada por ser humano e seu animal de estimação, sendo este considerado como membro familiar, pois é ser vivente, munido de sentimentos e afeto, portanto, o pet passar a existir como nova realidade afetiva, que necessita de proteção do ordenamento jurídico pátrio.

O tema em questão é o centro de debate, seja na esfera doutrinária ou nos tribunais, sobretudo no campo constitucional, torna-se plausível fazer a seguinte investigação: em caso de dissolução de união estável ou divorcio, quem deve ficar como tutor, da responsabilidade da guarda, da regulamentação de visitas, do pagamento de despesas e da possibilidade da fixação de alimentos aos animais de estimação?

O objetivo geral é trazer entendimento referente ao animal de estimação, possuidor de direitos e deveres, sendo representado por seu tutor no âmbito administrativo e jurídico. Já os objetivos específicos se apresentam em ordem cronológica os fatos, tais como: da perspectiva histórica de animais de estimação; da nova visão de família com a inclusão de animais de estimação; da proteção jurídica em virtude de sua natureza; da guarda de animais de estimação e alimentos; do entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrio.

A justificativa pela opção deste tema está na questão de entender se o animal de estimação possui personalidade jurídica e se possuidor de direitos e deveres no mundo jurídico, razão pela qual se torna pertinente à realização de um estudo profundo acerca da constitucionalidade do citado dispositivo legal.

A metodologia consiste em uma pesquisa qualitativa, sendo fundamentada no procedimento de abordagem dialética. Com relação às técnicas de pesquisa foi usada à revisão bibliográfica para fins de coleta e análise de dados, bem como, de análise doutrinária e jurisprudencial.

No final de tudo, ratifica-se que a metodologia usada no presente estudo se limitou ao método dialético, enquanto a técnica de pesquisa utilizada se ateu à revisão bibliográfica.

Assim sendo, passa-se à análise da perspectiva histórica de animais de estimação; da nova visão de família com a inclusão de animais de estimação; da proteção jurídica em virtude

de sua natureza; da guarda de animais de estimação e alimentos; do entendimento jurisprudencial pátrio.

DA PERSPECTIVA HISTÓRICA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

O Código Civil de 1916 tratava os animais como bens semoventes, em outras palavras, como propriedades dos seres humanos, já o Código Civil de 2002 trata os animais como bens, inclusive narra que podem ser empenhados, sendo objetos de busca e apreensão e garantia de dívidas, portanto, não há no atual Código Civil o tratamento diferenciado para os animais de estimação.

No processo histórico de concepção do Direito Civil, onde sujeitou os animais ao regime de propriedade, sendo inserido na classe de “coisa” e de mais a mais, os subjugam como direitos reais, ou seja, como direito das coisas.

Nesse contexto, os animais são classificados como bens móveis conforme determina o Código Civil de 2002, em seu artigo 82, assim descrito como “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”. (BRASIL. CC 2002. Publicado em 10/01/2002).

Diante disso, os animais têm sido tratados como coisas ou objetos, sendo muito assustadores os dados estatísticos de atos bárbaros de abusos, atos de crueldade e em alguns casos até de morte, como se os animais não fossem seres vivos e não sentissem dor ou existisse alma vivente.

Maria Izabel Toledo preconiza que:

[...] a Constituição Federal brasileira, ao vedar a prática de atos cruéis a qualquer animal (artigo 225, §1º, VII, CF), inegavelmente buscou proteger a “integridade física” do animal, afastando-se da visão antropocêntrica, buscando uma maior proteção aos animais não humanos como seres sencientes, que possuem direito ao não sofrimento. “A condenação dos atos cruéis não possui origem na necessidade de equilíbrio ambiental, mas sim no reconhecimento de que são dotados de estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor” (STJ, Resp. 1.115.916, Rel. Ministro Humberto Martins). “Ao que parece, a ordem constitucional está a reconhecer a vida do animal não humano e a Natureza em geral como um fim em si mesmo, de modo a superar ou ao menos relativizar o antropocentrismo kantiano”. (TOLEDO, 2012, s.p)

O animal de estimação é um ser vivente, portanto, sente dor, fome, sede, passível de quaisquer formas de sofrimento e dotado de sentimentos. Mas, ainda bem que a sociedade vem evoluindo, as pessoas têm tido um olhar mais sadio com os pets, com isso, os domesticados têm se tornado grande amigo do homem, sendo considerado até como membro da família e recebendo o tratado como de filho.

Assim sendo, passa-se à análise da nova visão de família com a inclusão de animais de estimação.

DA NOVA VISÃO DE FAMÍLIA COM A INCLUSÃO DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

A nova visão de família com a inclusão de animais de estimação perpassa pela “compreensão da família como núcleo de formação da personalidade da pessoa humana e realização de sua afetividade, é que se passa a discutir como modelo familiar a relação homem-animal doméstico”. (TEIXEIRA, 2017, p.80).

Com o surgimento de novos arranjos de família, verificou-se a necessidade da doutrina e da jurisprudência pátria se aterem ao novo formato familiar, não só pelo casal e seus filhos, mas por novo integrante que vem se tornando cada vez mais corriqueiro nos lares, o animal de estimação, o tal pet.

Denilso de Lima narra a origem da palavra pet " e o que significa, “ao que tudo indica ‘pet’ surgiu, por volta do fim do século 14, na Escócia e norte da Inglaterra com o sentido de ‘animal doma’. No entanto, há registros de que em 1530 ela já era usada no sentido de ‘animal favorito’ [animal de estimação]”. (LIMA, 2010, s/p)

A Carta Magna de 1988 reconhece a forma plural que reveste as entidades familiares, o que lhes atribui o direito de serem reconhecidas e protegidas pelo Estado, independente de quais sejam os modelos de arranjos familiares.

Juliana Maria Rocha Pinheiro Bezerra da Silva apresenta o novo modelo de família, que tem como alicerce o afeto e a busca da felicidade de seus integrantes:

É sabido que os novos enlances familiares possuem como base o Direito à Felicidade, deveras mencionado em questões envolvendo o direito de família. Assim, surgem diversas formações familiares em sintonia com a sociedade e suas mutações, cujos vínculos são formados pela afetividade existente nos relacionamentos e pautados na busca da felicidade e satisfação plena de cada membro da família. (SILVA, 2020, p. 17,18).

Paulo Lôbo relata que, “a família atual busca sua identificação na solidariedade, como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos, ainda que não retome o papel predominante que exerceu no mundo antigo”. (LÔBO, 2012, p.18).

Segundo Juliana Maria Rocha Pinheiro Bezerra da Silva, torna-se “indiscutível a margem legislativa concedida pela Lei civil, onde é possível a inclusão dos mais variados tipos de parentescos no conceito legal, inclusive o formato entre humanos e seus animais de estimação, desde que presente o vínculo afetivo”. (SILVA, 2020, p. 22).

Calmon de Oliveira ilustra quais são os motivos do animal de estimação vir a ocupar o espaço de filho na família multiespécie, ou seja, na família moderna:

Devido à instabilidade dos casamentos, o número de nascimentos de crianças nas classes médias diminuiu, aparecendo o cão como mediador entre o casal, muitas vezes no lugar da criança. A dificuldade de relacionamento entre as pessoas faz com que o animal seja um elemento com grande potencial de proporcionar afetividade sem produzir prejuízos ou riscos. (OLIVEIRA, 2006, p. 39)

Maria Ravelly Martins Soares Dias preconiza que, os animais de estimação são admitidos como seres dotados de sensibilidade e inteligência, capazes de sentir e retribuir sentimentos:

Os animais de estimação, especialmente, cachorros (mais presente nos lares) deixaram de ser o "melhor amigo do homem" e passaram a qualidade de "filho". Esta é a nova realidade que permeia os lares contemporâneos. Não é incomum a situação de inúmeras pessoas que "adotam" animais de estimação os elevando a qualidade de "filho" em detrimento da procriação tradicional, optando por não dar continuidade a família por meio de descendentes. Noutro ponto, ainda vislumbra-se casais com filhos humanos e animais de estimação, ambos convivendo em condições de igualdade e tratamento. (DIAS, Publicado em 04/07/2018)

Com a ausência de filho na família multiespécie, o animal de estimação passa ter o desígnio de ocupar este espaço, ocorre pelo elo criado de amizade, carinho e afeto, gerando o vínculo humano-animal.

Os estudos da University State Michigan revelam que o vínculo pela convivência entre homem-animal tem trazido grandes benesses aos humanos:

Como o vínculo humano-animal evoluiu ao longo do tempo, faz sentido pensar que ele continuará a se desenvolver à medida que as relações que as pessoas compartilham com diferentes animais também mudarem. Os benefícios para a saúde de possuir animais de companhia e interagir com diferentes tipos de animais de trabalho estão causando grandes impactos na vida de muitas pessoas. (MICHIGAN STATE UNIVERSITY. Time, 7 dez. 2018),

O vínculo do ser humano com o animal de estimação é claramente favorável à saúde das pessoas, seja no momento de baixa-estima ou momento de profunda crise emocional, combatendo o desânimo e fortalecido pelo carinho e pelo afeto.

No Brasil tramita o Projeto que permite visita de animais a pacientes internados em hospitais:

O Projeto de Lei 276/23 permite a visita de animais domésticos a pacientes internados em hospitais da rede pública ou privada. O ingresso do animal dependerá de autorização médica e de laudo veterinário atestando sua boas condições de saúde, dentre outros requisitos. A medida é válida para todos os animais que possam entrar em contato com os humanos sem proporcionar-lhes perigo, além daqueles utilizados na Terapia Assistida de Animais (TAA), como cães, gatos, pássaros, coelhos, chinchilas, tartarugas e hamsters. As demais espécies estão sujeitas à avaliação do médico responsável pelo paciente. O autor da proposta, deputado Fred Costa (Patriota-MG), argumenta que "não se trata de uma prática para substituir terapias e tratamentos convencionais, mas uma nova linha de pesquisa em atenção à diversidade, para melhorar a qualidade de vida das pessoas". O parlamentar ressalta os resultados físicos e mentais da TAA na inibição da dor e no estímulo à memória; bem como os benefícios sociais, com a oportunidade de comunicação, sensação de segurança, socialização, motivação, aprendizagem e confiança. (CÂMARA, Publicado em 24/02/2023).

A Associação Americana de Medicina Veterinária destaca que, a relação do ser humano com o pet é "uma relação dinâmica e mutuamente benéfica entre pessoas e outros animais, influenciada pelos comportamentos essenciais para a saúde e o bem-estar de ambos. Isso inclui

as interações emocionais, psicológicas e físicas entre pessoas, demais animais e ambiente”, (GAZZANA, 2015, p,18).

Desta feita, o animal de estimação tem sido de grande valia ao ser humano, pois o vínculo humano-animal é visivelmente benéfico, seja na busca de companheirismo no dia-a-dia, como no tratamento de doenças e o equilíbrio psicológico-mental de pessoas com depressão.

Assim sendo, passa-se à análise da proteção jurídica em virtude de sua natureza como animal de estimação.

DA PROTEÇÃO JURÍDICA EM VIRTUDE DE SUA NATUREZA

Com relação à proteção jurídica em virtude de sua natureza como animal de estimação é importante atentar-se às palavras de Ana Maria Alves Rodrigues:

A relação homem-animal apresenta diversas nuances, a depender do momento histórico, científico e cultural analisado, começando pelo período em que os animais não humanos sequer eram entendidos como seres vivos, ou eram vistos como máquinas, sendo que em meados do séc. XX passaram alguns animais a participarem das famílias, como se fossem verdadeiros membros daquele grupo. Ademais, atualmente, há a comprovação e reconhecimento de sua sciência e consequente tutela jurídica, como o caso de Portugal, em razão da aprovação do Estatuto Jurídico dos Animais, materializado por meio da Lei n.º 8/2017, de 1º de maio de 2017, a qual alterou o Código Civil, o Código de Processo Civil e o Código Penal. (RODRIGUES, 2018, 167)

Já no Brasil tramita no Senado a reforma do Código Civil de 2002, que tem como um dos objetivos a regulamentação do instituto da guarda e alimentos ao animal de estimação, com fim do vínculo conjugal, seja pela dissolução de união estável ou divórcio:

O projeto de lei 6.799/13, aprovado em 2.019 pelo Senado Federal e remetido à Câmara dos deputados para análise, o qual passa a considerar os animais sujeitos de direitos. Também, recentemente, foi apresentado o projeto de lei 4.375/21, com o objetivo de regulamentar expressamente a guarda de animais de estimação em caso de divórcio ou separação. Percebe-se, portanto, que se passa do foco no bem estar dos tutores, para também ter foco no bem estar do animal de estimação. (DUARTE, 2017, s/p)

O ordenamento jurídico brasileiro tem buscado aproximar o animal de estimação dos sujeitos de direito, o que institui uma relação de responsabilidade de seus tutores para além de meros assuntos patrimoniais.

O Projeto que regulamenta o novo modelo familiar, denominada de família multiespécie, formada por animais domésticos e seus tutores:

O Projeto de Lei 179/23 prevê uma série de direitos para os animais de estimação e regulamenta o conceito de família multiespécie como aquela formada pelo núcleo familiar humano em convivência compartilhada com seus animais. O projeto em análise na Câmara dos Deputados disciplina diversas situações pelas quais pode passar a família multiespécie: o fim da união estável, o divórcio, os pedidos de guarda e a regulamentação de visitas, entre outras. Um dos principais direitos assegurados pelo texto é o que garante aos animais de estimação o acesso à Justiça para defesa ou reparação de danos materiais, existenciais e morais aos seus direitos individuais e coletivos. Nesse caso, caberá ao tutor ou, na ausência ou impedimento deste, à

Defensoria Pública e ao Ministério Público representá-lo em juízo. (CÂMARA, Publicado em 28/02/2023)

Na reforma do Código Civil de 2002, o animal de estimação deixa de ser objeto ou coisa, passa adquirir personalidade jurídica, agente possuidor de direitos e deveres, devendo ser representado por seu tutor, seja na esfera administrativa ou jurídica.

Assim sendo, passa-se à análise da guarda de animais de estimação e alimentos.

DA GUARDA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO E ALIMENTOS

Para melhor compreendermos, faz-se necessário discorrer como o mundo jurídico caracteriza o animal de estimação:

Atualmente, o meio jurídico carrega dois entendimentos quanto aos animais de estimação. O primeiro é de que os animais de estimação podem ser designados apenas como “algo” a serem partilhados, como os outros bens do casal no momento do divórcio. Isso ocorre, pois, a natureza dos animais de estimação no Código Civil não os atribui como pessoas. Já o segundo entendimento acontece através do julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça, no sentido de que, independentemente do animal de estimação não possuir natureza de pessoa, ele precisa receber cuidado e atenção diferenciada, visto que a própria Constituição Federal veda práticas de violência e crueldade aos animais. Além disso, deve ser levado em consideração a existência de vínculo afetivo entre o dono, ser humano, e o animal de estimação. (GALVÃO & SILVA, 2023).

Com relação ao instituto da guarda no ordenamento jurídico brasileiro, apresentam-se três modelos, o de guarda unilateral, o de guarda compartilhada e o de guarda alternada, conforme o Código Civil de 2002:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) (BRASIL, CC 2002, Publicado em 10/01/2002)

Deste modo, o instituto da guarda apresenta tipos e formas de como se dá e estabelece, à guarda do animal de estimação, com suas peculiaridades.

Como acontece o instituto da guarda unilateral:

A guarda unilateral é dada somente a um dos donos do animal, onde o outro dono tem direito somente a visita. E, para decidir o melhor lar ao animal, será levado em consideração as melhores condições para realizar a custódia, onde apresentará mais afeto, saúde, segurança e educação ao pet. Já, ao outro dono, será autorizada a solicitação de informações do animal, principalmente quando se trata da saúde física

e psicológica do mesmo. Geralmente, a guarda unilateral se dá devido a conflitos entre os donos. (GALVÃO & SILVA, 2023).

Com relação ao instituto da guarda compartilhada:

A guarda compartilhada é a guarda exercida pelos dois genitores ao mesmo tempo, onde os dois possuem responsabilidades conjuntas em todas as decisões tomadas em relação aos seus filhos, ou neste caso, os animais de estimação! Na guarda compartilhada do animal, o mesmo terá uma residência fixa com um dos genitores. Porém, o tutor que não obtiver a guarda do animal, terá direito de ver o mesmo quando desejar, participando ativamente da sua vida e da sua rotina! O intuito da guarda compartilhada é preservar os laços afetivos que foram criados entre o animal de estimação e os seus donos. (GALVÃO & SILVA, 2023).

Já no instituto da guarda alternada:

No que se trata da guarda alternada, o animal não terá uma residência fixa, ou seja, ficará mudando de casa em determinados dias, semanas ou meses. Esta tem como objetivo afastar o exercício de divisão do poder familiar, sem o exercício das responsabilidades parentais de maneira exclusiva. (GALVÃO & SILVA, 2023).

Andrey Guimarães Duarte preconiza que:

Havendo acordo entre os cônjuges, poderão, na escritura pública de separação ou de divórcio, dispor sobre a guarda, compartilhada ou não, regime de visitas e divisão de despesas relacionadas ao seu animal de estimação. Os critérios e regras muito se assemelham às utilizadas para a regular as relações dos pais e seus filhos, sendo acordado quem ficará com a guarda, dias de visitas, percentual da partilha nas despesas e critérios para tomada de decisões conjuntas relacionadas com o animal de estimação. (DUARTE, 2017, s/p)

O entendimento é de que, a guarda do pet, a regulamentação de visitas, a divisão de despesas, abrangendo os alimentos e critérios para tomada de decisões, se serão em conjuntas, relacionadas ao animal de estimação.

A construção jurisprudencial entende que, nem todos os animais de estimação, podem ter sua guarda alternada e compartilhada:

Nem todos os animais podem ter sua guarda compartilhada. Isso só é possível a animais sencientes, ou seja, animais que possuem sensações e sentimentos de maneira inconsciente. O que é diferente dos animais semoventes, que são animais que não possuem os mesmos sentimentos e são propriedades ou patrimônios dos donos. Portanto, em casos de divisão de outros animais que não sejam cachorros ou gatos, será levado em consideração a propriedade. Isso ocorre pois é considerado que cachorros e gatos desenvolvem empatia, carinho e sentimento pelos seus donos. Portanto, a construção jurisprudencial leva esse fator em consideração! (GALVÃO & SILVA, 2023).

Desta feita, os tribunais vêm decidindo que, nem todos os pets terão possibilidade de ter sua guarda de forma alternada e compartilhada.

Assim sendo, passa-se à análise da proteção jurídica em virtude de sua natureza e do entendimento jurisprudencial pátrio.

DO ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL PÁTRIO

A família multiespécie apresenta-se como grupo familiar composto por pessoas que reconhecem e legitimam seus pets como membros da família.

Com relação ao entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrio, já existem algumas decisões acerca do tema, as modalidades de guarda, a regulamentação de visitas e a possibilidade de fixação de alimentos aos animais de estimação, seja na dissolução de união estável ou no divórcio.

Neste sentido, já se posicionou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. CADELA QUE, APÓS A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE DE FATO DAS LITIGANTES, FICOU SOB OS CUIDADOS DA RÉ. SENTENÇA NA ORIGEM QUE INDEFERIU A INICIAL E EXTINGUIU O FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. RECURSO DA AUTORA. SENTENÇA EXTINTIVA CALCADA NA INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL SOBRE O TEMA. MATÉRIA, NO ENTANTO, DEVIDAMENTE ENFRENTADA NAS CORTES DE JUSTIÇA DE TODO O PAÍS. RECONHECIMENTO, PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ACERCA DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS A ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO. RECURSO ESPECIAL N. 1713167/SP. VIABILIDADE JURÍDICA DA DISCUSSÃO POSTA. RECURSO PROVIDO PARA ANULAR A SENTENÇA E DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA O REGULAR PROCESSAMENTO DO FEITO. "1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII - "proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade"). 2. O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica. 3. No entanto, os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade. 4. Por sua vez, a guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar - instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar. 5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na

dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal." (REsp 1713167/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 09/10/2018). (TJSC, Apelação Cível n. 0308062- 30.2016.8.24.0008, de Blumenau, rel. André Carvalho, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 15-09- 2020) (TJSC, Publicado em 15/09/2020)

O entendimento dos nobres julgadores é no intuito de proteger o ser humano e o vínculo afetivo com seu animal de estimação, visando manter o afeto entre o tutor e o pet.

Nas palavras de Andrey Guimarães Duarte:

nos julgados mais recentes, em divórcios litigiosos, os juízes têm decidido pela imposição da guarda compartilhada entre os divorciados, muito embora ainda com maior foco no direito das partes ao convívio com seu animal de estimação, e não propriamente no direito do animal em manter convívio com aqueles com os quais possui afeto. E é evidente o abalo emocional que o animal de estimação sofre quando separado definitivamente do convívio com seus amigos humanos. (DUARTE, 2017, s/p)

Em razão disso, os nobres julgadores têm optado pela deliberação da guarda compartilhada entre os ex-companheiros ou ex-cônjuges, pois o grande objetivo é o direito das partes ao convívio com seu animal de estimação.

Andrey Guimarães Duarte relata que:

Os doutrinadores têm se manifestado no mesmo sentido, o que desaguou no enunciado n.º 11 do Instituto Brasileiro de Direito da Família, cujo teor diz: Na ação destinada a dissolver o casamento ou união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação. (DUARTE, 2017, s/p).

É notório o grande avanço alcançado até este momento acerca do tema em foco, porquanto, mesmo que ocorra separação do casal, isso não significa que acabou o afeto pelo seu animal de estimação.

Segundo palavras de Mahatma Gandhi, “a grandeza de uma nação pode ser julgada pelo modo como seus animais são tratados” (PENSADOR, s/d).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No transcorrer de todo o artigo científico foi percebido que, a definição da natureza de família vem em constante transformação, antes era constituída somente por pais e filhos, sendo considerado apenas vínculo consanguíneo. Mas, nos últimos tempos, o animal doméstico domesticado, dotado de sentimentos e afeto, vem estabelecer vínculo muito forte com ser humano, dando o surgimento da família multiespécie, onde o animal de estimação passa ser integrante e membro familiar, tratado como filho por seu tutor.

Cabe dizer que, no seio familiar possuidor animal de estimação, enfrenta dificuldades no ato procedimental de dissolução de união estável ou divórcio, seja pelo amor e afeto que as partes têm pelo pet e/ou pela dúvida de quem será incumbência da responsabilidade acerca da guarda, da regulamentação de visitas, da divisão de despesas, incluindo à possibilidade de fixação dos alimentos e critérios para tomada de decisões, como serão feitas, em conjuntas ou separadas, com relação ao seu pet.

Isto posto, a jurisprudência pátria tem decidido pela guarda compartilhada entre às partes, uma vez que, a grande finalidade é o direito destes ao convívio com seu pet e a manutenção do laço afetivo, tendo em vista o amor, o apego entre o tutor e o seu animal de estimação.

Afinal de contas, ainda há desentendimentos na jurisprudência pátria, se posiciona dizendo que os pets não têm qualquer proteção jurídica, sendo vinculados aos seus tutores. No entanto, pela proposta da comissão de juristas na reforma do Código Civil de 2002, os animais de estimação terão direito a uma proteção jurídica especial, que será definida em lei posterior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm Acesso em: 18 abr. 2024.
- CÂMARA. Projeto permite visita de animais a pacientes internados em hospitais. Publicado em 24/02/2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/939018-projeto-permite-visita-de-animais-a-pacientes-internados-em-hospitais/> Acesso em: 18 abr. 2024.
- CÂMARA. Projeto regulamenta a família multiespécie, formada por animais domésticos e seus tutores. Publicado em 28/02/2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/939334-projeto-regulamenta-a-familia-multiespecie-formada-por-animais-domesticos-e-seus-tutores/#:~:text=O%20Projeto%20de%20Lei%20179,conviv%C3%Aancia%20compartilhada%20com%20seus%20animais.> Acesso em: 18 abr. 2024.
- DIAS, Maria Ravelly Martins Soares. Família multiespécie e Direito de Família: uma nova realidade. Publicado em 04/07/2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67381/familia-multiespecie-e-direito-de-familia-uma-nova-realidade> Acesso em: 26 abr. 2024.
- DUARTE, Andrey Guimarães. A guarda de animais de estimação em caso de divórcio. Publicado em 17/02/2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/381767/a-guarda-de-animais-de-estimacao-em-caso-de-divorcio> Acesso em: 18 abr. 2024.
- GALVÃO & SILVA Guarda e regulamentação de animais de estimação. 2023. Disponível em: <https://www.galvaosilva.com/guarda-de-animais/> Acesso em: 27 mar. 2024.
- GAZZANA, Cristina; SCHMIDT, Beatriz. Novas configurações e vínculo com animais de estimação em uma perspectiva de Família Multiespécie. Artigo Científico do III Congresso de Pesquisa e Extensão da Faculdade da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, 2015. Disponível em: <https://ojs.fsg.edu.br/index.php/pesquisaextensao/article/view/1600> Acesso em: 26 abr. 2024.
- LIMA, Denilso de. Qual a origem e o que mais a palavra ‘pet’ significa? Publicado em 06/2010. Disponível em: <https://www.inglesnapontadalingua.com.br/2010/06/qual-origem-e-o-que-mais-palavra-pet.html> Acesso em 18 abr. 2024.
- LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MICHIGAN STATE UNIVERSITY. The Human-Animal Bond throughout Time, 7 dez. 2018. Disponível em: <https://cvm.msu.edu/news/perspectives-magazine/perspectives-fall-2018/the-human-animal-bond-throughouttime#:~:text=According%20to%20Bayer%2C%20a%20life,day%2Dto%2Dday%20life.> Acesso em 17 abr. 2024.
- OLIVEIRA, Samantha Brasil Calmon de. Sobre homens e cães: um estudo antropológico sobre afetividade, consumo e distinção. Dissertação de Mestrado em Sociologia e Antropologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/nanduty/article/view/15546/8442> Acesso em: 26 abr. 2024.
- PENSADOR. A grandeza de uma nação pode ser julgada pelo modo que seus animais são tratados. Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/OTcyMjU/> Acesso em: 18 abr. 2024.
- RODRIGUES, Ana Maria Alves. Família multiespécie e guarda de animais domésticos: uma análise de seu reconhecimento no direito brasileiro. Dissertação Programa de Pós Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte, 2018. Disponível em: http://domhelder.edu.br/mestrado/editor/assets/arquivos_dissertacoesdefendidas/b6bab8d32856f4253148f9174f4e6770 Acesso em: 18 abr. 2024.
- SILVA, Juliana Maria Rocha Pinheiro Bezerra da. Família Multiespécie: Reflexos do Direito de Família e de Sucessões. Natal/RN: Edição do autor, 2020.
- TEIXEIRA, Osvânia Pinto Lima Teixeira. L. R. B. X. (1). Família Multiespécie: reconhecimento de uma nova entidade familiar. Revista Homem, Espaço e Tempo. [S.I.]. Vol. 11, n. 11. 2017. Disponível em: <https://rhet.uvanet.br/index.php/rhet/article/view/249/220> Acesso em: 26 abr. 2024.

TJSC Jurisprudência Catarinense. Publicado em 15/09/2020. Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora Acesso em: 18 abr. 2024.

TOLEDO, Maria Izabel Vasco de. A tutela jurídica dos animais no brasil e no direito comparado, 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8426/6187>. Acesso em: 17 abr. 2024.

RACISMO NO BRASIL: RACISMO ESTRUTURAL NO BRASIL
RACISM IN BRAZIL: STRUCTURAL RACISM IN BRAZIL
RACISMO EN BRASIL: RACISMO ESTRUCTURAL EN BRASIL

Jesus Salvador Leandro Filho
jfleandro@hotmail.com

FILHO. Jesus Salvador Leandro. **Racismo no Brasil: racismo estrutural no Brasil.** Revista International Integralize Scientific, Ed. n.39, p. 57 – 66 , setembro/2024. ISSN/2675 – 5203

RESUMO

Este trabalho versa sobre o Racismo Estrutural no Brasil foi escolhido por perceber que o mesmo está enraizado na vida da sociedade desde da abolição da escravatura, com escopo de impedir a acessibilidade dos cidadãos negros. Sua relevância estar na possibilidade da reflexão e conscientização da sociedade brasileira sobre as diversas maneiras de manifestação do racismo; promovendo o combate ao racismo e o pertencimento do cidadão negro na sociedade. Esta pesquisa tem como sustentação teórico-metodológica, através de um texto dissertativo-argumentativo, utilizando para isso os materiais de autores que servirão de referencial teórico da pesquisa, tais como: Silvio Luiz de Almeida, Florestan Fernandes, Carolina de Paula Machado, Abdias do Nascimento e outros. **Palavra-chave:** Racismo; Racismo Estrutural; Democracia racial.

SUMMARY

This work deals with Structural Racism in Brazil was chosen because it realizes that it has been rooted in the life of society since the abolition of slavery, with the aim of preventing the accessibility of black citizens. Its relevance lies in the possibility of reflection and awareness of Brazilian society about the different ways of manifesting racism; promoting the fight against racism and the belonging of black citizens in society. This research has as theoretical and methodological support, through a dissertative-argumentative text, using the materials of authors that will serve as the theoretical framework of the research, such as: Silvio Luiz de Almeida, Florestan Fernandes, Carolina de Paula Machado, Abdias do Nascimento and others.

Keyword: Racism; Structural Racism; Racial democracy.

RESUMEN

Se eligió este trabajo sobre el Racismo Estructural en Brasil porque se da cuenta de que está arraigado en la vida de la sociedad desde la abolición de la esclavitud, con el objetivo de impedir la accesibilidad de los ciudadanos negros. Su relevancia radica en la posibilidad de reflexionar y sensibilizar a la sociedad brasileña sobre las diversas formas en que se manifiesta el racismo; promover la lucha contra el racismo y la pertenencia de los ciudadanos negros a la sociedad. Esta investigación se sustenta teórica y metodológicamente en un texto disertativo-argumentativo, utilizando material de autores que servirán de referencia teórica para la investigación, tales como: Silvio Luiz de Almeida, Florestan Fernandes, Carolina de Paula Machado, Abdias do Nascimento y otros.

Palabras clave: Racismo; Racismo estructural; Democracia racial.

INTRODUÇÃO

O artigo apresentado se refere sobre o racismo estrutural no Brasil, que há na sociedade, culminando na desigualdade racial no Brasil. Merece destacar o tema em pauta, pela relevância na conscientização no combate ao racismo estrutural, acontecimento que, historicamente, foi colocado na população negra brasileira pela herança da escravidão.

O tema versa sobre o Racismo no Brasil; delimitando a temática no Racismo Estrutural na sociedade brasileira, visto que o racismo estrutural acontece, todo o momento, que é observado que não há, igualdade e paridade, no tratamento com os negros e negras; mas sim, um certo privilégio aos brancos, em relação aos negros e negras na vida da sociedade.

Justificou-se o tema, pois há negação do racismo, bem como o desenvolvimento do conceito de democracia racial, que se aperfeiçoaram com o conceito de meritocracia. Segundo este conceito, os negros que se esforçarem poderão usufruir de direitos iguais aos dos brancos. Tal conceito, na prática, apenas foi usado para a preservação da desigualdade entre brancos e negros.

Este artigo tem objetivo de descrever o Racismo Estrutural no Brasil; Compreender como começou o funcionamento da Democracia racial e Identificar a influência que o processo de escravidão deixou na sociedade brasileira.

A presente Pesquisa foi de natureza qualitativa, exploratória e bibliográfica, onde, o desenvolvimento do trabalho é baseado em informações coletadas em bancos de dados acadêmicos. Por meio do banco de dados Periódicos da Capes, Scielo e teses e dissertações disponibilizadas na internet.

A importância da discussão do tema, se torna necessária, visto que possibilitará subsidiar, por meio da reflexão crítica as condições e o papel do negro na sociedade. Promovendo subsídio para formação de políticas públicas efetivas, que realize a inserção da participação do negro na vida do país.

O escopo é discorrer sobre introdução, conceito de Racismo Estrutural no Brasil, conceito de Racismo e preconceito, Democracia Racial, mito da democracia racial, Racismo Algoritmo e Conclusão.

RACISMO ESTRUTURAL NO BRASIL

Para melhor compreensão, vale expor os conceitos de preconceito e de racismo, assim, discorrer sobre o assunto do tema apresentado no artigo. Pois, tanto racismo como preconceito andam juntos na vida da sociedade. Para que se entenda como está inserida a extensão e presença do racismo Estrutural no Brasil, é importante destacar as definições dos dois vocábulos.

RACISMO E PRECONCEITO

De acordo com o Dicionário Aurélio, preconceito é:

o conceito ou opinião formados antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos; ideia preconcebida; julgamento ou opinião formada sem se levar em conta o fato que os conteste; suspeita, intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões, etc. (MACHADO, 2007)

Os preconceitos são formados em nossa “socialização” pela aquisição de “percepções” a que somos colocados no decorrer da vida, são ligações entre condições biológicas ou sociais (cor, renda, religião, escolaridade, sexualidade, etnia e outras); bem como, por comportamentos, traços de qualidade ou situações específicas, como por exemplo, ser incompetente, ser corrupto, ser doente, ser desinteligente, ser violento, e outras. (REZENDE, 2020)

Segundo o conceito Porfírio (2020) aduz que:

O racismo estrutural é uma forma de racismo implícita na sociedade e nas ações cotidianas. Ela não é, necessariamente, a prática de agressões e de discriminação direta de uma pessoa em cima da outra com base na raça. É a exclusão de uma etnia ou cor (a negra e a indígena, no caso do Brasil) por conta de questões históricas. Historicamente, os negros foram escravizados no Brasil e, após a sua abolição, nenhuma medida de reparação e reinserção dos ex escravos foi tomada, o que legou à população negra brasileira a dificuldade de estudar, de se inserir no mercado de trabalho formal e de se integrar com dignidade à sociedade. (PORFÍRIO, 2020)

Convém falar que racismo é uma maneira de preconceito, porque é realizado um juízo antecipado sobre uma pessoa em razão dos seus atributos físicos ou étnicos, mas existem outras maneiras de preconceito, fundamentais, por exemplo, na situação econômica, na religião, no gênero, na orientação sexual, no nível escolar, no status político, entre outras.

Faz-se necessário expor que conceito de racismo é a ação de discriminar, isto é, fazer diferença de um indivíduo ou grupo por ligar suas qualidades “físicas e étnicas a estigmas, estereótipos, preconceitos.” Essa diferenciação implica num tratamento discriminativo, que culmina em exclusão, segregação, opressão, sucedendo em várias escalas, como o espacial, cultural, social. De acordo com a exposição do Artigo 1º do Estatuto da Igualdade Racial:

Discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada. (BRASIL, 2021)

De acordo com Florestan Fernandes (1978), em seu livro “A integração do negro na sociedade de classes”:

A desagregação do regime escravocrata e senhorial se operou, no Brasil, sem que se cercasse a destituição dos antigos agentes de trabalho escravo de assistência e garantias que os protegessem na transição para o sistema de trabalho livre. Os senhores foram eximidos da responsabilidade pela manutenção e segurança dos libertos, sem que o Estado, a Igreja ou qualquer outra instituição assumisse encargos especiais, que tivessem por objeto prepará-los para o novo regime de organização da vida e do trabalho. (FERNANDES, 1978, p. 22)

Esta ausência de mecanismo de integração do negro na vida social do Brasil, introduziu o que, atualmente, chamamos de racismo estrutural. Não houve implementação de políticas públicas de integração do povo negro “recém-liberto,” abandonando-o ao ermo, criando causas terríveis que se repetiram no tempo.

Vale frisar que o racismo estrutural está presente em todos espaços da vida social, a saber: na cultura, nas instituições sociais, na política, no mercado de trabalho, nas instituições públicas, na construção educacional. E isto é conclusão “secular” de uma nação fundamentada em alicerces “escravocratas,” manipulado por “dogmas racialistas”; onde não procurou integrar a “população de ex-escravizados” em seu processo definitivo, abandonando-os à marginalidade e, por sua vez, responsabilizando-os pelas causas violentas desse desprezo intencional.

Relembrando que a escravidão foi abolida há 131 anos, e a desigualdade racial produzida por ela e pelo processo incompleto para a “liberdade,” visto que não foram promovidos mecanismos para a autonomia e dignidade humana da população negra, isto são observáveis no Brasil atual.

Rezende (2020) expressa que diante da situação herdada e produzida pelo pensamento escravocrata, é observada esta discrepância social na sociedade brasileira. Veja que, a população negra sendo maior parte no Brasil, esse grupo, em 2018, ocupou somente 27,7% das pessoas com os maiores rendimentos; entretanto, no conjunto com os menores “rendimentos,” abrange 75,2% dos indivíduos.

Já no quesito das situações de moradia da população negra, também, ocupa uma desproporcionalidade com respeito à população branca. Existem mais pretos e pardos morando em casas sem serviço de coleta de lixo (ou seja, 12,5% contra 6,0% da população branca). Também há distorção nos quesitos água e esgoto: sem fornecimento de água por rede geral (17,9% em relação à 11,5% da população branca) e sem esgotamento sanitário (42,8% em relação à 26,5% da população branca).

Segundo Rezende (2020), foi feito um levantamento pelo Laboratório de Análises Econômicas, Sociais e Estatísticas das Relações Raciais da UFRJ entre 2007 e 2008 verificou que, em 70% das ações por racismo ou injúria racial daquela ocasião no Brasil, quem teve êxito foi o réu; somente 30% dos casos, o êxito foi da vítima. De acordo com o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que a partir de 2005 passou a considerar dados sobre casos de injúria racial e racismo, entre 2005 e 2018, somente 6,8% dos processos por esses crimes culminaram na condenação no estado. Na Bahia, entre 2011 e 2018, apenas sete processos por racismo foram decididos, um por ano.

Em outro aspecto, o 13º Anuário da Violência, transcrito pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública em 2019, consta que, em 2018, 75,4% das vítimas da letalidade policial eram pretas ou pardas, em sua maior parte jovens e do sexo masculino. Também, o levantamento realizado demonstra que mulheres negras ocupam 61% das vítimas de feminicídio e 50,9% das vítimas de estupro. Dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), na última pesquisa nacional feita em 2016, detectaram que 65% da população carcerária brasileira é composta por população negra (preto e pardo, de acordo com IBGE). (REZENDE, 2020)

Assim, urge a necessidade de se forjar a promoção de políticas públicas direcionadas para a população negra, de maneira, que viabilize a democratização e, em especial, a acessibilidade aos serviços públicos, gerando efetivas oportunidades.

Segundo o professor Almeida (2018) quando se aceita a presença do racismo, forja-se, instantaneamente, o comprometimento moral de combater contra tal discriminação racial. Pois, a negação é um obstáculo utilizado, para continuar perpetrando o racismo. O racismo tem êxito e se repete sem enalço, quando ele é negado, ele é naturalizado; bem como inserido diariamente como um comportamento normal.

Almeida (2018) aduz que é necessário que reconheça a existência do racismo, assim, se terá a mudança necessária para pertencimento do negro como cidadão. Pois, a conscientização é o ponto fundamental para promoção do combate ao racismo estrutural.

Infelizmente, creem que, no Brasil, vivemos numa “democracia racial miscigenadas,” alegres e sem atrito. Essa é a maldade do nosso racismo. Ele foi formado de uma maneira tão engenhosa, que os brasileiros “chegaram ao ponto de não quererem” ou não terem condições de ver a realidade alarmante que está bem diante das suas vistas.

Também, o racismo se expressa de maneiras que podem ser menos alarmantes, mas repete causas mais destruidoras na vida da pessoa negra. Em qualquer ponto da vida que se leve em consideração, os pretos e os pardos “(grupos que o IBGE classifica como negros)” estão sempre em total desvantagem na equiparação com os brancos. Sendo que os números do quadro apresentado abaixo são ilustrativos.

A verdade, que no Brasil, ser negro simboliza ser mais pobre em relação ao branco, possuir menor escolaridade, ganhar salário menor, ser mais desprezado pelo mercado de trabalho, possuir menor oportunidades de “ascensão profissional e social”, e outros pontos não mencionados.

No momento, que a negação perdura, esse fato é descrito como consequência “natural” e inevitável das desigualdades sociais na sociedade brasileira. Assim, não se procura ver que o real motivo é o racismo. Ressaltando que os “negacionistas” atacam políticas de âmbito racial, como por exemplo: “a demarcação de terras quilombolas e a criação de cotas nas universidades e nos concursos públicos.” (AGÊNCIA SENADO, 2020)

Vale mencionar que o racismo é estrutural, porque se exhibe como uma coluna sobre a formação das relações políticas, econômicas e sociais na nação. As pessoas e as instituições são configuradas, por vezes de maneira inconsciente, para atender como normal que brancos e negros ocupem lugares distintos.

As pessoas são racistas quando não ficam espantadas ou indignadas diante da notícia de homicídio de uma pessoa negra. Também pelo fato, da ausência de negros, nos seguintes locais, a sabe: nos governos, nos tribunais e na direção de empresas. Observando, o racismo quando o Estado prover transporte de qualidade, saneamento básico e segurança pública aos bairros ricos. Sendo que, em contrapartida, negligenciada a prestação dos serviços às periferias, habitadas pela maioria da população negra.

Percebe-se que o racismo estrutural é tão violento que até mesmo pessoas negras “reproduzem” o racismo. Inclusive merece salientar que para as mulheres negras, a situação é mais difícil, como o racismo, no Brasil, assim, também o machismo é estrutural.

Nesta relação, as negras são duas vezes discriminadas; elas são observadas tanto como objetos, por causa do machismo, quanto como sub-humanas, em razão do racismo. Se para os homens negros já é reservado pouca oportunidade na sociedade, às mulheres negras, por sua vez, é reservada numa proporção bem menor.

É percebido que o conceito de racismo estrutural exhibe, na verdade, uma dinâmica de intenção na sociedade, de forma ampla, para arrancar da população negra e “dar” à população branca. Outrossim, as “ações pontuais de racismo” se exibem como expressões em menor nível de uma atitude que é mais extensa e coletiva.

Segundo Almeida (2018), é necessário extrair essa lente que faz as pessoas verem a desigualdade e o racismo com naturalidade. Para tanto, necessário se faz que se substitua a educação, a escola, com intuito de forjar na mente e na alma dos indivíduos a vontade de igualdade, diversidade e integração.

Para o professor Almeida (2018), é importante que obrigue e substitua a abordagem das mídias, desde as novelas até os jornais. Infelizmente, no momento, em que os programas entrevistam os indivíduos negros apenas no dia 13 de maio (aniversário da Lei Áurea) ou no dia 20 de novembro (Dia da Consciência Negra) ou então para que somente narrem suas “tragédias” individuais, as mesmas estão intensificando a construção de “um imaginário” que gruda o negro diretamente ao seu “pertencimento racial.”

Para Almeida (2018) não é uma modificação fácil de ser realizada, uma vez que o racismo reserva aos brancos um posicionamento privilegiado na sociedade. Mas existem argumentos para persuadi-los a se inserir nessa modificação e, por sua vez, ceder as regalias que, historicamente, aos sistemas racistas da sociedade lhes asseguram.

De acordo com Almeida (2018) jamais se terá democracia numa sociedade racista. Pois, a sociedade racista é sistemicamente autoritária, visto que necessita se usar do poder para abandonar as solicitações “justas da maioria” e ouvir à minoria. Cabendo expor que preservação da desigualdade, da pobreza e da “baixa representatividade política” obriga agressão estruturada, que, mais tarde, culminará na rejeição dos negros, sendo utilizada, também, mais tarde, “contra os brancos.”

Ressaltando que se a maior parte da sociedade é pobre, agredida e humilhada a todo instante, essa coletividade não pode ser sadia. É uma localidade insuportável para qualquer indivíduo viver, inclusive os brancos. O envolvimento na luta antirracista significa responsabilidade com a democracia, a boa evolução econômica e a humanidade.

DEMOCRACIA RACIAL

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 corrobora no seu Artigo 5º, ao menos teoricamente, a igualdade e ausência de discriminação a todos, bem como com a tutela da lei, mencionando que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988)

O mito da democracia racial

O vocábulo mito, proveniente do grego antigo “mythos”, indica uma narrativa “fantasiosa,” “surreal,” alguma coisa que não coaduna com a veracidade imediata do fato. Juntando o vocábulo “mito” às palavras “democracia racial”, possuímos uma nova condição terminológica, que se pode corroborar a “inexistência” da democracia racial.

Convém mencionar que o vocábulo raça, no século XIX, era fundamentado nas divisões das identificações das ciências biológicas pelas quais os seres vivos eram classificados. Então, creia-se que, nos grupos humanos, qualidades genéticas estabeleciam qualidades “fenotípicas”

e “mesmo sociais.” A expressão, ainda hoje usada, que bem exemplifica essa “associação” é falada que um indivíduo tem certa atitude ou “habilidade”, em razão de “está no sangue”. (REZENDE, 2020)

Vale dizer que a implementação, na ocasião, da teoria darwinista às ciências humanas promoveu teorias “racialistas e evolucionistas sociais,” que saiam do ponto de que existiria uma “superioridade racial” de certos grupos sociais sobre outros. Também, havia o pensamento que a história humana era unilateral e compartimentada em fases, as quais conduziriam da barbárie à civilização. Isto é, as coletividades tidas como superiores classificavam-se na fase de civilização.

Esse tipo de mentalidade foi usado como legitimação para “empreendimentos” “neocoloniais”. Argumento, também, utilizado para a já firmada escravidão de povos não brancos, que reproduziria nos séculos seguintes nas mais diversas maneiras de racismo.

Infelizmente, mais tarde a Abolição da Escravidão e Proclamação da República, o Brasil começou a usar os costumes europeus como padrão para forjar uma “identidade nacional.” Porém, a configuração da população do Brasil não atendia a esses padrões.

Pode aduzir que esse acolhimento delimitado adicionado à igualdade jurídica pós-abolição, que não se materializou por não inserir a igualdade política de votar e se juntar à procura de direitos, levou, também, a um falso pensamento de meritocracia. E isto, supostamente, posicionaria os negros e os brancos em situação de igualdade em “oportunidades e recursos.”

Mas, em contrapartida, o “fracasso” da população negra era tido como consequência de qualidades “pessoais,” tais como: indolência, incapacidade, degradação moral e ignorância. Possibilidade apresentada pelo racismo científico, que as conferiu a “deficiências biológicas.” (REZENDE, 2020)

Assim, grande quantidade dos intelectuais da ocasião viam a população negra como um simbolismo de atraso, promovendo perda à “identidade nova” e “moderna” que o Brasil tanto desejava. Então, as “teorias científicas do branqueamento” apareceram, e a decisão apresentada foi unir a população negra com a branca, inserindo os estrangeiros europeus, “geração por geração,” até substituir a configuração “racial” do Brasil, de negro para branco.

A mentalidade de democracia racial direciona a uma coletividade “sem discriminação” ou sem obstáculos normativos e “culturais” para a igualdade entre povos étnicos. É um pensamento irrealizável, uma vez que a completa igualdade e a “ausência completa” de qualquer espécie de preconceito não acontecem, bem como nunca ocorreram em nenhum canto da terra. Assim, vai se perpetrando este pensamento pernicioso na sociedade brasileira.

Racismo Algoritmo

No entanto, surgiu um outro problema, o Racismo Algoritmo, ou seja, são softwares que beneficiam indivíduos brancos. Lamentavelmente, o racismo algoritmo acontece no momento em discriminam imagens ou qualquer espécie de conteúdo digital de indivíduos negros ou “não-brancas.” (BLOG, 2020)

De tal maneira que, para a pessoa que não percebe bastante sobre tecnologia, os impactos e resultados danoso do racismo algorítmico na vida da população negra e não-branca, extrapolam as simples “curtidas em redes sociais.” (BLOG, 2020)

Foi divulgado uma pesquisa por empresas do mercado digital no Brasil, onde evidencia que a presença de conteúdos negros é perceptivelmente menos participativa na realização de

campanhas publicitárias. Assim, o racismo cada instante mais cristalino em tecnologias online é a reprodução do racismo estrutural arraigado na coletividade.

Merece ressaltar que, da mesma maneira, que a ausência de oportunidades em posições mais elevadas, que a preferência para a admissão de pessoas brancas e que os pequenos valores de salários atingem a vida profissional e financeira da população negra.

Também, pode se dizer que há, nesta relação, a menor extensão, a saber: pouco prestígio e colaboração de administrados negros na formação democrática de mídias sociais que, também, por sua vez, contribuir para a preservação do processo racistas que oprimem e danificam milhões de pessoas negras.

Resumindo, de acordo com (BLOG, 2020), tanto na hierarquia das carreiras na tecnologia, como “dentro” dos ambientes tecnológicos e de inovação. O racismo se expressa em distintos “níveis.” Pode ser identificado a discriminação racial em uma série de aspectos, tais como:

- a) a falta e a não admissão de pessoas negras nos vários ambientes da tecnologia, a desprestígio do profissional negro dentro do espaço tecnológico;
- b) processo educacional deficitário em vários aspectos, o que prejudica o acesso de mais pessoas negras a áreas tecnológicas; e
- c) brutalidade com a população jovem negra. As ferramentas tecnológicas como “não-neutras” e sendo gerenciadas, em sua maior parte, por uma perspectiva unilateral, que terminam pondo mais confrontos na resolução das dificuldades já combatidas pela população negra brasileira.

Apesar de muitas pessoas negras serem ativas nas redes sociais e os seus conteúdos apresentarem excelência, têm tido pouca visibilidade as suas matérias; em contrapartida, são boicotadas por “algumas” plataformas, tais como: Twitter, Instagram e Youtube. O negro tem apenas visibilidade, no caso de prestar serviço contra a própria população negra: a desinformação.

Portanto, o racismo algorítmico promove consequências devastadoras na vida da população negra, pois o mesmo é uma forma de racismo estrutural; mas, sim, o aparelhamento discriminativo dentro do ambiente virtual. Pois, o racismo algoritmo tende a realizar a “invisibilização” da atividade de população negra, “indígenas e não-brancas” no ambiente virtual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluiu-se, a notória presença do racismo estrutural que há na sociedade brasileira, a qual culminou na desigualdade racial no Brasil. Infelizmente, foi negada a existência do racismo desde a abolição, com isso, foi retirada, automaticamente, qualquer possibilidade do pertencimento do povo negro.

Mereceu destacar a relevância na conscientização no combate ao racismo estrutural, acontecimento que, historicamente, foi colocado na população negra brasileira pela herança da escravidão. Inclusive foi criado o mito da democracia racial, que até hoje, se camuflou na meritocracia. E com isso, impediu a igualdade e paridade na sociedade brasileira.

O tema versou sobre o Racismo no Brasil; delimitou a temática no Racismo Estrutural na sociedade brasileira, visto que o mesmo ocorreu, no momento, em que foi observado que

não houve, igualdade e paridade, no tratamento com os negros e negras; mas sim, um certo privilégio aos brancos, em relação a população negra na vida da social do Brasil.

A relevância do tema apresentado, para o meio acadêmico se deu, em razão de propiciar divulgação e conscientização sobre o racismo estrutural, que ocorre diariamente. Também, a pesquisa foi importante para a sociedade, pois houve acesso aos diversos materiais disponibilizados sobre o assunto do tema. Assim, permitiu condensar um conteúdo verdadeiro, com escopo de subsidiar a coletividade, para realização de juízo de valor efetivo, então, possibilitar políticas públicas efetivas em relação a população negra.

Durante a pesquisa, constatou que houve um intenso crescimento pessoal e profissional, pois tive consciência que seria necessário continuar a luta contra o racismo estrutural na sociedade brasileira.

Portanto, a aceitação da existência do racismo é um viés imprescindível para se combater a discriminação racial no Brasil. O reconhecimento do racismo estrutural possibilita um ambiente favorável, para que haja uma reflexão crítica, e assim, forjará fundamento sólido para construção de políticas públicas efetivas; direcionada a oportunizar a população negra, condições igualdade e paridade, juntamente, com os brancos.

Assim, para que possa promover o bem-estar social da população negra, bem como o seu pertencimento na sociedade; é imperiosamente, necessária aplicabilidade das normas referente ao combate do racismo, como também, conceder real dignidade. Com isto, o povo negro terá a visibilidade e, por sua vez, inserção na formação de políticas públicas que atendam as demandas efetivas deste povo, que foi desde a abolição abandonado e violentado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Sílvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- AGÊNCIA SENADO. Negro continuará sendo oprimido enquanto o Brasil não se assumir racista, dizem especialistas. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/09/06/negro-continuara-sendo-oprimido-enquanto-o-brasil-nao-se-assumir-racista-dizem-especialistas>> (Acessado em 29 dezembro de 2020 às 17h23min).
- BATISTA, Waleska Miguel. Resenha. Revista Direito & Práxis, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2581-2589. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdp/v9n4/2179-8966-rdp-9-4-2581.pdf>> (Acessado em 29 dezembro de 2020 às 15h21min).
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988.
- BRASIL. Lei nº 12.288. 20 de julho de 2010. institui o Estatuto da Igualdade Racial. Brasília, DF. Disponível em: Planalto Central. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm> (Acessado em 13 de janeiro de 2021 às 00h49min).
- LOG. 5 Fatos que comprovam que ainda há racismo no Brasil. Disponível em: <<https://www.usjt.br/blog/5-fatos-que-comprovam-que-ainda-ha-racismo-no-brasil/>> (Acessado em 30 de dezembro de 2020 às 21h17min).
- BLOG. Discriminação Digital: entenda como funciona o Racismo Algoritmo. Disponível em: <<https://crosoften.com/discriminacao-digital-entenda-como-funciona-o-racismo-algoritmo/>> (Acessado em 30 de dezembro de 2020 às 22h13min).
- FERNANDES, Florestan. A Integração do Negro na Sociedade de Classes. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1978.
- GALTUNG, Johan. Cultural Violence. Journal of Peace Reseach. v. 27, n. 3, 1990, p. 291-305. Disponível em: <https://www.galtung-institut.de/wpcontent/uploads/2015/12/Cultural-Violence-Galtung.pdf>. (Acesso em: 10 de janeiro de 2021 às 21h23min).
- IBGE. Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/25844-desigualdades-sociais-por-cor-ou-raca.html?=&t=sobre>> (Acessado em 10 janeiro de 2021 às 22h15min).
- MACHADO, Carolina de Paula. A designação da palavra preconceito nos dicionários atuais. p. 209. 2007.
- MACHADO, Carolina de Paula. A designação da palavra preconceito em dicionários atuais. 2007. 134p. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Estudos da Linguagem, Campinas, SP.

Disponível em: <<http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/269050>>. (Acessado em: 30 dezembro de 2020 às 23h38min).

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Técnica de pesquisa. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos de metodologia científica. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINGONI, Gilberto. O destino dos negros após a Abolição. Revista Desafios do Desenvolvimento. Ano 8, Edição 70, Brasília: IPEA: 2011. Disponível em: Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2673%3Acatid%3D28&Itemid=23> (Acessado em 4 de janeiro de 2021 às 00h49min).

NASCIMENTO, Abdias do. O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, pp. 92, 1978.

PORFÍRIO, Francisco. Democracia racial. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/democracia-racial.htm>> (Acessado em 18 de dezembro de 2020 às 18h49min).

REZENDE, Milka de Oliveira. Racismo no Brasil. Disponível em: <<https://www.google.com/amp/s/m.mundoeducacao.uol.com.br/amp/sociologia/racismo-no-brasil.htm>> (Acessado em 15 de dezembro de 2020 às 20h10min).

SILVA, Larissa Maria do Nascimento da. Desigualdade Racial no Brasil: a reiteração do racismo estrutural na sociedade brasileira. João Pessoa, 2020.

ANÁLISE DA ADC 41: AÇÃO AFIRMATIVA NO SISTEMA DE COTA
ANALYSIS OF ADC 41: AFFIRMATIVE ACTION IN THE QUOTA SYSTEM
ANÁLISIS DE ADC 41: LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN EL SISTEMA DE
CUOTAS

Jesus Salvador Leandro Filho
jfleandro@hotmail.com

FILHO. Jesus Salvador Leandro. **Racismo no Brasil: racismo estrutural no Brasil.** Revista International Integralize Scientific, Ed. n.39, p. 67 – 74 , setembro/2024. ISSN/2675 – 5203

RESUMO

Este artigo tem objetivo de analisar a ação Direta de Constitucionalidade número 41 do STF referente ao entendimento no sistema de cota na Ação Afirmativa no Brasil; Compreender o racismo Estrutural no Brasil; Descrever a extensão da Ação afirmativa; conceituar Democracia racial e Identificar a influência que o processo de escravidão deixou na sociedade brasileira; o artigo apresentado se refere sobre a Análise da Ação Direta de Constitucionalidade número 41 do STF, Ação Afirmativa no sistema de cotas no Brasil, que foi introduzida na nossa sociedade, visando combater a desigualdade racial no Brasil; Merecendo destacar o tema em pauta, pela relevância na implementação de ações de políticas públicas do Estado brasileiro no combate ao racismo estrutural, erradicação da pobreza, desigualdade social e promoção do pertencimento do povo negro.

Palavra-chave: ADC nº 41 do STF; Ação Afirmativa; Políticas Públicas; Sistema de Cotas.

SUMMARY

This article aims to analyze the Direct Action of Constitutionality number 41 of the STF regarding the understanding of the quota system in Affirmative Action in Brazil; Understand Structural Racism in Brazil; Describe the extent of Affirmative Action; Conceptualize Racial Democracy and Identify the influence that the process of slavery left on Brazilian society; the article presented refers to the Analysis of the Direct Action of Constitutionality number 41 of the STF, Affirmative Action in the quota system in Brazil, which was introduced in our society, aiming to combat racial inequality in Brazil; deserving to highlight the theme in question, due to the relevance in the implementation of public policy actions of the Brazilian State in the fight against structural racism, eradication of poverty, social inequality and promotion of the belonging of black people.

Keywords: ADC 41; Affirmative Action; Public Policies; Quota System.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar la Acción Directa de Constitucionalidad número 41 del STF en lo que se refiere a la comprensión del sistema de cuotas de la Acción Afirmativa en Brasil; entender el racismo estructural en Brasil; describir el alcance de la Acción Afirmativa; conceptualizar la democracia racial e identificar la influencia que el proceso de esclavitud ha dejado en la sociedad brasileña; el artículo presentado se refiere al Análisis de la Acción Directa de Constitucionalidad número 41 del STF, Acción Afirmativa en el sistema de cuotas en Brasil, que se introdujo en nuestra sociedad, con el objetivo de combatir la desigualdad racial en Brasil; mereciendo destacar el tema en cuestión, debido a la relevancia en la implementación de acciones de política pública del Estado brasileño en la lucha contra el racismo estructural, la erradicación de la pobreza, la desigualdad social y la promoción de la pertenencia de las personas negras.

Palabras clave: ADC 41; Acción Afirmativa; Políticas Públicas; Sistema de Cuotas.

INTRODUÇÃO

O artigo apresentado se refere sobre a Análise da Ação Direta de Constitucionalidade número 41 do STF, Ação Afirmativa no sistema de cotas no Brasil, que foi introduzida na nossa sociedade, visando combater a desigualdade racial no Brasil. Merece destacar o tema em pauta, pela relevância na implementação de ações de políticas públicas do Estado brasileiro no combate ao racismo estrutural, erradicação da pobreza, desigualdade social e promoção do

pertencimento do povo negro. Tal acontecimento que, historicamente, foi direcionada à população negra brasileira pela herança da escravidão.

O tema versa sobre análise da Ação Direta de Constitucionalidade; delimitando a temática a Ação Afirmativa no sistema de cota na sociedade brasileira, visto que todas as vezes que é questionada a implementação e efetivação da Ação Afirmativa nas Instituições, o racismo estrutural é exibido, e assim, é verificado que não existe, a oportunidade, a igualdade e a paridade, no tratamento com os negros e negras; mas sim, um certo privilégio aos brancos, em relação aos negros e negras na vida da sociedade. Para tanto, necessitando da intervenção do estado para proteger o benefício constitucional.

Justificou-se o tema, pois, infelizmente, além da dificuldade de efetivação do direito da Ação Afirmativa, existe a negação do racismo no Brasil. Sendo, que foi desenvolvimento do conceito de democracia racial, que se aperfeiçoaram com o conceito de meritocracia. Este pensamento criado, no passado, em relação aos negros, se tornou um grande obstáculo, para que os mesmos possam usufruir de direitos iguais aos dos brancos. Cabendo expor que tal conceito, na prática, apenas foi utilizado para a conservação da desigualdade entre brancos e negros.

Este artigo tem objetivo de analisar a ação Direta de Constitucionalidade número 41 do STF referente ao entendimento no sistema de cota na Ação Afirmativa no Brasil; Compreender o racismo Estrutural no Brasil; Descrever a extensão da Ação afirmativa; conceituar Democracia racial e Identificar a influência que o processo de escravidão deixou na sociedade brasileira.

A presente Pesquisa foi de natureza qualitativa, exploratória e bibliográfica, onde, o desenvolvimento do trabalho é baseado em informações coletadas em bancos de dados acadêmicos. Por meio do banco de dados, Órgãos do Governo, Periódicos da Capes, Scielo e teses e dissertações disponibilizadas na internet.

A importância da discussão do tema, se torna necessária, uma vez que permitirá fornecer ferramentas, por meio da reflexão crítica, conscientização das condições, a oportunidade e contribuição do negro na sociedade. Produzindo, por sua vez, subsídio para construção de políticas públicas efetivas, que viabilize com ações afirmativas, que atinja o escopo sem a necessidade de demanda judicial, e que faça alocação da participação do negro na vida econômica do país.

O escopo é discorrer sobre introdução, Ação Direta de Constitucionalidade nº 41 do STF, Contexto da publicação da ADC 41, Conceito de Ação Afirmativa, Eficácia Erga Omnes, Conceito Erga Omnes, Eficácia Erga omnes na visão do Tribunal, Análise de julgados do STF sobre o tema, em contradição à ADC 41, Conclusão e Referência.

AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 41 DO STF

É importante na análise do trabalho apresentado expor, que Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) é Ação que tem por escopo “confirmar” a constitucionalidade de uma norma federal. A finalidade da ADC é tutelar que a “constitucionalidade da lei não seja questionada por outras ações.” (JUSBRASIL, 2021)

No site Jusbrasil (2021) menciona que:

A ADC é um dos instrumentos do que os juristas chamam de controle concentrado de inconstitucionalidade das leis? A própria norma é colocada à prova. O oposto disso seria o controle difuso, em que a constitucionalidade de uma lei é confirmada em ações entre pessoas (e não contra leis), onde a validade da norma é questionada para se for o caso, aplicada ou não a uma situação de fato. (JUSBRASIL, 2021)

O texto em análise da Ação Direta de Constitucionalidade 41 traz o seguinte conteúdo:

Ementa: Direito Constitucional. Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Procedência do pedido. 1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos. 1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator “raça” como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma “burocracia representativa”, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014. 2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa. 3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas. 4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.

(ADC 41, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017)

CONTEXTO DA PUBLICAÇÃO DA ADC 41

Refere-se a ação declaratória de constitucionalidade, com pedido de medida cautelar, promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), “tendo por” escopo a Lei nº 12.990/2014, “que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta.” (BRASIL, 2021)

Conceito de Ação Afirmativa

Segundo GEMMA – Grupo de Estudos Multidisciplinares de Ação Afirmativa, o conceito é o seguinte:

Ações afirmativas são políticas focais que alocam recursos em benefício de pessoas pertencentes a grupos discriminados e vitimados pela exclusão sócio-econômica no passado ou no presente. Trata-se de medidas que têm como objetivo combater discriminações étnicas, raciais, religiosas, de gênero ou de casta, aumentando a participação de minorias no processo político, no acesso à educação, saúde, emprego, bens materiais, redes de proteção social e/ou no reconhecimento cultural. (GEMMA, 2021)

Outro conceito trazido por (MOEHLECKE, 2021) da fala de Barbara Bergmann entende, de forma extensiva, que:

Ação afirmativa é planejar e atuar no sentido de promover a representação de certos tipos de pessoas – aquelas pertencentes a grupos que têm sido subordinados ou excluídos – em determinados empregos ou escolas. É uma companhia de seguros tomando decisões para romper com sua tradição de promover a posições executivas unicamente homens brancos. É a comissão de admissão da Universidade da Califórnia em Berkeley buscando elevar o número de negros nas classes iniciais [...]. Ações Afirmativas podem ser um programa formal e escrito, um plano envolvendo múltiplas partes e com funcionários dele encarregados, ou pode ser a atividade de um empresário que consultou sua consciência e decidiu fazer as coisas de uma maneira diferente. (1996, p. 7) (MOEHLECKE, 2021)

Segundo Reis e Sousa (2021), O ex-presidente dos Estados Unidos, Lyndon B. Johnson redigiu com profunda propriedade sobre “o espírito” da Ação afirmativa ao sustentar no seu discurso tal promoção imprescindível na vida do povo negro americano:

Mas liberdade não é o bastante. Você não limpa as cicatrizes de séculos dizendo: ‘Agora você está livre para ir aonde quiser, fazer o que deseja e escolher os líderes que achar melhor’. Você não transforma um homem que por anos ficou acorrentado, libertando-o, e levando-o ao início da linha de corrida, dizendo: ‘Você está livre para competir com todos os outros’, e ainda assim realmente acreditar que você está sendo completamente justo. Assim, isto não é o suficiente para abrir os portões da oportunidade. Todos os nossos cidadãos devem ter a capacidade de atravessar estes portões. Este é o próximo e mais profundo estágio da batalha dos direitos civis. Nós procuramos não somente por liberdade, mas por oportunidade – não somente por igualdade legal, mas também por capacidade humana – não somente por igualdade como direito e teoria, mas por igualdade como fato e realidade. (REIS, 2021)

Vale ressaltar que existe indivíduos que falam que as implementações de ação afirmativa não são imprescindíveis, visto que qualquer tipo de discriminação é “ilegal.” Bem, apesar das pequenas vitórias alcançadas na luta pelos direitos humanos e movimento pelos direitos das mulheres e dos negros e, especial mulheres negras, ainda acontecem toda espécie de discriminação no mercado de trabalho e na educação; obstando o ingresso e acessibilidade da população negra aos cargos que tem direito.

Interessante, que no entendimento das pessoas contrárias à medida afirmativa, que desde que iniciou ser utilizada a ação afirmativa, a sua constitucionalidade vinha sendo contestada, por ser uma ação que propicia benefícios “às minorias.” Acontece que tal exposição era “fraco e inconsistente,” visto que a ação afirmativa objetiva, principalmente, prover efetividade ao princípio constitucional da isonomia, concedendo igualdade e oportunidade aqueles que antes não teriam condições.

Também, foi percebido outra espécie de crítica é a argumentação de que a ação afirmativa diminui o nível educacional e o padrão do trabalho. Primeiramente, vale ressaltar que tal argumentação se ampara no pensamento da democracia racial e racismo científico. Merece frisar, que quem se usa desta contestação não conhece e aceita, que os meios de ação afirmativa, especialmente, no âmbito da educação e do mercado de trabalho, se fundamentam em parâmetros que protejam que seus “beneficiados”, e que, também, sejam pessoas em condições de gozar a oportunidade que esse meio lhes pode promover.

Conforme Reis e Souza (2021) apresenta na sua exposição: Breve Análise sobre a Ação Afirmativa a fala de Norberto Bobbio que diz que: “Praticar a discriminação racial significa dar o mesmo tratamento aos da mesma cor e conceder partes desiguais aos que não são iguais quanto a esta característica”. (REIS e SOUZA, 2021)

Merece citar a argumentação de Reis e Souza (2021) onde traz a fala de Sérgio Abreu, para corroborar a herança maldita da escravidão no Brasil, da seguinte maneira: “O persistente caráter autoritário do sistema político brasileiro, associado à mitologia da democracia racial e da ideologia do embranquecimento, mascara os antagonismos raciais e desmobiliza a comunidade afro-brasileira, numa característica estratégica de subordinação racial”. (REIS E SOUZA, 2021)

Em contrapartida, há algumas empresas que já manifestaram favorável às medidas afirmativas, com uma postura firme de Responsabilidade social, com objetivo de participar ativamente, com empresa cidadã, por exemplo Magazine Luiza, promoveram a implementação da Ação afirmativas. Mas, tal não agradou os contrários, inclusive no próprio Estado, o defensor público do Distrito Federal, moveu uma Ação civil pública em relação ao caso.

Então, para garantir o ato produzido em favor da oportunidade e igualdade, foi “enviada à Polícia Federal do Distrito Federal, o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (Iara)” pedindo “a abertura de inquérito contra o defensor público Jovino Bento Junior, que ajuizou uma ação civil pública pedindo intervenção em programa de trainee de uma empresa privada.” (CALEGARI, 2021)

Segundo Calegari (2021), a reportagem veiculada na:

segunda-feira (5/10), o defensor pediu uma multa de R\$ 10 milhões contra o Magazine Luiza por causa do programa de trainees exclusivo para negros. Segundo ele, a iniciativa discrimina milhões de trabalhadores brancos e de outras etnias. A iniciativa

rendeu uma reprimenda da própria Defensoria Pública da União, que afirmou, em nota, defender a política de cotas. (CALEGARI, 2021)

EFICÁCIA ERGA OMNES

CONCEITO

Segundo Lima Júnior (2021), a Lei n.º 9.868/99, preceitua que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, “inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”, prolatadas em jurisdição de ADIN ou de ADC, “têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1999, p. 1) [5]” (LIMA JÚNIOR, 2021)

Obstante, o dispositivo se embasa no § 2º, do art. 102, da Constituição Federal do Brasil de 1988, na medida em que é mencionada na redação da Emenda Constitucional (EC) n.º 45/2004, estabelece que as resoluções de mérito do STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1988, p. 1) [6]” (LIMA JÚNIOR, 2021)

Eficácia erga omnes na visão do Tribunal

A Decisão proferida pelo Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deu provimento aos embargos de declaração, ao entendimento de que as vagas oferecidas nos concursos promovidos pelas Forças Armadas sujeitam-se à política de cotas prevista na Lei 12.990/2014. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 12.4.2018.

Análise de julgados do STF sobre o tema, em contradição à ADC 41

Para compreender a ADC 41, importante apresentar, segundo Parizzi (2021), o episódio da ADPF 186, o Acórdão onde é mencionado pela “primeira vez” a terminologia de justiça distributiva se referendando a opinião no parecer do Parquet, na página 18. Cabendo destacar que apenas trouxe um avanço na questão, mas não contemplava a essencialidade da ação afirmativa. Observa a citação:

[...] a justiça compensatória não é o único nem mesmo o principal argumento em favor da ação afirmativa para negros no acesso ao ensino superior. Ao lado dela, há a justiça distributiva, a promoção do pluralismo nas instituições de ensino e a superação de estereótipos negativos sobre o afrodescendente, com o conseguinte fortalecimento da sua autoestima e combate ao preconceito. (BRASIL, 2012)

Merece falar que tal terminologia, não alcança a sua extensividade, visto que a justiça distributiva não prescinde para facilitar “pluralismo ou superação de estereótipos,” mas, por sua vez, conceder, igualmente, a todos as oportunidades e direitos há na coletividade. Convém dizer, se “o afrodescendente tem um estereótipo negativo,” se senti preconceito, estamos mencionando de reparação, porque o preconceito é injusto e ilegal na coletividade brasileira.

Sendo assim, tanto no ADF 186 como ADC 41 se perguntou a constitucionalidade de ações afirmativas que expressavam “políticas públicas inclusivas”. O ponto do debate dizia

referente, necessariamente, ao fato de que o STF, em certas situações, estabelece “conceitos doutrinários e filosóficos” sem levar em consideração a reflexão. Lamentavelmente, foi a análise expositiva caso da argumentação da ADPF 186, quando o STF deixou nítido que se adotava a justiça distributiva com o escopo de fazer uma “reparação histórica” pelos negros, em razão da sua “posição social” inserida na coletividade brasileira foi afetada pela escravidão.

Cabendo expor que “para a justiça distributiva, a situação anterior, os méritos, os danos, merecimentos ou desmerecimentos das pessoas envolvidas são fatores absolutamente irrelevantes.” (BRASIL, 2018)

A justiça distributiva somente se adota no instante que a distribuição de riquezas ou direitos é feita, singelamente, em razão de se verificar uma desigualdade, não objetiva “reparar ou indenizar”, “mas unicamente “distribuir.”

Na ação, procurou-se afastar a controvérsia judicial referente à constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Sendo que o “requerente” garante ter resoluções “contraditórias” concernente a validade da norma em discussão em diferentes “instâncias” do Brasil. Nesse aspecto, direciona, de uma parte, resoluções que rejeitaram a sua adoção, “em controle difuso,” por entenderem que a política de preservação de vagas para população negra em concursos públicos fere o “direito à igualdade, conforme estabelece o caput do Art. 5º da CRFB/1988; a proibição à discriminação, no IV, do Art. 3º da CRFB/1988; o princípio da eficiência, caput do Art. 37 da CRFB/1988; o princípio do concurso público, no II do Art. 37 da CRFB/1988 e o princípio da “natureza das decisões definitivas de mérito em ADC.”

No acórdão da ADC 41, quanto o STF comentou adequadamente sobre a necessidade de disponibilização de cargos públicos à parcela da população que nitidamente tem acessibilidade e direito de oportunidade. É realidade, inclusive mencionado no acórdão, que somente a população negra, por exemplo, está posicionada somente 1,5% dos cargos de magistratura no Estado Brasileiro. Ressaltando que são considerados 54% (incluindo os pardos) do povo brasileiro. Nesse aspecto, sem discutir que existe “dívida histórica”, sem consubstanciar o entendimento pelo merecimento da causa do lesionamento, o STF “julga constitucional” uma lei que reserva uma cota dos cargos públicos aos indivíduos provenientes ao conjunto tido como “excluído dessas vagas.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Merece dizer que durante a pesquisa analítica da ADC do STF, obtive um aumento do conhecimento produzido, agregando, por sua vez, a promoção do engrandecimento pessoal e profissional. Essa pesquisa irá possibilitar que contribua para fortalecimento do Estado de direito no Brasil.

Destacou-se, também, na análise da ADC 41 do STF, em razão de corroborar a legalidade da Lei nº 12.990/2014 no âmbito nacional, estadual e municipal; em conformidade com a recepção do tratado internacional, que Estado brasileiro é signatário. Outrossim, o Brasil iniciou a quebra de um ciclo de vários anos de argumentação errado e inconsistente eivado de democracia racial e racismo estrutural na sociedade brasileira.

Apontando a nação brasileira, para um horizonte verdadeiro e seguro, onde possibilita a esperança para os 54% da população negra, que foi excluída do Brasil. Assim, se terá a

efetivação da oportunidade de acessibilidade, gerando por sua vez, reflexo na Dignidade da Pessoa Humana dos negros do Brasil.

Cabendo expor que se faz necessário, que o Estado Brasileiro possa disseminar, através das mídias, e de forma ampla e efetivar, políticas públicas para toda sociedade. Pois, diante da situação que ainda permeia na sociedade brasileira; em razão da falta de conhecimento do povo, em relação a Ação Afirmativa, bem como pela resistência de certos indivíduos e instituições privadas, com escopo de ampliar e fornecer maior extensão da efetivação da Ação afirmativa do território nacional.

Conclui-se que a decisão da ADC 41 do STF foi excelente avanço, bem como forma de trazer oportunidade de poder propiciar esclarecimento e efetivação de políticas de ações afirmativa no Brasil em relação a igualdade e direito de oportunidade da população negra na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Disponível em: <<http://gema.iesp.uerj.br/o-que-sao-acoes-afirmativas/>>. Acessado: 08 de fev. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 41, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180, Julgamento: 08/06/2017, DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017. Disponível em: <http://tinyurl.com/bc7rukq>. Acesso em: 2 jan. 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: Acesso em 12 fev. 2021.
- BRASIL. Lei nº 9.868 de, de 10 de novembro 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acessado em: 08 de fev. 2021.
- BRASIL. Lei nº 12.990 de 9 de junho de 2014. Dispõe sobre Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112990.htm>. Acessado em: 02 de fev. 2021.
- BRASIL. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014, p. 18
- FROÉS, Tagore. Eficácia erga omnes X Efeito vinculante: há diferença? Disponível em: <<https://tagfroes.jusbrasil.com.br/artigos/189149130/eficacia-erga-omnes-x-efeito-vinculante-ha-diferenca#:~:text=Tanto%20a%20lei%20quanto%20a,torna%20de%20observ%C3%A2ncia%20obrigat%C3%B3ria%2C%20cogente.>>. Acessado em: 11 fev. 2021.
- LIMAR JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/30502/eficacia-erga-omnes-no-controle-concentrado-de-constitucionalidadeesistema-de-precedentes-vinculantes-no-brasil/1>>. Acessado em: 11 fev. 2021.
- CALEGARI, Luiza. Entidade pede investigação de defensor que processou Magalu por racismo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-10/advogados-pedem-investigacao-defensor-processou-magalu>>. Acessado em: 12 fev. 2021.
- MOEHLECKE, Sabrina. Ação afirmativa: História e debates no Brasil. Cad. Pesqui, São Paulo, n. 117, p. 197-217, nov. 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742002000300011&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 13 fev. 2021.
- REIS, Cristiane de Souza; SOUZA, Carlos Arruda. Breve análise sobre a Ação Afirmativa. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/breve-analise-sobre-a-acao-afirmativa/>>. Acessado em: 12 fev. 2021.

**BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA UM DIREITO GARANTIDO
TAMBÉM AOS ESTRANGEIROS RESIDENTES NO BRASIL.**
**BENEFIT OF CONTINUED PROVISION IS A RIGHT ALSO GUARANTEED TO
FOREIGNERS RESIDENT IN BRAZIL.**
**EL BENEFICIO DE PRESTACIÓN CONTINUADA ES UN DERECHO GARANTIZADO
TAMBIÉN A LOS EXTRANJEROS RESIDENTES EN BRASIL.**

José Girão Machado Neto
Giraoneto10@hotmail.com

NETO, José Girão Machado. **Benefício de prestação continuada um direito garantido também aos estrangeiros residentes no brasil.** Revista International Integralize Scientific, Ed. n.39, p. 75 – 82 , setembro/2024. ISSN/2675 – 5203

Orientador: Prof. Dr. Hélio Sales Rios

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, dispõe sobre os direitos sociais e disciplina que o Estado tem a obrigação de garantir a todos os cidadãos o direito à educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e, principalmente a assistência aos desamparados, que estejam em situação de vulnerabilidade social. Diante disso, foi editada a Lei Federal nº. 8.742, de 07.12.1993, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que garante o direito a um benefício assistencial, no valor de 01 (um) salário-mínimo, pago pelo Governo Federal, desde que as pessoas atendam aos requisitos de idade (idoso 65 anos) e deficiência física que a impeça de exercer efetivamente uma vida plena em sociedade, por meio do trabalho e do relacionamento interpessoal e, ainda que esteja em situação de vulnerabilidade social, visando a erradicação da pobreza no Brasil. Tem direito a esse benefício todos os brasileiros natos, naturalizados e os estrangeiros residentes no Brasil, em razão do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Palavras Chaves: Direitos Social. Vulnerabilidade. Princípios. Estrangeiros.

SUMMARY

The Federal Constitution of 1988, in its article 6, provides for social rights and discipline that the State has the obligation to guarantee to all citizens the right to education, health, food, work, housing, transportation, leisure, security, social security, motherhood and childhood protection and, mainly, assistance to the helpless, who are in a situation of social vulnerability. In view of this, Federal Law no. 8,742, dated 12/07/1993, the Organic Social Assistance Law (LOAS), which guarantees the right to an assistance benefit, in the amount of 01 (one) minimum wage, paid by the Federal Government, as long as people meet the social security requirements. age (elderly 65 years old) and physical disability that prevents them from effectively living a full life in society, through work and interpersonal relationships and, even if they are in a situation of social vulnerability, aiming to eradicate poverty in Brazil. All native and naturalized Brazilians and foreigners residing in Brazil are entitled to this benefit, due to the principle of equality and human dignity.

Keywords: Social Rights. Vulnerability. Principles. Foreigners.

RESUMEN

La Constitución Federal de 1988, en su artículo 6, establece los derechos sociales y la disciplina que el Estado tiene la obligación de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el transporte, el ocio, la seguridad, la seguridad social, la protección de la maternidad y la infancia y, principalmente, la asistencia a las personas desamparadas, que se encuentran en situación de vulnerabilidad social. En vista de esto, la Ley Federal núm. 8.742, de 07/12/1993, Ley Orgánica de Asistencia Social (LOAS), que garantiza el derecho a una prestación asistencial, por el monto de 01 (un) salario mínimo, pagada por el Gobierno Federal, siempre que las personas cumplan con los requisitos de seguridad social: edad (mayores de 65 años) y discapacidad física que les impide vivir efectivamente una vida plena en sociedad, a través del trabajo y las relaciones interpersonales y, incluso si se encuentran en una situación de vulnerabilidad social, con el objetivo de erradicar la pobreza en Brasil. . Todos los brasileños nativos y naturalizados y los extranjeros residentes en Brasil tienen derecho a este beneficio, debido al principio de igualdad y dignidad humana.

Palabras clave: Derechos Sociales. Vulnerabilidad. Principios. Extranjeros.

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais compreendem as prestações estabelecidas na Constituição Federal de 1988, que deve ser garantido a todos cidadãos direta ou indiretamente pelo Estado, concedendo melhores condições de vida aos mais necessitados, com o fim de equilibrar situações sociais desiguais.

O professor José Afonso da Silva, em sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo, conceitua direitos sociais como sendo:

“são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade”.

O professor Uadi Lammêgo Bulos esclarece que direitos sociais são:

“prestações qualificam-se como positivas porque revelam um fazer por parte dos órgãos do Estado, que têm a incumbência de realizar serviços para concretizar os direitos sociais”, e acrescenta que sua finalidade “é beneficiar os hipossuficientes, assegurando-lhes situação de vantagem, direta ou indireta, a partir da realização da igualdade real”

No Magistério de André Ramos Tavares direitos sociais são direitos:

“que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais”

Deste modo, os direitos sociais têm como principal objetivo tutelar direitos dos hipossuficientes, assegurando-lhes situações de vantagem direta ou indiretamente a partir de uma ideia de igualdade de vida, uma vez que essa espécie de direito pertence a segunda dimensão dos Direitos Fundamentais da pessoa humana, devendo por isso ter aplicabilidade imediata, visando assegurar uma compensação das desigualdades fáticas entre as pessoas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III), em 10 de dezembro 1948, leciona em seus artigos XX a XXX, direitos sociais de acesso ao serviço público ao seu país e, estabelece em seu artigo XXVIII que todos ser humano tem direito a uma ordem social, vejamos:

Artigo 28

Todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

A Constituição Federal em seu artigo 6º leciona sobre os direitos sociais e aduz que o Estado garantirá assistência aos desamparados que estejam em situações de vulnerabilidade social, nos seguintes termos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária (Incluído pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021)

A ideia do legislador é garantir a todo brasileiro que esteja em situação de vulnerabilidade social o direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público, independente de contribuição à seguridade social, nos termos do artigo 203, inciso V da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

- I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
- III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
- V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.
- VI - a redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021)

Diante disso, o Governo Federal editou a Lei Federal nº. 8.742, de 07.12.1993, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), garantindo a essas pessoas que vivem em situação de vulnerabilidade social um benefício de prestação continuada, no valor de 01 (um) salário-mínimo mensal, desde que atendam os requisitos de ser pessoa idosa ou deficiente e que não possuam meios de prover a sua própria subsistência e em pela sua família.

Para que seja beneficiário desse direito, a pessoa deve atender a alguns requisitos legais, quais sejam: ser deficiente ou ser idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Essa deficiência deve ser comprovada por laudos médicos, além de ser configurada como sendo aquela que impeça o cidadão de desempenhar qualquer atividade por um longo prazo, superior a 02 (dois) anos e, quer seja de natureza física, mental, intelectual ou sensorial ou alguma barreira que possa obstruir a participação da pessoa na sociedade, nos termos do parágrafo 2º do artigo 20 da Lei Federal nº. 8.742, de 07.12.1993, vejamos:

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Assim, observa-se que o Legislador ao editar a norma estabelece dois grupos de pessoas com direito a esse benefício, sendo o primeiro grupo daquelas pessoas que tenham uma deficiência com impedimento a longo prazo, isso porque entende que essa pessoa não consiga uma colocação ou readequação no mercado de trabalho impedindo que concorre em igualdade de condições com outras pessoas.

O outro grupo de pessoas previstas na lei, são aquelas que tenham 65 anos ou mais, isso porque sabe que esse grupo de pessoas têm mais dificuldade de serem inseridas no mercado de trabalho, ficando assim diante de uma questão de vulnerabilidade social, nos termos do caput do artigo 20 da Lei Federal nº. 8.742, de 07.12.1993, vejamos:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e *ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais* que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Dessarte, além desses dois grupos que possuem direitos de receber o benefício de prestação continuada, a legislação impõe outra condição que é a renda familiar, isso porque para ter direito a esse benefício a pessoa deve comprovar que esteja em condição de vulnerabilidade social, ou seja, deve demonstrar que não consegue prover a própria subsistência e nem sua família.

A legislação que trata sobre a matéria, disciplina em seu artigo 20, § 3º que a renda mensal familiar *per capita* não deve ultrapassar $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo, sendo que esse requisito deve ser comprovado com o preenchimento do Cadastro Único que é definido como um mapa das famílias de baixa renda no Brasil, o qual demonstra ao Governo quem são essas famílias; como elas vivem e do que elas precisam para melhorar suas vidas.

Por essa razão que esse benefício não pode ser acumulado com outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória, bem como as de transferências de renda que tratam o parágrafo único do art. 6º e o inciso VI do “**caput**” do art. 203 da Constituição Federal e o “**caput**” e o § 1º do art. 1º da Lei nº 10.835, de 8 de janeiro de 2004.

Esse benefício que é pago pelo Governo Federal não possui um prazo determinado, contudo, esses beneficiários deverão a cada 02 (dois) anos realizar uma revisão por meio de atualização do cadastro único, o qual identificará se aquela pessoa está ou não em situação de vulnerabilidade social ou se aquela incapacidade já não mais subsiste, quer seja pela restabelecimento da condição de saúde, ou pelo falecimento, sendo que nesse caso, haverá cessação do pagamento; Poderá ainda haver o cancelamento desse pagamento quando houver irregularidade na concessão do benefício, nos termos do artigo 21 da Lei Federal nº. 8.742, de 07.12.1993.

Deste modo, conforme aduzimos alhures, a Constituição Federal de 1988 garantiu a todos, os direitos sociais, esse compreendido a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, **dentre eles a assistência aos desamparados**, nos termos do artigo 6º da Constituição Federal, que é objeto deste artigo.

Diante disso, há que ser perquirir se somente brasileiros natos e naturalizados teriam direito a esse benefício ou se os estrangeiros que vivem no Brasil também teriam direito? Inicialmente poderia dizer que somente os brasileiros natos e naturalizados teriam direito a esse benefício, contudo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 587.970-SP, da lavra do eminente Ministro Marco Aurélio, em 19.04.2017, reconheceu aos estrangeiros residentes no Brasil, desde que atendido aos requisitos legais, o direito de receber o Benefício de Prestação Continuada- BPC.

O motivo do reconhecimento desse direito dar-se pelo fato de que a Constituição Federal de 1988, não faz distinção entre brasileiro nato, naturalizado e os residentes no Brasil quando assegura o direito assistencial social a aqueles que se encontram em condição de vulnerabilidade social e, a razão disso, encontra respaldo no artigo 5º “*caput*” da Constituição Federal, quando trata do princípio da igualdade e da necessidade de tratamento isonômico entre brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, tendo em vista o princípio da cooperação.

Deste modo, apesar da Lei Federal nº. 8.742, de 07.12.1993, silenciar a esse respeito, a Constituição Federal estende esse direito àqueles, isso porque o artigo 6º da Magna Carta aduz que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, sem restringir somente aos brasileiros natos e naturalizados, pois o objetivo do Constituinte foi de proteção àqueles incapazes de garantir a subsistência familiar, tendo como preceito fundamental a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, à erradicação da pobreza e assistência aos desamparados.

Assim, é necessário que seja observado dois princípios para que seja concedido esse direito aos estrangeiros residentes no Brasil, primeiro o princípio da igualdade previsto no artigo 5º da Constituição Federal, o qual aduz que todos são iguais perante a lei, garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a igualdade em direitos e deveres, vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovados pelo Congresso Nacional com status de EC, o Governo Brasileiro, do Decreto nº 6.949/09, decretou em seu artigo 5º, sobre igualdade e não discriminação, in verbis:

Artigo 5º
Igualdade e não discriminação
1.Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.

No artigo 28.2 do mesmo Decreto, o legislador dispôs sobre a igualdade de acesso de pessoas deficientes a programas e benefícios, vejamos:

Artigo 28
Padrão de vida e proteção social adequados
2.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como:
2.Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como:
a) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a serviços de saneamento básico e assegurar o acesso aos serviços, dispositivos e outros atendimentos apropriados para as necessidades relacionadas com a deficiência;
b) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência, particularmente mulheres, crianças e idosos com deficiência, a programas de proteção social e de redução da pobreza;
c) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência e suas famílias em situação de pobreza à assistência do Estado em relação a seus gastos ocasionados pela deficiência, inclusive treinamento adequado, aconselhamento, ajuda financeira e cuidados de repouso;

- d) Assegurar o acesso de pessoas com deficiência a programas habitacionais públicos;
- e) Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria.

Como se infere da Constituição Federal e do Diploma Internacional, não pode haver distinção entre brasileiros natos, naturalizado e os estrangeiros residentes no País, quando se trata de direitos sociais, sob pena de violar um dos direitos fundamentais que é o princípio da isonomia, devendo por isso serem beneficiários de programas social voltado a erradicação da pobreza e prestação de serviços todas as pessoas que estejam em vulnerabilidade social.

O segundo princípio que deve ser observado é o princípio da dignidade da pessoa humana, pois esse benefício que é garantido pela legislação brasileira, tem como objetivo assegurar um bem-estar àquelas pessoas que estejam em vulnerabilidade social, quer seja brasileiro ou estrangeiros, desde que residentes no Brasil.

Esse princípio segundo o Professor Alexandre de Moraes, em sua obra “Direito Constitucional” é:

“Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade”

O Professor André Ramos Tavares explica que não é uma tarefa fácil conceituar a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, aponta a explicação desse princípio nas palavras de Werner Maihofer:

A dignidade humana consiste não apenas na garantia negativa de que a pessoa não será alvo de ofensas ou humilhações, mas também agrega a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. O pleno desenvolvimento da personalidade pressupõe, por sua vez, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possíveis atuações próprias de cada homem; de outro, a autodeterminação (Selbstbestimmung des Menschen) que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que de uma predeterminação dada pela natureza”

Já na concepção de Concepção de Ana Paula de Barcellos, esse princípio pode ser assim conceituado:

“A dignidade humana pode ser descrita como um fenômeno cuja existência é anterior e externa à ordem jurídica, havendo sido por ela incorporado. De forma bastante geral, trata-se da ideia que reconhece aos seres humanos um status diferenciado na natureza, um valor intrínseco e a titularidade de direitos independentemente de atribuição por qualquer ordem jurídica”.

Deste modo, pode se concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser entendido como as garantias vitais de cada indivíduo, estabelecendo que todas as pessoas devem ser tratadas com respeito, igualdade e dignidade, orientando a proteção dos direitos humanos, visando buscar uma sociedade justa e inclusive, independente de características pessoais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948, leciona em seu artigo 22 sobre o direito do ser humano de ter direito o acesso aos direitos sociais, vejamos:

Artigo 22

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Como se observa, o tema em exame inspira cuidados e merece uma resposta firme da sociedade e principalmente do Poder Judiciário em garantir essa igualdade de proteção social aos seus cidadãos nato, naturalizados e os estrangeiros residentes no Brasil, dever que emerge e busca seu verdadeiro fundamento de validade no fundamento republicano, norte interpretativo, da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Fazendo uma análise sobre a possibilidade dos estrangeiros residentes no Brasil terem a possibilidade de ser beneficiário do Benefício de Prestação Continuada, podemos inferir que é perfeitamente possível, desde que atendam aos requisitos legais, isso porque, a Constituição Federal de 1988, traz como um dos princípios fundamentais o princípio da isonomia, onde estabelece que todos são iguais perante a lei, nos termos do seu artigo 5º e, também, porque o objetivo do Constituinte quando dispôs sobre os direitos sociais, no artigo 6º da Carta Magna foi de proteção àquelas pessoas que estejam em vulnerabilidade social, tendo como preceito fundamental a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, à erradicação da pobreza e assistência aos desamparados, por essa razão não pode ser negado o direito ao estrangeiro residente no Brasil o direito ao benefício descrito na Lei nº 8.742, de 07.12.1993, desde que atendam aos requisitos legais.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 286-287.
- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 789.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33ª ed. São Paulo. Atlas, 2017.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 18ª ed. São Paulo. Saraiva, 2018.
- TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 18ª ed. São Paulo. Saraiva, 2020.
- <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>
- <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-das-pessoas-com-deficiencia>
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm
- https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

MORTE PRESUMIDA COM E SEM DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA E SEUS EFEITOS NA VIDA CIVIL.

PRESUMED DEATH WITH AND WITHOUT DECLARATION OF ABSENCE AND ITS EFFECTS ON CIVIL LIFE.

MUERTE PRESUNTA CON Y SIN DECLARACIÓN DE AUSENCIA Y SUS EFECTOS EN LA VIDA CIVIL.

José Girão Machado Neto
Giraoneto10@hotmail.com

NETO, José Girão Machado. **Morte presumida com e sem declaração de ausência e seus efeitos na vida civil.** Revista International Integralize Scientific, Ed. n.39, p. 83 – 89 , setembro/2024. ISSN/2675 – 5203

Orientador: Prof. Dr. Hélio Sales Rios

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, leciona que a vida é um bem fundamental e inalienável do ser humano e, por essa razão resguarda os direitos do nascituro desde a concepção, porém, o ser humano, somente passa a ter direito com o nascimento com vida, gerando direitos e obrigações disciplinada na legislação civil, contudo, se o nascimento com vida é o início da personalidade civil, a morte põe fim a esse direito, devendo então ser dada destinação aos bens do falecido, visando resguardar direitos de terceiros, devendo essa morte ser declarada por quem de direito. Entretanto, nem sempre é possível confirmar a morte direta do indivíduo e, isso ocorre porque em alguns casos a pessoa some do seu domicílio sem deixar notícia, devendo nesse caso, ser declarado a morte presumida da pessoa, por meio de ação judicial, a qual poder ser realizada com ou sem declaração de ausência.

Palavras-Chave: Vida. Morte. Patrimônio. Sucessão.

SUMMARY

The Federal Constitution of 1988 teaches that life is a fundamental and inalienable good of the human being and, for this reason, it protects the rights of the unborn child from conception, however, the human being only has the right to be born alive, generating rights and obligations disciplined in civil legislation, however, if live birth is the beginning of civil personality, death puts an end to this right, and the deceased's assets must then be allocated, aiming to protect the rights of third parties, and this death must be declared by those entitled to it. However, it is not always possible to confirm the direct death of the individual and this occurs because in some cases the person disappears from their home without leaving any news, in which case the presumed death of the person must be declared, through legal action, which can be carried out with or without a declaration of absence.

Keywords: Life. Death. Patrimony. Succession.

RESUMEN

La Constitución Federal de 1988 enseña que la vida es un bien fundamental e inalienable del ser humano y, por ello, protege los derechos del feto desde la concepción, sin embargo, el ser humano sólo tiene derecho a nacer vivo, generando derechos y obligaciones disciplinados en la legislación civil, sin embargo, si el nacimiento vivo es el comienzo de la personalidad civil, la muerte pone fin a este derecho, debiendo entonces asignarse los bienes del causante, con el fin de proteger los derechos de terceros, y esta muerte debe ser declarada por quienes tienen derecho a ella. Sin embargo, no siempre es posible confirmar la muerte directa del individuo y esto ocurre porque en algunos casos la persona desaparece de su domicilio sin dejar noticia alguna, en cuyo caso se debe declarar la muerte presunta de la persona, mediante acción legal, que podrá realizarse con o sin declaración de ausencia.

Palabras-Clave: Vida. Muerte. Patrimonio. Sucesión.

INTRODUÇÃO

A vida é um direito fundamental e inalienável do ser humano, por essa razão a legislação civil a protege desde a concepção do nascituro, isso porque, a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mesmo que seja momentâneo, passando a ter direitos e deveres nos termos da legislação brasileira.

A Constituição Federal garante a inviolabilidade do direito à vida de todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, nos termos do artigo 5º “caput” da Constituição Federal e, em razão dessa proteção ao direito à vida, o Código Civil em seu artigo 2º trata da personalidade civil do indivíduo, garantindo proteção aos seus direitos desde a concepção, vejamos: “Art. 2º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Desta forma, a legislação civil brasileira protege os direitos dos seres humanos, desde que nasça com vida. Por outro lado, se o direito da pessoa começa com o nascimento com vida, a morte põe fim a esse direito.

A morte na concepção científica é definida pela parada de funcionamento do cérebro onde há a perda irreversível de todas as funções do cérebro. Segundo o Conselho Federal de Medicina “morte encefálica é caracterizada e pela cessação do córtex central e do tronco encefálico, sendo que a ausência dessas funções implica em morte, pois o paciente não é mais capaz de respirar, manter a temperatura ou pressão necessárias para a sobrevivência.”

A morte na concepção jurídica, nos termos da Professora Maria Helena de Diniz (DINIZ, 1999, pág. 20) é “um fato jurídico stricto sensu, seria o acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando, ou extinguindo direitos”. Seria ainda esse fato jurídico em sentido estrito do tipo ordinário, existindo também os do tipo extraordinário, como o caso fortuito e a força maior.

Nesse diapasão, a cessão da vida encontra respaldo na ciência jurídica, acarretando ainda diversas consequências na esfera jurídica.

Diagnosticar a morte do indivíduo é importante para resguardar direitos de terceiros, por essa razão a legislação brasileira somente aceita a morte real ou morte presumida, conforme prevista no artigo 6º do Código Civil, devendo ser atestado em documento oficial denominado atestado de óbito, vejamos:

Art. 6º - A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

Nos termos da Lei de Registros Públicos, a Lei 6.015/73, dispõe que na falta de médico que ateste a morte, é possível o assento do óbito se houver duas testemunhas que tiverem presenciado ou verificado a morte. É o que prescreve o art. 77 da referida lei:

Art. 77- Nenhum sepultamento será feito sem certidão de oficial de registro do lugar do falecimento, extraída após a lavratura do assento de óbito, em vista do atestado de médico, se houver no lugar, ou, em caso contrário, de duas pessoas qualificadas, que tiverem presenciado ou verificado a morte.

A Lei de Registros Públicos destaca, em seu art. 88, algumas hipóteses em que o juiz poder justificar a morte de quem desapareceu em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, exigindo para tal que se prove a presença do desaparecido no local do desastre e que não seja possível encontrar o cadáver.

Essas são hipóteses de prova indireta da morte do indivíduo, suficiente para o assento do óbito em Registro Público. Nesse caso, teremos a morte real do indivíduo, conforme lição do professor Moreira Alves, Ministro aposentado da Suprema Corte-STF, vejamos:

Com a morte real, portanto, há a extinção imediata da personalidade jurídica, e, conseqüentemente, o falecido deixa de ser titular de direitos e deveres, ao contrário do que ocorre em relação à chamada ‘morte presumida’, que é a morte em que não há cadáver, e, mais, é a morte cuja presunção não destrói a personalidade do que presumidamente morreu, levando-se em conta que, na morte presumida, há a possibilidade de o indivíduo presumidamente morto estar vivo e continuar, onde estiver vivo, a gozar de todos os atributos da personalidade jurídica (Moreira Alves, 2007, p. 20).

Assim, declarada a morte do indivíduo pelo atestado de óbito, acarreta a extinção de todos os direitos e obrigações, autorizando assim a abertura de sucessão definitiva, visando dar destinação aos bens do falecido, nos termos do artigo 1.784 do Código Civil, *in verbis*: “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

Todavia, a legislação brasileira além de tratar da morte real, como visto alhures, trata também da morte presumida, como sendo aquela em que não há como comprová-la, uma vez que não tem o cadáver para realizar o exame cadavérico, sendo esse o procedimento legal para atestar o falecimento de vítimas.

A morte presumida ocorrerá quando não for possível precisar o momento da morte, por falta de cadáver, devendo nesses casos ser declarada em decorrência da ausência do indivíduo.

Essa modalidade de morte, pode ser declarada com ou sem decretação de ausência. A morte presumida com decretação de ausência é aquela onde o indivíduo desaparece de seu domicílio havendo dúvida quanto a sua existência.

A morte presumida sem declaração de ausência, ocorre quando for extremamente provável a morte ou quando alguém esteja desaparecido em tempo de guerra, nos termos do artigo 7º do Código Civil Brasileiro, *in verbis*:

Artigo 7º: Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II – se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra

Parágrafo único: A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

Nesses casos, a pessoa será declarada morta sem a decretação de ausência, desde que comprovado que estava em eminente perigo de vida, como por exemplo em casos de afogamento, catástrofes, guerras etc., tendo início o processo de declaração de ausência quando houve a paralisação pelas buscas de salvamento.

Ausência é conceituada como aquele que está fora de seu domicílio, conforme magistério do professor Clovis Bevilacqua (1908.p.599), vejamos:

Ausente é todo aquele que está fora de seu domicílio, mas no sentido em que agora toma o vocábulo, é aquela pessoa cuja habitação se ignora ou de cuja existência se dúvida, e cujos bens ficaram ao desamparo

O professor Ludwig Ennecerus afirma ser:

Indispensável a falta de notícias há tanto tempo a ponto de tornar incerta a existência da pessoa (ENNECERUS, 1984, p. 337).

Segundo os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho “a ausência é, antes de tudo, um estado de fato, em que uma pessoa desaparece de seu domicílio, sem deixar qualquer notícia”

Flávio Tartuce explica que a ausência é

Outra hipótese de morte presumida, decorrente do desaparecimento da pessoa natural, sem deixar corpo presente (morte real), bem como analisa que a ausência era tratada pelo CC/1916 como causa de incapacidade absoluta da pessoa e, atualmente, enquadra-se como tipo de inexistência por morte, presente nas situações em que a pessoa está em local incerto e não sabido (LINS), não havendo indícios das razões do seu desaparecimento.

Como se infere, ausente é aquela pessoa que não está em seu domicílio ou se tenha dúvida quanto a sua existência, porém deixou bens sem amparo e que merecem ser cuidados.

Por essa razão e para efeitos legais e sucessórios é fundamental definir se uma pessoa foi declarada morta com ou sem declaração de ausência, isso porque implicará na abertura da sucessão definitiva do indivíduo.

A decretação de morte do indivíduo sem a declaração de ausência, ocorrerá por sentença judicial, onde o juiz deverá fixar a data provável da morte do indivíduo, para que depois seja declarada a abertura de processo de inventário, a fim de dar destinação aos bens do “*de cuius*”, nos termos do artigo 1.784 do Código Civil.

Todavia, quando ocorrer a morte presumida com a declaração de ausência, o procedimento para destinação dos bens será diferente, pois ocorrerá em duas etapas, sendo que primeiramente deverá declarar a ausência do indivíduo para somente depois declarar sua morte presumida.

O assunto é tratado pelo Código Civil em seus artigos 22 e 23, onde traz todo o procedimento a ser adotado, vejamos:

Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador.

Art. 23. Também se declarará a ausência, e se nomeará curador, quando o ausente deixar mandatário que não queira ou não possa exercer ou continuar o mandato, ou se os seus poderes forem insuficientes.

Observa-se que o legislador se preocupou em proteger e dar destinação aos bens daqueles que desapareceram sem deixar notícia, haja vista que o patrimônio é o segundo bem mais importante do ser humano, nos termos da legislação brasileira.

Assim, em caso de ausência de alguém, o Juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarar a ausência da pessoa e nomeará curado para administrar os bens deixados, fixando poderes e obrigações, nos termos do artigo 24 do Código Civil.

Segundo a professora Maria Helena Diniz, “o juiz determinará pormenorizadamente as providências a serem tomadas e as atividades a serem realizadas, segundo as quais o curador, por ele nomeado, deverá desempenhar suas funções administrativas relativamente aos bens do ausente, de forma eficiente e responsável”.

Como se observa, o curador tem um papel importantíssimo quando da ausência do cidadão, pois é quem irá gerir o patrimônio deixado, contudo, se não houve bens não há que se falar em proteção dos bens, conforme o magistério da professora Maria Berenice, 2008, p. 485, vejamos:

Não há necessidade de se aguardar toda a tramitação da demanda, sendo possível simples justificação judicial.

Destarte, não havendo bens, não é necessário se percorrer todo esse procedimento, bastando apenas uma declaração judicial sobre a situação do desaparecido.

A legislação estabelece quem pode ser curador dos bens do ausente, elegendo o cônjuge, desde que não seja separado judicialmente ou de fato por mais de 02 anos, antes da declaração a ausência, nos termos do artigo 25 do Código Civil, in verbis:

Art. 25. O cônjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente, ou de fato por mais de dois anos antes da declaração da ausência, será o seu legítimo curador.

§ 1º Em falta do cônjuge, a curadoria dos bens do ausente incumbe aos pais ou aos descendentes, nesta ordem, não havendo impedimento que os iniba de exercer o cargo.

§ 2º Entre os descendentes, os mais próximos precedem os mais remotos.

§ 3º Na falta das pessoas mencionadas, compete ao juiz a escolha do curador.

Nota-se que o legislador estabeleceu uma regra para nomeação do curador, adotando um sistema de exclusão, isso porque elegeu primeiramente o cônjuge, depois, na falta deste, os descendentes, sendo que o mais próximo exclui o mais remoto e, não havendo nenhum daqueles, o juiz irá escolher um curador. Além disso, o Juiz deverá arrecadar os bens do ausente, publicando em edital, devendo permanecer pelo prazo de 01 ano.

Vale esclarecer que esse curador terá a obrigação de administrar os bens do ausente, devendo zelar, como se dele fosse, pois, caso contrário será destituído do cargo, além de poder ser responsabilizado por quaisquer danos causados.

Transcorrido o lapso de 01 ano da arrecadação dos bens e da nomeação da curadoria, sem que tenha deixado representante ou mandatário, ou em 03 (três) anos caso tenha deixado representante, a legislação autoriza a abertura da sucessão provisória, onde os interessados poderão requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão, nos termos do artigo 26 do Código Civil, in verbis:

Art. 26. Decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão.

A sucessão nos termos da legislação é o nome jurídico que se dá a transmissão dos direitos e bens que de quem já faleceu, contudo, nessa fase estamos falando da ausência de quem sumiu, sem deixar vestígio. Nesse estágio não se tem a certeza de que o ausente verdadeiramente morreu, contudo, precisa dar destinação aqueles bens e, por isso, o legislador estabeleceu que aquelas pessoas indicadas no artigo 27 do Código Civil, tomem posse temporária e administrem os bens deixados pelo ausente.

O Magistrado proferirá sentença judicial determinando a abertura da sucessão provisória que produzirá efeitos, apenas 180 dias depois que publicada na imprensa, para que somente após, seja aberto testamento, se houver, bem como o inventário e partilha, como se o ausente fosse falecido, nos termos disciplinados no artigo do Código Civil, vejamos:

Art. 28. A sentença que determinar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito cento e oitenta dias depois de publicada pela imprensa; mas, logo que passe em julgado, proceder-se-á à abertura do testamento, se houver, e ao inventário e partilha dos bens, como se o ausente fosse falecido.

Como se observa o legislador nesse momento já trata o ausente como se morto fosse e designa aquelas pessoas elencadas no artigo 27 do Código Civil para administrar os bens do ausente, todavia, exige que essas pessoas caso queiram se emitir na posse dos bens imóveis deem garantia de restituição, caso o ausente reapareça, ressalvado os cônjuges e herdeiros necessários.

Em razão dessa sucessão provisória, os bens deixados pelos ausente, somente poderão ser alienados se houver autorização judicial, a fim de que haja a ruína, salvo se for em caso de desapropriação ou hipoteca.

Como se infere o legislador resguarda a todo o momento os bens do ausente, todavia, se restar provado a sua morte ou se transcorrer o prazo de 10 anos da sucessão provisória, abrir-se-á a sucessão definitiva, nos termos do artigo 37 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 37. Dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, poderão os interessados requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas.

Dessarte, se transcorrer o lapso previsto em lei, ou seja, 10 anos, contado da sucessão provisória, deverá ser aberto a sucessão definitiva da pessoa declarada ausente, passando a ser presumida morta, transmitindo assim os direitos aos herdeiros, nos termos artigo 1.784 do Código Civil.

Esse tempo se faz necessário pelo fato de que, na ausência, não há razão para acreditar que a pessoa tenha falecido, contudo, é um tempo razoável para espera de alguém aparecer, evitando assim prejuízos para o ausente e para terceiros, nos casos os herdeiros.

A legislação também traz uma outra possibilidade de ser declarada a sucessão definitiva, sem que se observe esse longo prazo e isso ocorrerá quando o ausente contar com mais de 80 anos e já terem passados mais de 05 (cinco) anos desde a última notícia do seu paradeiro, nos termos do artigo 38 do Código Civil, vejamos:

Art. 38. Pode-se requerer a sucessão definitiva, também, provando-se que o ausente conta oitenta anos de idade, e que de cinco datam as últimas notícias dele.

Essa diferença de prazo previsto no artigo 38, dá-se justamente pela baixa probabilidade de estar vivo ainda ausente, face a expectativa de vida do brasileiro, afastando assim a dilação de fases.

Assim, transcorrido o lapso de 10 (dez) anos ou de 05 (cinco) da abertura da sucessão provisória, será declarado à sucessão definitiva, onde será dada destinação os bens deixados pelo ausente, seguindo o rito previsto na legislação que trata da sucessão, entretanto, caso o ausente retorne nesse período, a legislação assegura ao ausente a receber os bens no estado que

se acharem ou receber o preço que foram recebidos pelos herdeiros ou interessados referente aquele tempo, sendo essa a determinação prevista no artigo 39 da Legislação vigente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Fazendo uma análise sobre o tema proposto, a declaração da morte presumida em decorrência da ausência do indivíduo é extremamente necessário para resguardar direitos e obrigações da pessoa ausente e de terceiros, isso porque quando uma pessoa some de seu domicílio sem deixar vestígio, os bens deixados pela pessoa necessitam ser cuidados para que não se deteriore e, por essa razão o legislador brasileiro, disciplinou no artigo 22 e seguintes do Código Civil Brasileiros todo o procedimento a ser adotado pelo juiz e por aquelas pessoas ali indicado, fixando direitos, obrigações e prazo.

Como se pode inferir, a declaração de morte presumida com a declaração de ausência e a forma mais complexa de ser adotado, isso porque deve ser realizada em duas etapas, onde inicialmente serão nomeados curador para cuidar dos bens da pessoa ausente, declarando a abertura da sucessão provisória, para somente depois de transcorrido o prazo de 10 anos, abrir a sucessão definitiva. O legislador ainda trouxe outra possibilidade de ser aberto a sucessão definitiva no prazo menor e, isso ocorrerá quando a pessoa ausente contar com 80 anos na data do seu desaparecimento do seu domicílio, sendo que nesse caso, haverá uma redução naquele prazo, pois, o legislador adotou um prazo de 05 anos para que seja declarada a abertura da sucessão definitiva da pessoa ausente.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

- BEVILÁQUA, C. Direito de família. Recife: Livraria Contemporânea, 1908.
DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil. vol. 1, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2.002.
RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Parte Geral. vol. 1, 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2.002.
TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil, volume único, Editora Método, 2020, p. 221, 222.
MANUAL DE DIREITOCIVIL VOLUME ÚNICO, 7ª edição revista, ampliada e atualizada 2023, pg. 36
DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2008. 656 p.
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015compilada.htm

O FLAGRANTE PREPARADO E A ILICITUDE DA PROVA.
THE PREPARED FLAGRANT AND THE ILLEGALITY OF THE EVIDENCE.
LA FLAGRANTE PREPARADA Y LA ILEGALIDAD DE LA PRUEBA.

José Girão Machado Neto
Giraoneto10@hotmail.com

NETO, José Girão Machado. **O flagrante preparado e a ilicitude da prova.** Revista International Integralize Scientific, Ed. n.39, p. 90 – 95 , setembro/2024. ISSN/2675 – 5203

Orientador: Prof. Dr. Hélio Sales Rios

RESUMO

O presente artigo irá analisar conceitos e fundamentos da espécie da prisão em flagrante na modalidade preparado, bem como sua legalidade no ordenamento jurídico, trazendo suas consequências no processo, uma vez que não se admite no sistema processual penal provas obtidas por meios ilícitos, em decorrência do princípio da legalidade e do devido processo penal, descrito na Constituição Federal de 1988.

Palavras Chave: Prisão. Flagrante. Flagrante Preparado. Provas Ilícitas.

ABSTRACT

This article will analyze concepts and foundations of the type of arrest in the act in the prepared modality, as well as its legality in the legal system, bringing its consequences in the process, since evidence obtained by illicit means is not admitted in the criminal procedural system, as a result of of the principle of legality and due criminal process, described in the 1988 Federal Constitution

Keywords: Prison. Flagrant. Flagrant Prepared. Illicit Evidence.

RESUMEN

Este artículo analizará conceptos y fundamentos del tipo de detención en el acto en la modalidad preparada, así como su legalidad en el ordenamiento jurídico, trayendo sus consecuencias en el proceso, ya que no se admiten pruebas obtenidas por medios ilícitos en el proceso penal. sistema penal, como resultado del principio de legalidad y debido proceso penal, descrito en la Constitución Federal de 1988.

Palabras clave: Prisión. Flagrante. Flagrante preparado. Pruebas ilícitas

INTRODUÇÃO

O sistema penal brasileiro, no final do processo judicial, traz como consequências da prática do crime uma reprimenda penal, quer seja ela de forma pecuniária que atinge diretamente o patrimônio do indivíduo, quer seja corporal, que pode ser dívida em detenção ou reclusão, dependendo do crime praticado, nos termos do artigo 5º inciso XLVI da Constituição Federal.

Dentre as prisões corporais, o sistema brasileiro traz em seu ordenamento jurídico as prisões cautelares que se dividem em prisão em flagrante, preventiva e prisão temporária.

A prisão em flagrante é uma das modalidades de prisão cautelar, devendo ser realizada quando o autor do crime acaba de cometê-lo, por isso, a palavra Flagrante tem sua origem do latim *flagrans*, derivada do verbo latino *flaro-flagras-flagravi-flagratum-flagrare*, a palavra significa arder, induzindo a ideia de fogo, de chama ardendo, queimando. Transmite, pois, o entendimento de alguém que foi surpreendido em plena prática delitiva.

O termo flagrante tem o sentido literal na doutrina francesa, isto é, “delito em chamas”, todavia, o legislador brasileiro baseou-se na doutrina italiana, dando maior amplitude ao instituto e revestindo com técnica mais apuradas, indo um pouco mais do que a simples certeza visual do crime.

Deste modo, tem-se que o flagrante é a situação, prevista em lei, de resposta imediata a prática do delito que enseja a prisão do indivíduo sem haver necessidade de ordem judicial, justificando-se pela reação social imediata da prática da infração e a captação igualmente imediata da prova, além de fazer cessar a prática delitativa e a perturbação da ordem jurídica.

A prisão em flagrante descrita no ordenamento jurídico brasileiro como prisão cautelar, está inserida no Código de Processo Penal em seus artigos 301 a 310, revestindo-se como uma medida acautelatória de natureza processual que dispensa uma ordem escrita da autoridade policial ou judiciária que vem recepcionada pela Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5º, inciso LXI, in verbis:

LXI - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar, definidos em lei.

Destarte, sendo a prisão em flagrante medida cautelar, a permanência do indiciado preso só se justifica para assegurar o resultado do processo, ou, então, para tutelar a ordem pública, evitando prováveis danos que o indiciado solto possa causar à ordem pública.

O artigo 301 do Código de Processo Penal assegura que qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Assim, para que seja configurado o flagrante é preciso que o agente seja encontrado em umas das situações previsto no artigo 302 do CPP, quais sejam: está cometendo a infração penal; acaba de cometê-lo; é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que façam presumir ser ele o autor da infração; é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Assim, pelo ordenamento jurídico podemos distinguir três espécies de flagrante, quais seja: Flagrante denominado próprio, flagrante denominado impróprio ou quase flagrante e o flagrante presumido.

Há flagrante em sentido próprio quando o sujeito passivo é surpreendido praticando a infração penal, isto é, surpreendido em plena atividade criminosa. É o momento exato em que o agente está praticando o crime ou acabou de cometê-lo. É a certeza visual do delito que se comete naquele momento.

Portanto, conforme o artigo 302, incisos I e II do Código de Processo Penal, há flagrante real, caso que constitui a forma típica do flagrante, quando o agente é surpreendido quando está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la.

Já o flagrante impróprio ou quase flagrante, ocorre quando o agente é perseguido, logo após o delito, pela autoridade, pelo ofendido, ou por qualquer pessoa, em situação que se faça presumir ser o autor da infração, de acordo com o artigo 302, inciso III do CPP.

Deste modo, a exigência primordial para efetivar a caracterização desse tipo de flagrante é que o agente seja de fato perseguido após a prática do delito, isto é, que o autor da infração penal seja perseguido sem solução de continuidade, não importando o tempo de perseguição, apenas que seja contínua, real ou verdadeira, podendo durar o tempo que for necessário.

Destarte, não se pode figurar prazo para caracterizar esse tipo de flagrante. A expressão “logo após” não fixa prazo nenhum, como querem alguns. Não há lapso indicando, ou mesmo estendido até 24 horas, por exemplo, desde a prática da infração penal. Deve-se entender esse

“logo após”, como o tempo entre a prática do delito e a coleta de informações pertinentes à identificação do autor do ato, que passa, destarte, a ser imediatamente, e de forma efetiva perseguido. Por isso, se entende que há flagrante quando a perseguição é iniciada, logo após a prática do delito, por pessoas que se encontravam no local do fato ou pela polícia, devendo ser contínua e incessante, não quebrando a continuidade, a substituição ou alternância de perseguidores, desde que não haja interrupção da perseguição, não importa o tempo dessa perseguição, podendo durar horas, dias ou, em situações peculiares, em que a perseguição esteja de fato caracterizado até depois de meses.

A prisão pode ser feita em qualquer local onde seja encontrado o agente, mesmo em outro município, outra unidade da Federação. Não merece crédito o entendimento de que é de 24 (vinte e quatro) horas o prazo entre a hora do crime e a prisão em flagrante.

O flagrante ficto ou o presumido dar-se quando o agente é encontrado, logo depois do fato, com os instrumentos, armas, objetos ou papeis que façam presumir ser ele o autor da infração penal. A expressão “logo depois” não tem a medida normativa. É o tempo razoável, com uso do bom senso. É, sem dúvida, o lapso psicológico que liga a situação com a prática da infração penal. Neste caso a pessoa não é perseguida e, sim encontrada, pouco importando se por acaso ou se foi procurada após investigações. O que importa para caracterização da flagrância presumida é o fato de ser encontrado o agente, logo depois do delito, na posse de coisas que imputem ao mesmo a autoria do delito.

De qualquer sorte, essa distinção entre nomenclaturas, têm pouca importância prática, pois o que autoriza a prisão, como encarceramento cautelar, é a ocorrência, em gênero, do flagrante a teor do art. 301 do CPP.

A Carta Magna de 1988 em seu artigo 5º, inciso XI, permite ao executor da prisão entrar na casa onde o indivíduo estiver escondido, podendo o morador da casa autorizar ou não a entrada do executor da prisão, sem restrição de horário em caso de flagrante delito. Afigurando-se o flagrante no seu aspecto material, é necessário se observar o seu aspecto formal, sob pena de nulidade do auto de prisão em flagrante, pois, havendo vício que macule o auto de prisão, essa se torna ilegal e deverá ser relaxada imediatamente, conforme leciona o inciso LXV, do artigo 5º da CF/88.

Assim, para que não haja nulidade do auto de prisão em flagrante, deve observar se foram cumpridos requisitos materiais, tais como: informar a pessoa presa seus direitos, inclusive o de permanecer em silêncio; comunicação a família e advogado ou defensoria pública; comunicar imediatamente a prisão ao juiz competente e a pessoa por ele indicada, pois, caso não sejam observados esses requisitos, haverá nulidade no auto de prisão em flagrante, com conseqüente relaxamento da prisão, nos termos do artigo LXV da Constituição Federal.

Sob o aspecto formal do auto de prisão em flagrante, deve observar se foram ouvidos o condutor, testemunhas, vítima e acusado, devendo ser lavrado nota de culpa ao preso no prazo de 24 horas, com o motivo da prisão, a identificação do condutor e, se houver, testemunhas, devendo o acusado assinar esse documento.

De outro modo, para que haja a prisão em flagrante, além dos aspectos materiais e formais aduzidos alhures, há necessidade de que o delito seja possível, ou seja, que tenha ocorrido a vontade de executar a conduta típica e a sua consumação ou ter ocorrido a interrupção por vontade própria do agente ou de terceiros, pois somente haverá prisão em flagrante se o delito imputado for possível e se houver uma conduta ilícita do agente e um resultado, não

podendo o indivíduo ser preso em razão de uma prisão em flagrante preparado por terceiros, pois, caso isso ocorra temos a figura do crime impossível, onde não há qualquer possibilidade de ser consumado o crime.

O Flagrante preparado é uma modalidade de crime impossível por absoluta impropriedade do objeto ou por ineficácia do meio empregado pelo agente.

O professor Damásio E. Jesus, classificou o flagrante preparado na modalidade de crime impossível, correspondente ao denominado de crime putativo por obra do agente provocador. A ineficácia e a impropriedade não recaem sobre o meio executório nem sobre o objeto material. A impossibilidade absoluta de o delito vir a alcançar o momento consumativo decorre do conjunto das medidas preventivas tomadas pelo agente provocador. Por isso, ao lado da ineficácia absoluta do meio e da impropriedade absoluta do objeto, o art. 17 do Código Penal Brasileiro, pode ser ampliado por analogia estendendo-se a um terceiro caso, a do agente provocador, em que o conjunto de circunstância por ele disposta exclui a possibilidade de consumação do crime.

Aury Lopes Jr, leciona sobre o flagrante preparado e aduz que trata-se de “*delito putativo por obra do agente provocador*”, que nada mais é que um verdadeiro estímulo para que o indivíduo pratique o crime, esse estímulo quase sempre vem de um agente do Estado.

O Professor Norberto Avena afirma que o flagrante preparado “é aquele pelo qual o agente é instigado a praticar o crime, não sabendo, porém, que está sob a vigilância atenta da autoridade ou de terceiros, que só aguardam o início dos atos de execução para realizar o flagrante”.

Nessa espécie de crime impossível, verifica-se que a conduta não causa nenhum risco ao bem jurídico, em face das providências da vítima ou do terceiro. No flagrante preparado, o autor é apenas e tão somente, um protagonista de uma ação. O elemento subjetivo do crime existe, mas sob o aspecto objetivo não há violação da norma penal, senão uma insciente cooperação para ardilosa averiguação dos crimes anteriores. O desprevenido sujeito opera dentro de uma pura ilusão, pois, a vigilância dos agentes policiais torna impraticável a realização da consumação do crime.

O Código penal em seu artigo 17 leciona sobre o crime impossível nos seguintes termos, vejamos:

Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime.

Como se infere, o legislador aduziu que não haveria crime quando o ato praticado não tivesse o condão de violar a lei, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, ou seja, quando praticado um ato nessas condições não haveria nem crime e nem tentativa, isso porque o agente foi induzido a cometer aquele fato definido em tese como crime.

O Supremo Tribunal Federal já há muito tempo sumulou a matéria, onde aduz que “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação” (SUMULA 145).

Assim, de acordo com a doutrina, o flagrante preparado ou delito putativo por obra do agente provocador, só se apresenta nos casos em que elementos das circunstâncias predispostas, há exclusão “absoluta” possibilidade de o fato vir a ser consumado; nos casos concretos em que, *a priori*, a vigilância providenciada pelo agente provocador constitui uma barreira intransponível, impedindo que o crime ocorra, por essa razão essa espécie de prisão em

flagrante é rechaçada do ordenamento jurídico brasileiro, primeiro porque não restou comprovado a vontade do agente em cometer o crime e, por mais que tivesse, em hipótese alguma iria se consumar, por esse motivo essa espécie deve ser afastada do processo, sob pena de causar vícios e nulidades processual, pois trataria de uma prova ilícita.

A Constituição Federal de 1988 traz como primazia o princípio da vedação das provas ilícitas, descrevendo em seu artigo 5º, inciso LVI que são “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, pois viola a regra do direito material no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior ao processo.

O código de processo penal em seu artigo 157 traz em seu bojo sobre a provas ilícitas, nos seguintes termos:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

E isso ocorre porque a prova ilícita quando produzida viola direitos e garantias individuais, ofendendo direta ou indiretamente garantia ou princípio constitucional, por isso deve ser repelida do processo, pois caso contrário haverá violação do devido processo legal.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, em seu Curso cf. Mendes, Gilmar Ferreira et alii, Curso de Direito constitucional, São Paulo: Saraiva: 2007, p. 604-605, aduz que: "A obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas fundamentais de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal”.

No mesmo sentido é a lição do professor Eugênio Pacelli, para quem “mais do que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a valoração das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica” (CURSO DE PROCESSO PENAL, 21ª EDIÇÃO, SÃO PAULO, ATLAS, p. 351).

A razão dessa repulsa as provas ilícitas é garantir o respeito aos direitos fundamentais, previsto tanto na Constituição Federal de 1988, quanto a Convenção Americanas dos Direitos Humanos, que traz em seu artigo 7º, que as pessoas que forem detidas de forma ilegal, devem ser colocadas em liberdade imediatamente, vejamos:

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

Destarte, a prova ilícita viola norma constitucional, internacional e legal e quando produzida como na prisão em flagrante na modalidade preparada, gera nulidade no processo e, por isso, deve ser rechaçada, pois é inadmissível no sistema processual brasileiro, tanto é

verdade que no Brasil usa-se muito a teoria dos frutos da árvore envenenada, tratando-se de uma metáfora jurídica usada para comunicar o vício ou ilegalidade de uma prova obtida por violação da regra do direito material a toda as demais provas produzidas a partir daquela.

Por isso, o flagrante preparado deve ser refutado sempre, por violação de princípios e normas contidas no direito brasileiro, pois são incompatíveis com os princípios de respeito à dignidade da pessoa humana, além de causar vícios e nulidades no processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fazendo uma análise sobre o tema prisão em flagrante preparado, devemos levar em consideração a vontade do indivíduo no exato momento da prática delitiva, pois, caso não haja a vontade do agente em cometer o crime, ou as circunstâncias não sejam aptas para configurar o crime, quer seja pelo meio utilizado ou por absoluta impropriedade do objeto, não haverá crime e muito menos prisão em flagrante, tornando-se inválido o ato administrativo. No caso em análise a legislação aduz que aquele que pratica um crime levado por uma conduta do agente estatal, pratica um ato atípico, pois, o agente não age por livre espontânea vontade e, por essa razão, não pode ser responsabilizado e nem a prova produzida a partir desse ato poderá ser usado no processo em um processo judicial, sob pena de causar um vício e, conseqüente nulidade no processo penal, por violação do princípio da vedação das provas ilícitas previstas na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
Código Penal Brasileiro.
Código de Processo Penal Brasileiro.
Nunes, Rizzato. Manual da Monografia Jurídica. Editora Saraiva, 4ª ed. São Paulo, 2002.
Direito Penal Vol. I, parte geral, editora Saraiva. Autor: Jesus, Damásio E.
CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 13 Ed. São Paulo: Saraiva. 2006.
TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal. 7 Ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 14 Ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
Lopes Junior, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.
BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Vade Mecum - Súmula 145. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1767.
AVENA, Norberto. Processo Penal Esquemático. São Paulo: Método, 2009.
<https://www.migalhas.com.br/depeso/63907/lei-n---11-690-08-e-provas-ilicitas--conceito-e-inadmissibilidade>

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E OS DANOS CAUSADOS A CORRENTISTAS E TERCEIROS EM DECORRÊNCIA DE FRAUDE PRATICADA POR MEIO DIGITAL.

OBJECTIVE CIVIL LIABILITY OF FINANCIAL INSTITUTIONS AND DAMAGE CAUSED TO ACCOUNT HOLDERS AND THIRD PARTIES AS A RESULT OF FRAUD PERMITTED BY DIGITAL MEANS.

OBJETIVO RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS Y DAÑOS CAUSADOS A LOS TITULARES DE CUENTAS Y TERCEROS COMO CONSECUENCIA DE FRAUDE PERMITIDO POR MEDIOS DIGITALES.

José Girão Machado Neto
Giraoneto10@hotmail.com

NETO, José Girão Machado. **Responsabilidade civil objetiva das instituições financeiras e os danos causados a correntistas e terceiros em decorrência de fraude praticada por meio digital.** Revista International Integralize Scientific, Ed. n.39, p. 96 – 105 , setembro/2024. ISSN/2675 – 5203
Orientador: Prof. Dr. Hélio Sales Rios

RESUMO

O artigo tem como objetivo contribuir com o meio acadêmico, sobre a responsabilidade civil objetiva dos bancos em razão de danos causados a correntista em decorrência de fraude praticada por terceiros por meio digital. As instituições financeiras têm um papel fundamental na vida do cidadão, quando se trata de operações bancárias, isso porque com a evolução tecnológica e o mundo globalizado que se vive, as instituições financeiras visando oferecer facilidade e um melhor atendimento ao correntista e, também, visando diminuir gastos com a contratação de pessoal, apostaram na tecnologia, oferecendo aos correntistas e aos usuários serviços via aplicativos por smartphones e computadores, garantido mais conforto e rapidez na prestação dos serviços.

Ocorre que em decorrência desses serviços bancários via *on line*, fraudadores cada dia mais audaciosos desenvolvem ferramentas visando invadir sistema e contas, a fim de causar danos aos correntistas e a terceiros, nascendo assim, a responsabilidade das instituições financeiras em reparar os danos, pois, é dever dos bancos zelar pelo bom e fiel funcionamento das ferramentas que são oferecidas, pois devem garantir acesso seguro do correntista aos serviços bancários.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Danos. Instituição Financeira. Tecnologia.

SUMMARY

The article aims to contribute to the academic world, on the objective civil liability of banks due to damages caused to account holders as a result of fraud committed by third parties through digital means. Financial institutions play a fundamental role in the lives of citizens when it comes to banking operations, because with technological developments and the globalized world we live in, financial institutions aim to offer ease and better service to account holders and also aim to reduce costs on hiring staff, they invested in technology, offering account holders and users services via applications on smartphones and computers, guaranteeing greater comfort and speed in the provision of services.

It turns out that as a result of these online banking services, increasingly audacious fraudsters develop tools aimed at breaking into systems and accounts, in order to cause damage to account holders and third parties, thus giving rise to the responsibility of financial institutions to repair the damage, as, It is the duty of banks to ensure the good and faithful functioning of the tools offered, as they must guarantee safe access for account holders to banking services.

Keywords: Civil Liability. Damage. Financial institution. Technology.

RESUMEN

El artículo pretende contribuir al mundo académico, sobre la responsabilidad civil objetiva de los bancos por daños causados a los cuentahabientes como consecuencia de fraudes cometidos por terceros a través de medios digitales. Las instituciones financieras juegan un papel fundamental en la vida de los ciudadanos cuando se trata de operaciones bancarias, porque con los avances tecnológicos y el mundo globalizado en el que vivimos, las instituciones financieras buscan ofrecer facilidad y mejor servicio a los cuentahabientes y también pretenden reducir los costos de contratación. personal, invirtieron en tecnología, ofreciendo a los cuentahabientes y usuarios

servicios a través de aplicaciones en teléfonos inteligentes y computadoras, garantizando mayor comodidad y rapidez en la prestación de los servicios.

Resulta que a raíz de estos servicios bancarios en línea, defraudadores cada vez más audaces desarrollan herramientas destinadas a irrumpir en sistemas y cuentas, con el fin de causar daños a los cuentahabientes y a terceros, dando lugar así a la responsabilidad de las instituciones financieras de reparar los daños. Daño, ya que, es deber de los bancos velar por el buen y fiel funcionamiento de las herramientas ofrecidas, ya que deben garantizar el acceso seguro de los cuentahabientes a los servicios bancarios

Palabras clave: Responsabilidad Civil. Daño. Institución financiera. Tecnología.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro tem a responsabilidade de proteger o segundo bem mais valiosos do ser humano que é o seu patrimônio. A partir do momento em que há violação do direito patrimonial, decorrente de um ato ilícito, surge o dever de reparação dos danos suportados por aquele titular do direito violado, isso porque ninguém poderá causar lesões a direitos patrimoniais ou extrapatrimoniais de ninguém.

A responsabilidade civil, nas lições de Sérgio Cavaliere Filho é conceituada como:

Entende-se, assim, por dever jurídico a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2)

Esclarece ainda quanto ao descumprimento de um dever jurídico:

A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há assim, um dever jurídico originário, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo. A título de exemplo, lembramos que todos têm o dever de respeitar a integridade física do ser humano. Tem-se, aí, um dever jurídico originário, correspondente a um direito absoluto. Para aquele que descumprir esse dever surgirá um outro dever jurídico: o da reparação do dano. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 2).

Assim, conforme podemos inferir das lições do professor Sérgio Cavaliere Filho, nasce a responsabilidade civil de um ato ilícito praticado contra o bem jurídico de terceiro, devendo o causador do dano reparar-lo.

A responsabilidade civil possui duas vertentes sobre sua origem, quais seja: a contratual onde é necessário a existência de um contrato entre as partes e a extrapatrimonial que decorre da infringência da lei.

Conforme podemos observar pelo conceito descrito pelos alhures, o legislador resguardou o direito do cidadão em ver-se ressarcido pelos danos sofridos em decorrência do ato ilícito. Mas nem sempre foi assim, isso porque, conforme narra a história, nos primórdios, o ofendido reagia ao dano de maneira imediata e brutal, motivado por um instinto de vingança privada, sendo após, criada a lei de Talião, que era pautado no olho por olho, dente por dente, a qual limitava a vingança privada, partindo para uma pena corporal, castigos físicos, dentre outros.

Todavia, com a evolução do homem, houve a edição de leis que regulam a matéria, como a lei Aquiliana a qual aponta o princípio geral do dano, baseada na culpa; além dele, o

direito francês influenciou vários outros países, surgindo após a revolução francesa, o Código de Napoleão, onde trazia em seu texto a idade de responsabilidade pela culpa.

No Brasil, a primeira manifestação sobre a matéria veio regulamentada pelo Código Civil Brasileiro de 1916, onde lecionava em seu artigo 186 sobre a responsabilidade civil, nos seguintes termos: “aquele que, por omissão ou ação voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

A Constituição Federal de 1988, disciplina em seu artigo 5º inciso X, sobre a responsabilidade civil, nos seguintes termos:

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Como se observa, o legislador resguardou o direito do cidadão em ver-se ressarcido pelos danos sofridos em decorrência do ato ilícito.

O Código Civil Brasileiro de 2002, replicou o artigo 186 do Código Civil de 1.916, nos seguintes termos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Nesse artigo, o legislador assevera que aquele que causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo, trazendo a ideia do dano por uma conduta dolosa, diferente daquele previsto no artigo 927 do Código Civil Brasileiro que traz a ideia de responsabilidade por uma conduta culposa, vejamos:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Assim, podemos inferir que a legislação brasileira define a responsabilidade civil de forma objetiva, quando há um dever prévio de cuidado e o agente pratica o ato baseado em uma conduta dolosa, ou seja, quando o agente quis assumir o resultado; é uma forma subjetiva, que é aquela que aparece quando o agente pratica o ato por meio de uma conduta culposa, ou seja, quando o agente assume o resultado, agindo sob o império da imperícia, imprudência e negligência. Dessarte, quer seja de forma objetiva ou subjetiva, nasce o dever de responsabilidade e de indenização, salvo se a parte que causou o dano comprovar que agiu acobertado pelas excludentes de ilicitudes que são: legítima defesa; estado de necessidade; estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei Federal nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990, em seu artigo 14 leciona sobre a responsabilidade civil quando houver relação de consumo, nos seguintes termos:

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

Nas relações de consumo, o legislador trouxe a ideia de responsabilidade civil objetiva, isso porque não se exige a culpa do fornecedor ou prestador de serviços, que independente desta responderá pelos danos causados aos consumidores, isso porque, conforme aduzimos alhures,

o legislador baseou-se na teoria do risco, segundo o qual aquele que cria um risco, ou seja, fornecedor ou prestador de serviços, deve responder pelos danos ocasionados aos consumidores, independentemente da existência de culpa.

Assim, para que reste configurada a Responsabilidade Civil deve existir quatro requisitos primordiais, são eles: culpa; dolo; dano; nexo de causalidade. Verificando esses requisitos na conduta do indivíduo, nasce o dever de indenizar a pessoa que foi ofendida, sendo essa indenização de ordem material e/ou moral.

Dentre esses requisitos, o dano é o principal, isso porque, não havendo dano, não há o que reparar, pois a responsabilidade civil é caracterizada por um ato ilícito que venha a causar danos a terceiros.

No magistério do professor que Sérgio Cavalieri Filho, dano configura-se como:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral. (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77)

Deste modo, tem-se que o dano é condição *sine qua nom* da responsabilidade civil, isso porque se não há dano não que se falar em ressarcimento, quer seja patrimonial ou extrapatrimonial.

O segundo requisito é o dolo e a culpa, que nos termos da lei, dolo é o artifício empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro. Culpa, caracteriza-se por uma ação ou omissão praticada por um ato imprudente, imperito e negligente.

O nexos causal ou nexos de causalidade é outro elemento caracterizador da responsabilidade civil, sendo característica indispensável, isso porque sem o nexos causal entre o dano e a conduta praticada pelo agente, não há responsabilidade e, por consequência, não há reparação de dano, pois é a partir do nexos de causalidade que se identifica o responsável pelo dano.

Nas lições da professora Maria Helena Diniz (2015), “a relação entre o dano e a conduta denomina-se nexos causal, de modo que a conduta lesiva deve ser derivada da ação, diretamente ou como provável consequência”.

Deste modo, para configurar a responsabilidade civil deve haver uma ação ou omissão ilícita, o dano e o nexos causal, surgindo o dever de reparação, conforme previsto na Constituição Federal e nas legislações infraconstitucionais.

Dentre os autores de condutas ilícitas que geram o dever de reparar danos civil, os bancos figuram entre os principais responsáveis pelos danos causados ao correntista e a terceiros, em razão dos serviços prestados. Nesses casos, resta cristalina a responsabilidade civil objetiva deles, que conforme observamos alhures, ocorre quando a pessoa lesada deve demonstrar apenas a conduta e o dano e nexos causal suportado pela prática de ato ilícito.

O legislador tratou que as relações jurídicas firmadas entre pessoa física e um banco são relações de consumo, conforme Súmula 297 do STJ, in verbis:

Súmula 297 do STJ - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

O Código de defesa do consumidor traz a ideia de relação entre as partes, no artigo 3º, § 2º, vejamos:

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

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

Dessarte, resta claro que a relação comercial entre banco e correntista devem ser regidos pela lei consumerista, a qual prevê a responsabilidade civil objetiva.

As instituições financeiras são destacadas no ordenamento jurídico por possuir um relevante papel social e econômico na vida das pessoas físicas e jurídicas, as quais prestam serviços por intermédio de pessoas e/ou meios eletrônicos e, por isso não estão imunes de erros e falhas na execução dos serviços, podendo gerar prejuízos financeiros para correntistas e para terceiros. Com a evolução tecnológica, as instituições financeiras criaram ferramentas *on line*, inicialmente com o caixa eletrônico, onde o correntistas poderiam realizar operações sem a presença de um funcionário do banco; evoluindo para a criação de ferramentas por meio de aplicativos que podem ser usados tanto em smartphones ou computadores, onde os correntista realizam procedimentos como um simples acesso em sua conta para consultar o saldo, mas, também, realizar operações que envolvam milhares de reais, quer seja por pessoa física ou jurídica.

Ocorre que com a evolução tecnológica, surge criminosos cada vez mais astuto que usando ferramentas, conseguem acessar o sistema bancário, em razão de uma falha produzida pelo sistema e/ou humana, vindo a causar danos patrimoniais em correntistas ou terceiros, mediante transações eletrônicas, surgindo assim, a responsabilidade do banco em ressarcir os danos causados.

Quando isso ocorrer, estaremos diante de uma responsabilidade civil objetiva contratual ou extracontratual, onde o correntista ou terceiro deve apenas comprovar o dano e o nexo causal, vindo o banco a ser compelido a ressarcir os prejuízos sofridos, isso porque os serviços oferecidos foram defeituosos, acarretando dano ao consumidor direito.

Nesse sentido é o magistério do professor Sergio Cavaliere Filho, *in verbis*:

Muito se tem discutido a respeito da natureza da responsabilidade civil das instituições bancárias, variando opiniões desde a responsabilidade fundada na culpa até a responsabilidade objetiva, com base no risco profissional, conforme sustentou Odilon de Andrade, filiando-se à doutrina de Vivante e Ramela ("Parecer" in RF 89/714). Neste ponto, entretanto, importa ressaltar que a questão deve ser examinada por seu duplo aspecto: em relação aos clientes, a responsabilidade dos bancos é contratual; em relação a terceiros, a responsabilidade é extracontratual. (PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 417)

Destarte, quando ocorrer um ato ilícito praticado contra o correntista ou terceiros que usa os serviços bancários, nasce a responsabilidade civil do banco em ressarcir os prejuízos e, isso ocorre em decorrência do risco do empreendimento, devendo nesse caso ser aplicado o comando normativo disciplinado no artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor que equipara o consumidor a todas as vítimas dos eventos reconhecidos como “fatos dos eventos”, *in verbis*:

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

Deste modo, quando a instituição financeira falha na prestação dos serviços oferecidos, nasce a responsabilidade em indenizar o consumidor que foi prejudicado, nesse sentido é o magistério da eminente professora, Cláudia Lima Marques, que em sua obra faz comentários ao código de defesa do consumidor, 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 424, define a responsabilidade das instituições financeiras, *in verbis*:

A responsabilidade das entidades bancárias, quanto aos deveres básicos contratuais de cuidado e segurança, é pacífica, em especial a segurança das retiradas, assinaturas falsificadas e segurança dos cofres. Já em caso de falha externa e total do serviço bancário, com abertura de conta fantasma com o CPF da "vítima-consumidor" e inscrição no Serasa (dano moral), usou-se a responsabilidade objetiva da relação de consumo (aqui totalmente involuntária), pois aplicável o art. 17 do CDC para transformar este terceiro em consumidor e responsabilizar o banco por todos os danos (materiais e extrapatrimoniais) por ele sofridos. Os assaltos em bancos e a descoberta das senhas em caixas eletrônicos também podem ser considerados acidentes de consumo e regulados *ex vi* art. 14 do CDC.” (MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 424)

Como se infere, as instituições respondem de forma objetiva pelos danos causados aos correntistas e a terceiros, decorrentes de falha na prestação de serviços oferecidos.

Acerca do assunto, o Superior Tribunal de Justiça já tratou sobre a matéria, e traz na súmula 479 a responsabilidade das instituições financeiras, *in verbis*:

Súmula 479 - As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.

De acordo com a súmula, o Colendo Superior Tribunal de Justiça reconheceu a responsabilidade objetiva das instituições financeiras, incluindo o dano moral, para responsabilizar por fraudes e/ou quaisquer delitos praticado por terceiros no âmbito de operações bancárias.

O Supremo Tribunal Federal há muito tempo já tratava da responsabilidade civil das instituições financeiras, tendo editado a súmula 28 do STF, em 1963, *in verbis*:

STF/Súmula 28: O estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista.

Como se infere os Ministros da Suprema Corte, em 1963, julgando casos envolvendo sobre a responsabilidade dos bancos, editou a súmula, onde leciona sobre a culpa tanto do correntista, sendo que nesse caso isenta a instituição financeira de responsabilidade, quanto a do banco, onde aduz que o banco deve responder pelos danos causados a correntista e a

terceiros. Além dessas duas hipóteses, já trazia naquela época a ideia de culpa concorrente, quer seja do correntista, quanto do banco, sendo que nesse caso deveria mitigar os prejuízos.

Acerca da matéria, os tribunais de justiça de todo o país recebem diariamente demandas versando sobre fraude bancária e a responsabilidade das instituições financeiras, sendo certo, que tem tendência de proteção ao consumidor que é a parte mais vulnerável na relação de consumo, principalmente nessa nova era tecnológica, onde temos diversos serviços bancários oferecidos via *on line*, com uso recorrente de smartphones, computadores e com isso, tem-se a emissão de boletos via internet, pagamento via pix, Qr Code, tudo para facilitar a vida dos correntistas e de terceiros, isso porque os tribunais entendem que os bancos devem garantir a segurança das operações pelos meios eletrônicos oferecidos, bem como nas agências, postos de atendimento e caixa eletrônicos, não podendo desta forma aceitar a exclusão de responsabilidade sustentada pelos bancos.

Acerca do assunto, pedimos para transcrever alguns julgados de diferentes Tribunais de Justiça, in verbis:

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FUNDOS DE INVESTIMENTOS NO EXTERIOR. CASO "MADOFF". INSTITUIÇÃO BANCÁRIA ASSESSORAMENTO FINANCEIRO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. VÍCIO NO SERVIÇO. INEXISTÊNCIA.

1. Hipótese em que a parte autora busca a reparação dos prejuízos sofridos em decorrência da aplicação em fundo de investimento no exterior atingido por uma das maiores fraudes já praticadas no mercado financeiro norte-americano (caso "Madoff").
2. As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por vício na prestação de serviços, ressalvada a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, incumbindo-lhes, na prestação de serviço de assessoramento financeiro, apresentar informações precisas e transparentes acerca dos riscos aos quais seus clientes serão submetidos.
3. A aferição do dever de apresentar informações precisas e transparentes acerca dos riscos do negócio pode variar conforme a natureza da operação e a condição do operador, exigindo-se menor rigor se se fizerem presentes a notoriedade do risco e a reduzida vulnerabilidade do investidor.
4. Os deveres jurídicos impostos aos administradores dos fundos de investimento não se confundem com a responsabilidade da instituição financeira que os recomenda a seus clientes como possíveis fontes de lucro.
5. Eventuais prejuízos decorrentes de aplicações mal-sucedidas somente comprometem as instituições financeiras que os recomendam como forma de investimento se não forem adotadas cautelas mínimas necessárias à elucidação da álea natural do negócio jurídico, sobretudo daqueles em que o elevado grau de risco é perfeitamente identificável segundo a compreensão do homem-médio, justamente por se tratar de obrigação de meio, e não de resultado.
6. Causa do insucesso do empreendimento diretamente atrelada a um dos maiores golpes já aplicados no mercado financeiro norte-americano, que surpreendeu milhares de outros investidores do mercado financeiro no mundo todo.

PROCESSO REsp 1606775 / SP RECURSO ESPECIAL 2016/0086775-4

Responsabilidade civil. Transações bancárias. PIX. Dissonância do perfil do usuário. Falha na prestação do serviço. Dano material. Devido. Dano moral. Afastado.

Ante a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da inversão do ônus da prova, cabe o reconhecimento da responsabilidade do banco por vício na prestação do serviço em não impedir movimentação bancária fora do padrão de uso do consumidor e de seu perfil, de modo que cabível a restituição dos valores objeto do prejuízo.

A falha na prestação de serviço, por si só, sem comprovação de qualquer outra repercussão na esfera extrapatrimonial, configura mera situação desagradável, corriqueira nas relações comerciais, estando fora da órbita do dano moral.

APELAÇÃO CÍVEL, Processo nº 7003836-25.2023.822.0014, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Cível, Relator(a) do Acórdão: Des. Raduan Miguel Filho, Data de julgamento: 19/12/2023.

RELAÇÃO DE CONSUMO – ALEGADA INVASÃO DE CONTA OU VALORES CUSTODIADOS COM RETIRADA DE REFERIDOS, SEM A ANUÊNCIA DO INVESTIDOR - PRELIMINAR AFASTADA - ILEGITIMIDADE PASSIVA NÃO CONFIGURADA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INCIDÊNCIA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA POR FORTUITO INTERNO – SÚMULA 479 DO STJ – APLICABILIDADE – DANO MATERIAL COMPROVADO E QUE NECESSITA SER RESSARCIDO – DANO MORAL CONFIGURADO - SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. "

(TJ-SP - RI: 00137557120218260482 SP 0013755-71.2021.8.26.0482, Relator: Fabio Mendes Ferreira, Data de Julgamento: 03/06/2022, 2ª Turma, Data de Publicação: 03/06/2022)

APELAÇÃO. CONSUMIDOR. CORRETORA DE CRIPTOMOEDAS. ALEGADA SUBTRAÇÃO DE ATIVOS DE CONTA MANTIDA NA PLATAFORMA VIRTUAL DA RÉ. PRETENSÃO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES CORRESPONDENTES. CYBER CRIME. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OPERAÇÕES FINANCEIRAS QUESTIONADAS PELO AUTOR REALIZADAS ATRAVÉS DE IP LOCALIZADO EM OUTRO ESTADO, COM DOIS SAQUES QUE IMPORTARAM NA TRANSFERÊNCIA DA QUASE TOTALIDADE DOS BITCOINS DE TITULARIDADE DO CLIENTE PARA CONTA NÃO VINCULADA AO SEU NOME. FRAUDE VIABILIZADA PELA PRÓPRIA EMPRESA AO FORNECER INSTRUÇÕES AO TERCEIRO, QUANDO NA POSSE DO E-MAIL DO AUTOR, ATENDENDO AO PEDIDO DE DESATIVAÇÃO DA AUTENTICAÇÃO EM DUAS ETAPAS ("2FA"), DIANTE DA ALEGAÇÃO DE PERDA DE ACESSO. CIÊNCIA DA RÉ DE ANTERIOR VAZAMENTO DOS DADOS PESSOAIS DO AUTOR POR EMPRESA INVESTIGADA POR FRAUDES, O QUE DEVERIA TER ALERTADO, DE IMEDIATO, O SEU SISTEMA DE SEGURANÇA. MOVIMENTAÇÃO ATÍPICA SUBSEQUENTE QUE IMPORTOU EM NOVO SAQUE, MINUTOS APÓS A TRANSFERÊNCIA DE TED PELO AUTOR, APESAR DA COMUNICAÇÃO DE DIFICULDADE DE LOGIN E ACEITAÇÃO DOS TERMOS DE USO POR SMS EM MOMENTO ANTERIOR. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO. FORTUITO INTERNO. APLICAÇÃO DOS VERBETES DE SÚMULA Nº 479, DO C. STJ, E 94, DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DEVIDA A RESTITUIÇÃO DOS ATIVOS INDEVIDAMENTE SACADOS DA CARTEIRA VIRTUAL DO AUTOR, EM SUA INTEGRALIDADE. MODIFICAÇÃO DA SOLUÇÃO DE 1º GRAU. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(TJ-RJ - APL: 01511961420208190001 202200147737, Relator: Des(a). MAURO DICKSTEIN, Data de Julgamento: 10/11/2022, DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/11/2022)

CORRETAGEM DE CRIPTOMOEDAS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS JULGADA PROCEDENTE. NECESSIDADE. EMBORA NÃO HAJA REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA, A ATIVIDADE DA CORRETORA DE CRIPTOMOEDAS SE ENQUADRA NO CONCEITO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA (ART. 17 DA LEI Nº 4.595/64). APLICAÇÃO DA SÚMULA 479 DO E. STJ. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ENTENDIMENTO DE QUE FRAUDE ELETRÔNICA EM CONTA DIGITAL CONFIGURA FORTUITO INTERNO, IMPONDO-SE O DEVER DE INDENIZAR. INTELIGÊNCIA DO ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. CONDENAÇÃO NO RESSARCIMENTO DO VALOR INDEVIDAMENTE DEBITADO, COM BASE NA COTAÇÃO DA DATA DO ILÍCITO, CORRIGIDA DESDE ENTÃO E ACRESCIDA DE JUROS LEGAIS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA DECISÃO PROFERIDA NO RESP 1.633.785/SP, UMA VEZ QUE O PRECEDENTE NÃO TEM FORÇA VINCULANTE E SE RELACIONA ÀS TRANSAÇÕES FINANCEIRAS REALIZADAS COM A APRESENTAÇÃO FÍSICA DO CARTÃO MAGNÉTICO, COM "CHIP" E MEDIANTE USO DE SENHA PESSOAL DO CLIENTE (DE FORMA CUMULATIVA), O QUE DIFERE DO PRESENTE CASO. SENTENÇA RATIFICADA, COM FUNDAMENTO NO ART. 252 DO REGIMENTO INTERNO DO TJSP. Recurso de apelação improvido.

(TJ-SP - AC: 10101371920208260068 SP 1010137-19.2020.8.26.0068, Relator: Cristina Zucchi, Data de Julgamento: 23/08/2021, 34ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/08/2021

“Conforme Súmula n. 479/STJ, as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias. O banco está obrigado a ressarcir o dano moral a que deu causa em razão da má prestação do serviço, cujo valor deve ser fixado com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e à capacidade econômica das partes.

(APELAÇÃO CÍVEL, Processo nº 7009097-10.2023.822.0001, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Cível, Relator(a) do Acórdão: Des. Isaias Fonseca Moraes, Data de julgamento: 08/12/2023)

Como se infere dos julgados colacionados alhures, não há dúvidas que os tribunais de justiça vêm responsabilizando as instituições financeiras por prejuízos sofridos por correntistas ou terceiros em decorrência de má prestação dos serviços, isso porque é firme o entendimento de que as instituições devem criar mecanismos que garantam o acesso seguro do correntista aos serviços bancários e, em casos de prejuízos devem ser condenadas pelos danos materiais e morais causados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fazendo uma análise sobre o tema responsabilidade civil das instituições financeiras em decorrência de fraude praticada por meio digital, devendo levar em consideração a responsabilidade dos bancos para com os correntista e terceiros, isso porque são prestadores de serviços e devem ser responsabilizados pelas falhas na execução dos serviços oferecidos, nascendo a partir dessa falha o dever de ressarcir aquele que foi vítima de dano. Conforme observamos, a legislação brasileira, aplica nessa relação entre banco e correntistas as regras disciplinadas no Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, o qual traz a ideia de responsabilidade objetiva, sendo aquela onde o consumidor deve apenas demonstrar o dano e nexo causal, isso porque o legislador baseou-se na teoria do risco, ou seja, aquele que cria o risco deve arcar com os prejuízos suportados por terceiro.

Essa responsabilidade civil objetiva das instituições financeiras já vem há muito tempo sendo discutida na doutrina e nos tribunais pátrios, os quais a cada dia vem confirmando acerca dessa responsabilidade, editando súmulas como as súmulas nº. 297 e 479 do Superior Tribunal de Justiça, bem como a súmula nº 28 do Supremo Tribunal Federal, demonstrando assim uma verdadeira proteção ao consumidor por ser a parte mais vulnerável no processo, bem como em decorrência da atividade desempenhada, pois, trata-se de atividade de risco, conforme observamos no decorrer do processo.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

- CAVALIERI Filho, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 6a. Edição, revista, aumentada. São Paulo, Ed. Malheiros, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: volume 1, São Paulo, Ed. Saraiva, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro, São Paulo, Ed. Saraiva, 2005.
- DONIZETTI, Elpídio e QUINTELLA, Felipe. Curso Didático de Direito Civil, Atlas, 2017. MIRAGEM, Bruno. Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva: 2015.
- RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, São Paulo, Ed. Saraiva, 2006.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2022.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. “Estruturação Normativa da Responsabilidade Civil dos Bancos.” Cap. 5
- FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª Ed. Ed. Atlas. São Paulo. 2012
- NERY, Ana Rita de Figueiredo. Revisão Judicial dos Contratos Bancários e Responsabilidade Civil. Cap. 17
- WALD, Arnold. “O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras.” RT 7/17



Publicação Mensal da INTEGRALIZE

Aceitam-se permutas com outros periódicos.

Para obter exemplares da Revista impressa, entre em contato com a Editora Integralize pelo (48) 99175-3510

INTERNATIONAL INTEGRALIZE SCIENTIFIC

Florianópolis-SC

Rodovia SC 401, Bairro Saco Grande,
CEP 88032-005.

Telefone: (48) 99175-3510

<https://www.integralize.onlin>