

**revista  
jurídica** **FACESF**

Revista Jurídica Facesf | Belém do São Francisco | v.4, n.1 | 55 p. | 2022

**FACESF – Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco**

**Direção Acadêmico**

Luis Geraldo Soares Lustosa

**Coordenação Geral**

Daniela Pereira Novacosque

**Coordenação de Pós-Graduação**

Dayara de Kássia Sá Sampaio Soares Lustosa

**Coordenação do Núcleo de Pesquisa NPQ FACESF**

Phablo Freire



Os trabalhos assinados são de inteira responsabilidade de seus autores. Permitida a reprodução, total ou parcial, desde que citada a fonte. Solicita-se permuta/exchanges dedired.





<b>Revista Jurídica Facesf</b>	<b>Belém do São Francisco</b>	<b>v.4, n.1</b>	<b>55 p.</b>	<b>2022.</b>
--------------------------------	-------------------------------	-----------------	--------------	--------------

# REVISTA JURÍDICA FACESF

## Editor Chefe

Phablo Freire (FACESF, Brasil)

## Equipe Editorial

Phablo Freire (FACESF, Brasil)

Daniela Pereira Novacosque (FACESF, Brasil)

Plínio Pacheco Oliveira (FACESF, Brasil)

Marcos Antonio Alves de Vasconcelos (FACESF, Brasil)

## Conselho Editorial

Cesar Augusto Baldi (UPO, Espanha)

Matheus de Mendonça Gonçalves Leite (PUC Minas, Brasil)

Phablo Freire (FACESF, Brasil)

Anna Christina Freire Barbosa (UNEB, Brasil)

Edimar Edson Mendes Rodrigues (FACAPE, Brasil)

Henrique Weil Afonso (PUC Minas, Brasil)

Fábio Gabriel Breitenbach (UNEB, Brasil)

Thiago Teixeira Santos (PUC Minas, Brasil)

Luís Geraldo Soares Lustosa (FACESF, Brasil)

Plínio Pacheco Oliveira (FACESF, Brasil)

Marcos Antonio Alves de Vasconcelos (FACESF, Brasil)

Manoel Messias Pereira (FACESF, Brasil)

Ana Rosa Brissant de Andrade (FACESF, Brasil)

Ficha Catalográfica elaborada pelo bibliotecário Janildo Lopes da Silva / CRB4/929

Revista jurídica FACESF [Recurso eletrônico] / Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco. – v. 1, n. 1. (2019)- Belém do São Francisco/PE: FACESF, 2019-

Semestral

ISSN

Modo de acesso: World Wide Web:

<<https://periodicosfacesf.com.br/index.php/revistajuridicafacesf>>

1. Direito – Periódicos. I. Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do São Francisco. II. Título.

34(05) CDU

FACESF/BIB022/2019

Publicação semestral | Endereço para correspondência | Rua Cel Trapiá, 201 – Centro - CEP: 56440.000 - Belém do São Francisco/PE | Endereço eletrônico e-mail: [npq@facesf.edu.br](mailto:npq@facesf.edu.br) <https://periodicosfacesf.com.br/>

## **SUMÁRIO**

### **SEÇÃO I: DIREITO, CULTURA E SOCIEDADE**

#### **A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E A PROTEÇÃO DO POSSUIDOR**

Ítalo Rogério Silva Santos

Leonardo Barreto Ferraz Gominho .....07

### **SEÇÃO II: DIREITO PENAL, PROCESSUAL PENAL E POLÍTICA CRIMINAL**

#### **INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A POSSIBILIDADE DE ACESSO AOS DADOS**

##### **ARMAZENADOS NO WHATSAPP**

Matheus Wendel Morais Silva

Renan Soares Torres de Sá .....26

#### **RELAÇÃO DA BAIXA ESCOLARIDADE COM A CRIMINALIDADE: CRIMES OCORRIDOS NA COMARCA DE BELÉM DO SÃO FRANCISCO-PE NO ANO DE 2019**

Edailton José Cavalcanti da Silva

Flawbert Farias Guedes Pinheiro .....41

# **SEÇÃO I: DIREITO, CULTURA E SOCIEDADE**

---

# A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE E A PROTEÇÃO DO POSSUIDOR

THE SOCIAL FUNCTION OF OWNERSHIP AND OWNER'S PROTECTION

---

Ítalo Rogério Silva Santos<sup>1</sup>

Leonardo Barreto Ferraz Gominho<sup>2</sup>

**RESUMO:** Esta produção objetiva analisar a função social da posse como fundamento para a proteção do possuidor, visando demonstrar que a posse que atende a função social deve ser defendida diante de uma propriedade inutilizada. Isto pois, a função social da posse acaba por gerar efetividade a direitos básicos como moradia e trabalho, conferindo observância ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Diante deste desafio, se mostrou imperioso analisar tanto o instituto da propriedade quanto o instituto da posse, avaliando-os em seus aspectos básicos; ademais, foi necessário analisar o princípio da função social de cada um dos mencionados institutos, objetivando demonstrar que, uma vez que o proprietário não dê uma destinação social para a sua coisa, deve-se proteger o possuidor direto de tal bem, desde que a posse exercida esteja cumprindo a sua função social. Para tanto, foi utilizado um método dedutivo realizado por meio de uma abordagem qualitativa, e tendo como principal procedimento a revisão bibliográfica, isto é, retirando a sua base de artigos, livros e obras já publicadas.

**Palavras-chave:** Dignidade da Pessoa Humana; Função social; Posse; Propriedade.

**ABSTRACT:** This production aims to analyze the social function of ownership as a foundation for the protection of the owner, aiming to demonstrate that ownership that serves the social function must be defended against an unused property. This is because the social function of ownership ends up generating effectiveness to basic rights such as housing and work, ensuring compliance with the principle of the Dignity of the Human Person. Faced with this challenge, it was imperative to analyze both the institute of property and the institute of possession, evaluating them in their basic aspects; in addition, it was necessary to analyze the principle of the social function of each of the aforementioned institutes, aiming to demonstrate that, since the owner does not give a social destination to his property, the direct owner of such property must be protected, provided that the exercised possession is fulfilling its social function. For that, a deductive method was used, carried out through a qualitative approach, and having as main procedure the bibliographic review, that is, removing its base from articles, books and works already published.

**Keywords:** Dignity of human person; Social role; Possession; Property.

## 1 INTRODUÇÃO

De início é oportuno mencionar que o instituto da propriedade, atualmente, está se desvincilhando do individualismo, passando a ter um aspecto mais social. Diante disto, o presente estudo tem como principal premissa a discussão acerca da função social da posse e a proteção do possuidor, visando demonstrar que, diante da propriedade inutilizada, é necessária que haja uma proteção da posse que esteja observando a sua função social.

Ademais, tem-se que mencionar que, no que concerne ao direito de propriedade, a utilização do bem é encarada como condição de cumprimento da função social da coisa, enquanto o não exercício da posse, por parte do proprietário, acarreta um enfraquecimento do direito da propriedade tendo em vista que a função social que deve se observar pelo proprietário não está sendo cumprida.

Em sendo assim, o presente trabalho foi constituído com o objetivo de abordar um assunto que, além de muito discutido, é, também, muito delicado, que é a possibilidade de se relativizar a oponibilidade do direito de propriedade, quando for inutilizada, diante de uma posse devidamente amparada pela função social.

Partindo desta proposta de desafio, este trabalho trará em seu corpo discussões pertinentes para a melhor compreensão do assunto, e para embasar tal discussão esta pesquisa se valeu de um método dedutivo realizado por meio de uma abordagem qualitativa, e tendo como principal procedimento a revisão bibliográfica, isto é, retirando a sua base de artigos, livros e obras já publicadas.

Diante disso, o primeiro tópico deste trabalho se ocupará em falar sobre os institutos da propriedade e da posse, abordando a evolução histórica, conceitos, e demais aspectos; em seguida, será feita uma análise acerca do instituto da Função Social; e, por fim, o terceiro tópico deste trabalho fará um contraponto entre a propriedade desfuncionalizada e a posse amparada pela função social.

Ante o exposto, será defendida a relativização do direito de propriedade a fim de conferir observância o instituto da função social da posse visto que esta se trata de uma forma de efetivação dos Direitos Fundamentais, conferindo efetividade aos direitos de moradia e a dignidade da pessoa humana, por exemplo.

## **2 DISCURSÃO ACERCA DOS INSTITUTOS DA PROPRIEDADE E DA POSSE**

### **2.1 A evolução histórica dos institutos**

Como introito, frisa-se que o instituto da propriedade pode ser compreendido como o cerne do Direito das Coisas, e que tal instituto foi estruturado, especialmente, pelo Direito Romano. É salutar mencionar que antes do período romano, a propriedade recaía somente sobre bens imóveis que se destinavam, exclusivamente, para uso pessoal, como roupas etc.. (ZABOT, 2012, p. 12). Embora a propriedade tenha emanado do Direito Romano, não havia, naquele Direito, um conceito claro para definir o instituto da propriedade. Ademais, não é sabido qual foi a fonte primária do direito à propriedade de coisas imóveis, estimando-se que a primeira legislação sobre esta matéria foi a Lei das XII Tábuas. (ZABOT, 2012, p. 13). Outrossim, o Direito Romano previa quatro tipos de propriedade: a propriedade quiritária; a propriedade pretoriana; a propriedade de terrenos provinciais; e a propriedade de peregrinos.

Acerca de cada uma das espécies de propriedade retromencionadas, tem-se que a propriedade quiritária se tratava da forma mais antiga, visto que já existia nos primeiros séculos de Roma. Tal modalidade estabelecia que a propriedade somente poderia ser exercida, sobre bens móveis ou imóveis que estivessem em terras romanas, por cidadãos romanos. (ZABOT, 2012, p. 13). De mais a mais, a propriedade pretoriana surgiu como uma forma de minimizar o rigor da propriedade quiritária. Em sendo assim, na modalidade pretoriana, a propriedade poderia ser adquirida por estrangeiros, bem como pelo simples ato de entrega da coisa, isto é, pela tradição; fato que não era permitido na

propriedade quirritária, visto que, para esta modalidade, a propriedade somente poderia ser adquirida por meio das formalidades legais, em sendo assim, a mera tradição, na propriedade quirritária, o adquirente do bem era reputado tão somente ao status de possuidor. (ZABOT, 2012, p. 13). Posteriormente, adveio a propriedade de terrenos provinciais, possibilitando que os terrenos provinciais, encontrados fora das terras romanas, porém de propriedade exclusiva de Roma, pudessem ser utilizados pelos particulares, mediante o pagamento de um tributo. (ZABOT, 2012, p. 13). Por fim, a propriedade de peregrinos surgiu como uma forma de desfazer uma injustiça contra os peregrinos, visto que estes, quando adquiriam qualquer bem, eram tidos, apenas, como possuidores destes bens. Em sendo assim, com o advento da espécie de propriedade em comento, os peregrinos passaram a ser considerados como legítimos proprietários de suas terras, quando estas estivessem situadas nas províncias, isto é, fora dos terrenos de Roma. (ZABOT, 2012, p. 14).

Posteriormente as referidas modalidades de propriedades foram extintas pelo, à época, imperador romano, Justiniano, vindo a propriedade a ter o seu conceito unificado. Diante disto, a propriedade passou a ser considerada, tão somente, como sendo o pleno poder sobre o bem (ZABOT, 2012, p. 14).

Todavia, durante o período que corresponde à Idade Média, o entendimento dos Romanos sobre o instituto da propriedade foi abolido, vindo a reinar uma vinculação entre a soberania oriunda do Direito Público Feudal e a propriedade. (ZABOT, 2012, p. 14).

Foi com a Revolução Francesa que houve uma democratização da propriedade, tendo em vista que tal revolução foi responsável por instituir na propriedade características fiéis à tradição romana, em sendo assim, a ideia de titular único da propriedade foi revigorada. (ZABOT, 2012, p. 15).

No entanto, tal ideia de titular único veio a perder força diante do maior enfoque dado à função social da propriedade a partir da publicação da Encíclica do Quadragésimo ano, momento no qual o Papa Pio XI defendeu que o Estado deveria defender a propriedade em função do bem comum da sociedade. Vindo tal concepção de função social a perdurar até os dias hodiernos. (ZABOT, 2012, p. 15).

Restringindo-se ao ordenamento jurídico brasileiro, o que se observa é que desde muito tempo as constituições brasileiras acompanharam a evolução do conceito do instituto da propriedade. Sobre isto, a Constituição Imperial já previa que era garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Indo no mesmo pensamento, a Constituição Republicana preceituava que se mantinha plenamente o direito de propriedade. Indo além, a Constituição Federal de 1934 tinha como princípio basilar no que dizia respeito à propriedade o ideal de que a propriedade não poderia ir contra o interesse social. No mesmo sentido, a Magna Carta de 1946 passou a exigir que o direito à propriedade fosse condicionado ao bem-estar social; fato que veio a ser reforçado pela Constituição Federal de 1967, tendo em vista tal diploma legal dotou a propriedade de uma função social. Por derradeiro, a Constituição Cidadã de 1988 alçou o direito de propriedade ao status de direito fundamental, considerando-o como sendo um inviolável, além de exigir a observação da função social. (ZABOT, 2012, p. 16).

Ante o exposto, o que se verifica é que o Direito de Propriedade acompanhou a evolução da sociedade, visto que, quanto mais a sociedade evoluiu, o direito de propriedade foi sofrendo mudanças.

No que concerne ao instituto da posse, há de se destacar, inicialmente, que este instituto é um dos mais antigos da humanidade, sendo ainda mais antigo do que o instituto da propriedade. Sobre isto, Sebastião de Assis Neto diz que:

Como estado de fato, detenção ou utilização das coisas do mundo externo, (a posse) antecedeu, historicamente, à propriedade. [...] Essa posse primitiva teve a sua fase coletivista como a propriedade. “os tempos primitivos não conheceram nem um sujeito individual do direito, nem uma coisa no sentido moderno da expressão” diz HERMANN POST, *Grubdlagen des Rechts*, p. 332. “Conheceram, apenas, a posse econômica de um bem utilizável, posse coletiva de uma tribo, cuja proteção está no fato de que o seu perturbador provocaria a cessação da paz e a vingança de sangue, se não se dessa a justa compensação”. Depois, com o desenvolvimento intelectual e econômico dos povos, a posse se distinguiu da propriedade, criando-se a relação de direito ao lado da relação de fato, que continuou a subsistir. (ASSIS NETO, 2014, p. 1.184).

Sobre isto, percebe-se que os povos mais primitivos não tinham a ideia de propriedade visto que não lhes era possível a entrega definitiva e exclusiva da coisa a um particular. Em sendo assim, tinha-se que o homem primitivo se apossava de um determinado sem que houvesse a possibilidade de excluir os demais de fazerem o mesmo. Todavia, ainda que a posse seja um dos institutos mais antigos da humanidade, “não há entendimento harmônico a respeito da origem da posse como estado de fato legalmente protegido”. (LOBO, 2018, s.p.).

No entanto, ainda que diante da dificuldade de se estabelecer a origem da posse, tem-se que tal instituto ganhou os seus primeiros contornos no direito romano. Sobre isto, tem-se que existiram três momentos no direito romano que marcaram a evolução da posse, sendo eles: a época republicana ou pré-clássica; a época imperial ou clássica; e a época romano-helênica ou justinianéia. Acerca disto, Bruna Zobot, com base na obra “II Possesso – parte prima”, traz os seguintes ensinamentos sobre cada uma das épocas acima mencionadas. Vejamos:

- no primeiro, a posse é uma senhoria de fato sobre coisa com relação à qual o concedente tem a senhoria de direito; senhoria de fato que não se transforma jamais em senhoria de direito, e é revogável, sem limite no tempo, e exercida com a intenção de ter a coisa para si;
- no segundo, [...] é a posse, nesse período, a senhoria de fato sobre a coisa que se consubstancia e se exaure nos dois elementos da disponibilidade material de seu objeto: o elemento objetivo (*possessio corpore*) e o elemento subjetivo (*animus possiendi*); e é ela irrevogável, ilimitada no tempo e capaz de conduzir à aquisição da senhoria de direito (o domínio); e
- no terceiro, [...] surge a ideia de que se pode possuir o direito, aparecendo, assim, ao lado da *possessio rei* (posse da coisa) a categoria da *possessio iuris* (posse de direito); por isso, a noção de posse, estendida aos direitos reais, se altera, passando a ser o exercício do direito de propriedade ou de qualquer outro direito real, que se associa a um efetivo (ou, pelo menos, que, de boa-fé, se acredita existir) estado de direito, tendo sua base na intenção do sujeito conforme o direito (*animus domini*), e prescindindo da efetiva disponibilidade da coisa, a ponto de se poder dizer que a posse, nesse período, é a *possessio animo*, a *possessio iure*, ou seja, a posse jurídica. (ZABOT, 2012, p. 17).

Indo além, e ainda sobre a disciplina da posse no Direito Romano, e de acordo com Anaide Lobo, existem duas teorias que objetivam justificar a origem da proteção da posse. Em sendo assim, a primeira teoria, defendida por Savigny, e conhecida como teoria subjetiva, estabelece que a posse é a junção do *corpus* (detenção física do bem) e do *animus* (elemento subjetivo, vontade de ter a coisa como sua), pois

entende que a posse é um fato e um direito. Já no que concerne à segunda teoria, defendida por Ihering, e conhecida como teoria objetiva, estabelece que para a existência da posse basta que haja, apenas, o corpus, em sendo assim, é necessário haver apenas o exercício de fato dos inerentes à propriedade sobre a coisa. (LOBO, 2018, s.p.). Percebe-se que as duas teorias são convergentes quando estabelecem que a gênese da proteção da posse se encontrava nas mãos dos pretores por meio do uso dos interditos. Acerca disto, há de se mencionar que existiram dois tipos de interditos: aquele utilizado para manutenção da posse, e aquele utilizado para recuperar a posse quando este tiver sido esbulhada; em qualquer dos casos, é oportuno mencionar, que não se admitia a alegação de propriedade por parte do réu. (ZABOT, 2012, p. 18).

No que diz respeito ao primeiro tipo de interdito, havia dois tipos: *uti possidetis* e *utrubi*. Sobre a *uti possidetis*, este se destinava às coisas imóveis, enquanto a *utrubi* se destinava a bens móveis. Para que tais institutos fossem concedidos, era necessário que a posse não fosse viciada, isto é, que a posse não fosse violenta, precária ou clandestina. (ZABOT, 2012, p. 18). Já no que tange a segunda espécie de interdito, havia três tipos: *unde vi*, de precário e de clandestina *possessio*. Sobre o *unde vi*, este servia a quem havia sido destituído da posse de um imóvel de maneira violenta, além de ser subdividido em *ui cottidiana* e *ui armata*. Na *ui cottidiana* era necessário que houvesse, apenas, uma violência comum, além de que o possuidor deveria requerer o interdito ainda no em que a violência ocorreu; destacando que para se valer da *ui cottidiana* o possuidor da coisa não poderia exercer uma posse viciada. Na *ui armata*, por sua vez, o requisito era que houvesse uma violência armada, isto é, uma violência excepcional; pontuando que, no caso da *ui armata*, não se verificava a ausência de vícios na posse, bem como o ano da violência. (ZABOT, 2012, p. 18).

Indo além, o interdito na modalidade de precário servia para restituir a coisa ao proprietário quando este, uma vez tendo cedido a posse desta coisa, tinha o seu pedido de devolução do bem negado por parte do possuidor. Já o interdito na espécie clandestina *possessio*, servia para restituir ao possuidor a posse de um imóvel que foi ocupado por terceiro de maneira clandestina. (ZABOT, 2012, p. 19).

Saindo do Direito Romano, e entrando no Direito Germânico, temos que a participação deste no que diz respeito ao instituto da posse foi o que ficou conhecido como *gewere*. Sobre isto se faz necessária a transcrição de trecho da obra de Bruna Zabot:

Instituto do direito germânico distinto da posse (*possessio*) e desconhecido dos romanos, a *Gewere* era a investidura justa (*recht Gewere*) que fazia de alguém na posse da coisa (de início somente móvel, mas depois imóvel também), independentemente da apreensão física (*corpus*) ou intenção de possuir (*animus*), fazendo com que se criasse uma aparência (*presunção*) de que o investido fosse realmente o possuidor (*princípio da publicidade*). Exemplo: posse do herdeiro. Não se limitava a afirmar que o investido era o titular do direito, porquanto a *Gewere* também tinha função legitimadora dos negócios jurídicos que o investido celebrava com terceiros de boa-fé, que com ele contratavam sob essa aparência, constituindo-se em situação jurídica que independia da existência do verdadeiro direito material. (ZABOT, 2012, p. 19).

Ante o treco transliterado, nota-se que a ideia de o animus ser prescindível para configurar a posse, bem como defendia Ihering, é de origem germânica, visto que o instituto da gewere representava puro poder de fato sobre o bem, razão pela qual se era possível ser possuidor mesmo que não houvesse o animus. (ZABOT, 2012, p. 19).

Outro Direito que influenciou diretamente na evolução da posse foi o canônico. Sobre isto, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, com as palavras citadas na obra de Bruna Zobot, diz que “(...) O pensamento da Igreja era proteger a posse contra toda e qualquer violência, mesmo contra aquelas que se apresentavam com aparência jurídicas”. (ZABOT, 2012, p. 20 Apud PONTES DE MIRANDA, 1971). Nesta senda, percebe-se que a Igreja Católica tinha como objetivo, não definir a posse, mas, sim, protegê-la. Razão pela qual a interferência do Direito Canônico sobre a posse se deu no sentido de ampliar o resultado prático das ações possessórias.

Superado este período, e após o Renascimento, a fusão dos Direitos Romano, Germânico e Canônico, serviram de base, no Brasil, para as Ordenações Reícolas que vigoraram no Brasil até o advento do Código Civil de 1916. (ZABOT, 2012, p. 21).

Percebe-se, ante todo o alegado acerca da propriedade e da posse, que os dois institutos tiveram origem evoluíram de maneira distinta, tendo ficado claro como os referidos institutos foram se modificando com o passar dos anos.

## **2.2 Aspectos inerentes ao instituto da propriedade (natureza jurídica, aquisição, perda)**

De início, é oportuno trazer à baila o preceito do artigo 1.231, do Código Civil. Em sendo assim, vejamos a inteligência do referido artigo: A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário (BRASIL, 2002, s.p.). Acerca disto, temos que a propriedade é o direito, seja da pessoa individual ou coletiva, efetivamente exercido sobre determinado bem de maneira, em regra, perpetua, absoluta, exclusiva, devendo tal direito ser respeitado por todas as outras pessoas. (ZABOT, 2012, p. 21).

Sobre o exposto, Carlos Roberto Gonçalves, diz que a propriedade se trata de um direito fundamental, decorrendo dela todos os demais direitos reais. O referido autor continua ensinando que o proprietário possui todas as faculdades que decorrem do domínio, logo, o direito do proprietário é, em regra, absoluto no sentido de usar, gozar e dispor da coisa da maneira que melhor lhe aprouver. (GONÇALVES, 2019, p. 220). Tendo isto sido dito, é válido colacionar o disposto no artigo 1.228, da Lei Civil, tendo em vista que tal dispositivo estabelece que o proprietário é o indivíduo que “tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa”, além de possuir “o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. (BRASIL, 2002, s.p.).

Ademais, a propriedade é exclusiva, em sendo assim, a mesma coisa não pode pertencer com exclusividade e de maneira simultânea a duas ou mais pessoas. O direito de um sobre um determinado bem acaba por excluir o direito alheio sobre este mesmo bem. Carlos

Roberto Gonçalves, também ensina que a propriedade é perpétua, isto é, que “subsiste independentemente de exercício, enquanto não sobrevier causa legal extintiva”. Logo, o proprietário não perde a propriedade enquanto não a alienar, ou se não houver uma desapropriação, perecimento da coisa, ou a ocorrência da usucapião. (GONÇALVES, 2019, p. 221).

Acerca da natureza jurídica da propriedade, faz-se necessário afirmar a função social relativizou tal instituto. Em sendo assim, e em virtude da função social, a natureza jurídica da propriedade é vista, atualmente, em um sentido predominantemente social. (OLIVEIRA, 2010, s.p.). Corroborando com o acima apresentado, Silvio de Salvo Venosa, citado na obra de Bruna Zobot, julgou desnecessário analisar as teorias que tratem sobre a natureza jurídica da propriedade, tendo em vista que este instituto possui sentido majoritariamente social. (ZABOT, 2012, p. 22).

Já quanto aos atos que o proprietário pode exercer sobre a coisa, e como alhures mencionado, temos que estes correspondem a usar, gozar, dispor, e reaver o bem. Sobre isto, usar se refere ao poder de utilizar do bem sem que lhe seja alterada a substância. Gozar do bem torna possível que o proprietário pode tire da coisa as vantagens e benefícios, como por exemplo, perceber frutos. Dispor, por sua vez, remete à possibilidade do proprietário de consumir a coisa, seja alienando-a, alterando a sua substância, ou ainda gravando-a. Outrossim, a ideia de reivindicar guarda relação com o poder do proprietário de defender a sua propriedade de quem a detenha de maneira injusta. (ZABOT, 2012, p. 23).

Sobre a aquisição da propriedade, Bruna Zobot, explica que Maria Helena Diniz classifica a aquisição da propriedade de duas formas: originária e derivada. Sobre isto, tem-se a propriedade de maneira originária quando o próprio indivíduo faz o seu bem sem que ninguém o tenha transmitido. Com efeito, caso a propriedade tenha sido adquirida de maneira originária, será incorporada no patrimônio do proprietário em toda a sua plenitude. Banda outra, a propriedade adquirida de modo derivado é aquela em que há a transmissibilidade do domínio, seja por ato causa mortis, seja por ato intervivos. Neste caso, a propriedade se transmite com nos mesmos moldes e com as mesmas restrições que possuía o proprietário anterior. (ZABOT, (2012, p. 24).

No que concerne à perda da propriedade, o Código Civil preceitua, em seu artigo 1.275, que a propriedade será perdida por: alienação; pela renúncia; pelo abandono; pelo perecimento da coisa; pela desapropriação. Além disto, ainda é possível que o proprietário perca a sua propriedade pela usucapião e pela acessão. (ZABOT, 2012, p. 29).

Por fim, há de se mencionar que o caráter absoluto da propriedade vem sofrendo restrições ao longo dos anos, causando, assim, diversas reduções aos direitos do proprietário. Sobre isto, uma das causas que acabam por mitigar o viés absoluto da propriedade é a inobservância da função social da propriedade conforme se verá nos tópicos que seguem.

### **2.3 Aspectos inerentes ao instituto da posse (conceito, classificação, aquisição, perda, efeitos)**

A conceituação do instituto da posse guarda íntima relação com os ideais formulados pelas escolas romanas. Sobre isto, Carlos Roberto Gonçalves diz que, apesar da multiplicidade de pensamentos, “em todas as escolas está sempre em foco a ideia de uma situação de fato, em que uma pessoa, independentemente de ser ou de não ser proprietária, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a”. (GONÇALVES, 2019, p. 57).

Sobre a matéria, a Lei Civil propugna, em seu artigo 1.196, que o possuidor é considerado como sendo o indivíduo que exerce, de fato, e de maneira plena ou não, algum dos poderes inerentes à propriedade. De maneira complementar, temos que o artigo 1.208, do Código Civil, determina que: “não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade”. (BRASIL, 2002, s.p.).

Ante a conjugação dos dispositivos acima mencionados, o que se revela é que a posse pode ser compreendida como sendo o ato de exercer, desde que de maneira pacífica e às claras, algum dos poderes inerentes ao proprietário.

Ressalta-se, por oportuno, que autores como Joel Dias Figueira Júnior criticam o entendimento de que a posse se trata do exercício de algum dos poderes inerentes ao proprietário. Acerca disto, o referido autor defende que a posse se trata, em verdade, do poder propriamente dito detido pelo possuidor sobre um determinado bem. (GONÇALVES, 2019, p. 59). Assim, não é necessário que o possuidor exerça um dos poderes sobre o bem, basta, apenas, que ele detenha um destes poderes.

Indo além, Carlos Roberto Gonçalves entende que a posse pode recair, somente, sobre uma coisa nos termos de um direito real, não podendo tal instituto recair, por exemplo, sobre um direito, haja vista se tratar de uma entidade normativa. Todavia, ressalta o referido autor que é possível possuir bens nos termos de determinados direitos pessoais, como é o caso da locação. (GONÇALVES, 2019, p. 58).

Dando continuidade, a posse pode ser classificada, de acordo com o Código Civil em: posse direta e posse indireta; posse justa e posse injusta; posse de boa-fé e posse de má-fé; (GONÇALVES, 2019, p. 74). Neste sentido, e sobre a posse direta e indireta, o que se entende do tema é que a posse direta é a exercida por quem, de fato, tem a coisa em seu poder; enquanto a posse indireta é aquela exercida pelo titular do direito real do bem sob o qual um terceiro exerce a posse direta. Com efeito vejamos a inteligência do artigo 1.197, do Código Civil: “A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto”. (BRASIL, 2002, s.p.).

Dando continuidade, entramos no estudo acerca da posse justa e injusta, e sobre isto, Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 81), ensina que a posse justa é aquela que não é viciada, ou seja, não apresenta traços de violência, clandestinidade ou precariedade. (GONÇALVES, 2019, p. 81). Sobre isso, o artigo 1.200, do Código Civil, é cirúrgico ao estabelecer o que é a posse justa, vejamos: “É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária”. (BRASIL, 2002, s.p.). Em sentido contrário, a posse injusta é a posse viciada, ou seja, a posse violenta, clandestina ou precária. Sendo salutar esclarecer que a posse

violenta é aquela adquirida por meio da força; é clandestina, por sua vez, a posse que é adquirida às escondidas, isto é, de maneira furtiva; por fim, é precária a posse quando o possuidor, ao final do contrato, se nega a restituir a coisa à quem de direito. (GONÇALVES, 2019, p. 81).

Sobre a posse de boa-fé e a posse de má-fé, o artigo 1.201, do Código Civil, estabelece como sendo de boa-fé a posse na qual “o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”. O transliterado dispositivo legal revela que a posse será de boa-fé quando o possuidor tiver a consciência de que está adquirindo a posse por meios legítimos, no entanto, caso saiba que há algum vício na aquisição da posse, o possuidor a estará adquirindo de má-fé.

No que tange ao modo de aquisição da posse, o Código Civil, em seu artigo 1.204, estabelece que: “Adquire-se a posse desde o momento em que torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade”. (BRASIL, 2002, s.p.).

Aprofundando a discussão sobre o modo de aquisição da posse, é oportuno destacar que a posse pode ser adquirida, basicamente, de maneira originária ou de maneira derivada. No caso de aquisição originária, não se verifica qualquer relação entre a posse adquirida e a posse anterior, tendo em vista que o possuidor precedente não consente com a aquisição da posse pelo novo possuidor. Em sentido contrário, na aquisição derivada se verifica uma relação entre a posse adquirida e a posse anterior, tendo em vista que, neste caso, há a anuência do anterior possuidor. (GONÇALVES, 2019, p. 101).

Sobre o exposto acima, e pela perfeita inferência, se mostra necessário transliterar os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves sobre os referidos modos de aquisição da posse.

Vejamos:

Se o modo de aquisição é originário, a posse apresenta-se escoimada dos vícios que anteriormente a contaminavam. Assim, se o antigo possuidor era titular de uma posse de má-fé, por havê-la adquirido clandestinamente ou a non domino, por exemplo, tais vícios desaparecem ao ser ele esbulhado. Neste caso, inexistindo qualquer relação negocial com o esbulhador, este se transforma em titular de uma nova situação de fato. [...] Já o mesmo não acontece com a posse adquirida por meios derivados. O adquirente a recebe com todos os vícios que a inquinavam nas mãos do alienante. Assim, se este desfrutava de uma posse violenta, clandestina ou precária, aquele a adquire com os mesmos defeitos. (GONÇALVES, 2019, p. 101).

De mais a mais, sobre a perda da posse, o artigo 1.223, da Lei Civil, dispõem que: “Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196”. (BRASIL, 2002, p. 112).

Exemplificativamente, perde-se a posse: a) pelo abandono da coisa; b) pela tradição; c) pela perda propriamente dita da coisa; d) pela destruição da coisa; e) pela colocação da coisa fora do comércio; f) pela posse de outrem. (GONÇALVES, 2002, p. 112).

No que diz respeito aos efeitos gerados pela posse, Carlos Roberto Gonçalves, estabelece cinco efeitos acarretados pelo instituto da posse, sendo eles: a) a proteção possessória; b) a percepção dos frutos; c) a responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa; d) a indenização pelas benfeitorias e o direito de retenção; e) a usucapião. (GONÇALVES, 2019, p. 121).

Sobre isto, o referido autor explica que a proteção do possuidor é o principal efeito da posse. Tal proteção pode se dar tanto pelos recursos próprios do possuidor, quanto pelas ações possessórias. (GONÇALVES, 2019, p. 121).

Já sobre a percepção de frutos, Carlos Roberto Gonçalves, explica que, uma vez sendo a posse de boa-fé, os produtos ou frutos da coisa pertencem ao possuidor. O doutrinador continua dizendo que, nestes casos, pune-se o proprietário inerte com a perda dos produtos ou frutos, tendo em vista que possibilitou a posse alheia, e dar-se-á ao possuidor o resultado do seu trabalho, tendo em vista a crença de que era sua a coisa na qual trabalhava. (GONÇALVES, 2019, p. 186).

Sobre a responsabilidade pela perda ou deterioração da coisa, é oportuno mencionar o disposto no artigo 1.217, do Código Civil, tendo em vista que este dispositivo prevê que: “O possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa”. (BRASIL, 2002, s.p.). Logo, percebe-se que a responsabilidade do possuidor somente se caracteriza quando, por dolo ou culpa, der causa à perda ou à deterioração da coisa (GONÇALVES, 2019, p. 190).

No tocante à indenização pelas benfeitorias e ao direito de retenção, o Código Civil, em seu artigo 1.219, dispõe que: “O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis”. (BRASIL, 2002, s.p.).

Sobre a usucapião, Carlos Roberto Gonçalves, explica que este instituto encontra na posse a sua causa principal, embora necessite da conjugação da posse com outros elementos, como é o caso do lapso temporal e da boa-fé. (GONÇALVES, 2019, p. 121).

Ante o exposto, restam demonstrados os aspectos mais básicos do instituto da posse, passando, então para uma análise sobre a função social da posse e da propriedade.

### **3 A FUNÇÃO SOCIAL**

Todo indivíduo tem o dever de cumprir uma determinada função social em razão do local por ele ocupado, assim pensava León Duguit no início do século XX, ao conceber a função-social da propriedade. Sobre isto, o referido autor acreditava que o proprietário de uma terra deveria buscar a riqueza geral, e que, somente atendendo a esta função, teria a sua posse protegida. (MORAES, s.d., p. 12). Sobre isto, Carlos Roberto Gonçalves explicou o pensamento de Duguit da seguinte forma:

a propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregar-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder. (GONÇALVES, 2019, p. 222).

No entanto, o prelúdio da função social da propriedade, como se é conhecida hoje, se deu com a constituição da Alemanha. Acerca disto, o referido diploma legal, em seu artigo 153, estabelece que o uso da propriedade deve estar a serviço do bem comum. (MORAES, s.d., p. 13).

Na mesma direção, as constituições do século XX passaram a introduzir a função social da propriedade nos ordenamentos jurídicos da época. Este movimento de introdução da função social ficou conhecido como “despatrimonialização” do direito privado. Segue na mesma direção o pensamento de Fábio Konder (1997), citado em Odilon Moraes, tendo em vista que o autor afirma que “aquele que não cumprir a função social da propriedade perderá as garantias de proteção da posse, inerentes à propriedade, como o desforço imediato e as ações possessórias”. (MORAES, s.d., pp. 13-14).

Logo, percebe-se que o direito a propriedade não pode ser exercido de forma individualista, tendo em vista que há a necessidade de que se observe os interesses coletivos, dando atenção, assim, a função social da posse.

Trazendo a discussão para o âmbito interno, isto é, analisando a função social da propriedade sob a égide do ordenamento jurídico pátrio, tem-se que tal função foi reconhecida na ordem jurídica brasileira com o advento da Constituição Federal de 1988. Sobre isto, o artigo 5º, XXIII, da Carta Maior, determina que a propriedade atenderá a sua função social. Outrossim, o artigo 170, da Constituição Federal de 1988, preceitua que a ordem econômica deverá observar a função social da propriedade. (MORAES, s.d., p. 14).

Acerca da definição da função social, Teori Zavascki, citado em Odilon Moraes, diz que a referida função se trata de:

um princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica, a significar que sua força normativa ocorre independentemente da específica consideração de quem detenha o título jurídico de propriedade. Os bens, no seu sentido mais amplo, as propriedades, genericamente consideradas, é que estão submetidas a uma destinação social, e não o direito de propriedade em si mesmo. (MORAES, s.d., p. 15).

A função social da propriedade se insere em um movimento que teve início no final do século XIX, e que ficou conhecido como funcionalização dos direitos subjetivos, e que tentou encontrar um denominador comum entre o interesse dos particulares e da coletividade.

Sobre este apontamento, uma ressalva merece ser feita, e para tanto, e pela perfeita inferência:

Isto não significa dizer que o direito de propriedade tenha deixado o campo da regulação privada, passando a integrar o domínio do Direito Público. É que atribuição da função social aos bens enseja, em nossa mente antropocêntrica, centrada e concentrada na idéia de “direito subjetivo”, um verdadeiro giro epistemológico, para que passemos a considerar o tema a partir do bem, da res, e de suas efetivas utilidades: em outras palavras, a função social exige a compreensão da propriedade privada já não como o verdadeiro monólito possível de dedução nos códigos oitocentistas, mas como uma pluralidade complexa de situações jurídicas subjetivas, sobre as quais incidem, escalonadamente, graus de publicismo e de privatismo, consoante o bem objeto da concreta situação jurídica. (MORAES, s.d., p. 15).

Por fim, é válido mencionar que a função social da propriedade é desempenhada quando o exercício da propriedade se destina à realização de um fim que seja, além de economicamente útil, benéfico para o proprietário e para a sociedade. Com efeito, vejamos a inteligência do §1º, do artigo

1.228, do Código Civil: “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. (BRASIL, 2002, s.p.).

Acerca da função social da posse, tem-se que, embora o ordenamento pátrio não seja taxativo quanto a disciplinar a função social da posse, o que se revela dos preceitos legais é que a função social está relacionada com a apropriação genérica de bens. Sobre isto, temos que “por função social da propriedade, há de se entender o princípio que diz respeito à utilização dos bens, e não à sua titularidade jurídica”. Acerca disto, é oportuno mencionar que a função social da posse diverge da função social da propriedade, tendo em vista que, para a posse, a função social se compreende como sendo uma expressão natural da necessidade. (ALBUQUERQUE, 2010, p. 63).

Sobre isto, temos que algumas premissas devem ser observadas a fim de que se configure a posse como sendo detentora de uma função social. Sobre tais premissas, tem-se as seguintes: a) a posse é um direito autônomo; b) a posse é um valor; c) a posse é um instrumento de realização dos objetivos do Estado. (ARRAY, 2007, s.p.).

Partindo disto, e considerando a primeira premissa, é válido mencionar que a posse precede a própria propriedade, razão pela qual se pode afirmar que a posse não é uma mera exteriorização da propriedade. Sobre isto, temos que, antes e acima de tudo, “a posse tem um sentido distinto da propriedade, qual seja o de dar uma forma atributiva da utilização das coisas ligadas às necessidades comuns de todos os seres humanos [...]. A posse [...] é uma concessão à necessidade”. (ARRAY, 2007, s.p.).

O que se verifica do alegado é que a função social da posse se demonstra como sendo um valor jurídico superior à propriedade, uma vez que a propriedade é uma figura abstrata, enquanto a posse decorre diretamente da necessidade de se ter uma moradia ou um local para trabalhar a fim de retirar o sustento do possuidor e de sua família. Sobre isto, temos o seguinte:

Ao contrário do direito de propriedade, a posse não foi criada com o intuito de constituir uma soberania privada, opondo ao Estado uma resistência acima do direito de igualdade, pois o direito de posse sempre se coadunou com os interesses vitais da sociedade, que o reclama frente à necessidade de um uso útil a seu titular sem resultar prejuízos a qualquer membro da sociedade. (ARRAY, 2007, s.p.).

Outrossim, sobre a segunda premissa, menciona-se que a posse permite ao homem, especialmente quando se trata da posse de terra, prover a própria subsistência, além, claro, de fazer circular riquezas e assegurar a prosperidade. Sobre isto, temos o que:

O valor da posse nos dias de hoje é sentido de forma intensa, principalmente porque o direito de posse, pela sua utilidade social, representa antes de tudo o direito à igualdade, o direito do indivíduo obter a terra pelo próprio trabalho, aproveitando os seus recursos e, ainda, tirando-lhe os proventos para sua subsistência e para a sociedade. E, dessa forma, reduzindo a desigualdade social e incrementando a justiça distributiva. (ARRAY, 2007, s.p.).

Em sendo assim, aceitar a função social é conceder ao possuidor o direito subjetivo de obter uma vida digna, assegurando-o um patrimônio, ainda que mínimo.

Por fim, e sobre a terceira premissa, o que se verifica é que não cabe ao titular do bem apenas possuí-lo, mas possuí-lo bem., isto é, o titular da coisa deve, por meio do exercício da posse, utilizar o bem de uma maneira que não o beneficie, mas também beneficie toda a coletividade. É diante deste entendimento que se observa que a posse serve aos objetivos do Estado, tendo em vista que a posse, tomando por base o alegado, reduz as desigualdades sociais e aumenta a justiça distributiva. Sobre isto, Taciana Mara Corrêa Maia e Vinicius de Almeida Gonçalves, dizem que: "(...) a posse moradia (assim como a posse trabalho na terra), busca dar efetividade aos princípios fundamentais da República, conferindo dignidade à pessoa, contribuindo para a erradicação da pobreza, formando uma sociedade mais justa e solidária". (MAIA; GONÇALVES, 2013, p. 45).

O que se percebe é que a função social da posse pode ser reconhecida e, principalmente, privilegiada em detrimento da propriedade, quando o titular desta não a utiliza de maneira que atenda aos anseios sociais, seja porque a propriedade está sendo mal utilizada ou simplesmente porque foi abandonada.

#### **4 A PROPRIEDADE DESFUNCIONALIZADA CONTRAPOSTA PELA POSSE AMPARADA PELA FUNÇÃO SOCIAL**

O proprietário, como já mencionado, tem o dever de atender a função social da propriedade, advindo este dever de um mandamento constitucional, conforme já dito. Com efeito, caso o proprietário deixe de cumprir o referido mister, sanções poderão ser impostas, como é o caso da desapropriação do imóvel.

Sobre isto, e exemplificando, a Constituição Federal, em seu artigo 184, estabelece que compete a União a desapropriação, para fins de reforma agrária, do imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social. (BRASIL, 1988, s.p).

Indo além, e no concerne ao imóvel urbano, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 182, §4º, estabeleceu o seguinte:

§4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I- parcelamento ou edificação compulsórios;

II- imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. (BRASIL, 1988, s.p.).

Logo, percebe-se que a inobservância da função social da propriedade pode acarretar a desapropriação do bem a fim de que o imóvel seja aproveitado de acordo com o interesse da coletividade. Neste sentido, Maura Albuquerque, valendo-se dos ensinamentos de Francisco de Oliveira, diz que a desapropriação, embora atenuada pela indenização devida, configura verdadeira punição ao

proprietário pela inobservância da função social da propriedade. (ALBUQUERQUE, 2010, p. 76). (OLIVEIRA, 2006, p. 248).

Diante disto, o que se tem é que o proprietário que não confere ao imóvel uma utilização em acordo com os interesses da sociedade não deve ter o direito de ter a sua propriedade conservada, razão pela qual se admite a perda desta propriedade (ALBUQUERQUE, 2010, p. 78). Neste sentido, Eroulths Cortiano, citado em Maura Albuquerque, diz que:

Como a função social é elemento essencial definidor do próprio direito de propriedade (...), pode-se afirmar que não há propriedade sem função social. Equivale dizer: o proprietário que não faz cumprir a função social da propriedade não merece a tutela que é atribuída ao proprietário que utiliza sua propriedade de forma adequada ao interesse social. (CORTIANO, 2002, p. 184, Apud ALBUQUERQUE, 2010, p. 78).

De mais a mais, e adentrando o campo processual, pontua-se que o proprietário que se mostrar inerte e não utilizar da sua propriedade de acordo, também, com os interesses coletivos, sofrerá com a impossibilidade de manejar uma ação reivindicatória. Sobre isto, temos o seguinte:

Podemos concluir também que as ações petítórias, aquelas em que se discute o domínio, também deverão ser analisadas com base na demonstração do cumprimento da função social. Caso a função social daquele bem que se pede o domínio não seja, de pronto, demonstrada pelo autor da demanda, deverá o juiz promover vistorias ou perícias demonstrativas de forma a decidir a questão. (SANLEY, 2010, p. 78 apud OLIVEIRA, Marilene, 2012, p. 28).

Ademais, ao consagrar o princípio da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988, possibilitou a adoção de teorias que se oponham ao caráter meramente patrimonialista, como é o caso da função social. Sobre isto, o direito de moradia, ou o direito de estar em determinado local para existir de maneira digna, legítima, diante de uma propriedade inutilizada, a posse que atribui fundamentalidade ao imóvel. (ALBUQUERQUE, 2010, p. 82). Sobre o tema, temos que "(...) se a terra, urbana ou rural, não suporta qualquer atividade de interesse social, mantendoa como mercadoria, como capital, não há propriedade digna de proteção". (TORRES, 2008, p. 340 Apud ALBUQUERQUE, 2010, p. 83).

Ilustrando o alegado até então, traz-se à baila o entendimento formado nos tribunais pátrios sobre a matéria tratada. Em sendo, vejamos a decisão proferida pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Ação reivindicatória – Lotes de terreno transformados em favela dotada de equipamentos urbanos – Função social da propriedade – Direito de indenização dos proprietários – Lotes de terreno urbanos tragados por uma favela deixam de existir e não podem ser recuperados, fazendo, assim, desaparecer o direito de reivindicá-los. O abandono dos lotes urbanos caracteriza uso anti-social da propriedade. Permanece, todavia, o direito dos proprietários de pleitear indenizações contra quem de direito.

(...)

O loteamento [...] ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; quando da aquisição dos lotes em 1978-1979, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação, não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários. (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível n.º 212.726-1-8)

Ao decidir desta maneira, o relator afirmou, em verdade, que, tendo o proprietário do lote se mantido inerte, isto é, sem realizar qualquer ação que desse alguma utilidade ao terreno, o proprietário perdeu o seu direito de reivindicá-lo, tendo em vista que a propriedade desfuncionalizada não é propriedade, devendo, neste caso, haver a proteção da posse que atende à função social. (ALBUQUERQUE, 2010, p. 83).

No mesmo sentido vai a decisão prefira pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação Cível n.º 597.163.518:

AÇÃO REIVINDICATÓRIA. Improcedência. Área de terra na posse de centenas de famílias, há mais de 22 anos. Formação de verdadeiro bairro, com inúmeros equipamentos urbanos. Função social da propriedade como elemento constitutivo do seu conceito jurídico. Interpretação conforme a Constituição. Inteligência atual do art. 524 do CC. Ponderação dos valores em conflito. Transformação da gleba rural, com perda das qualidades essenciais. Aplicação dos arts. 77, 78 e 589 do CC. Conseqüências fáticas do desalojamento de centenas, senão milhares, de pessoas, a que não pode ser insensível o juiz. Nulidade da sentença rejeitada por unanimidade.

APELAÇÃO DESPROVIDA POR MAIORIA. (BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n.º 597163518. Sexta Câmara Cível. Relator Vencido: João Pedro Pires Freire, Redator para Acórdão: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Julgado em 27/12/2000).

O redator do acórdão acima exposto, defendeu que “se o terreno restou abandonado pelo proprietário por tanto tempo, descumprindo sua função social, tendo em seguida se transformado em bairro urbanizado através da atuação das famílias que o ocuparam” pereceu o objeto da propriedade, visto que, dentre outros motivos, a retirada de maneira forçada das famílias que constituíram moradia no local é incompatível como o próprio direito à vida, uma vez que pode causar danos sociais de difícil ou impossível reparação para estes que não possuem um lugar para viver. (ALBUQUERQUE, 2010, p. 84).

Neste sentido, temos o Estatuto da Cidade (Lei Federal n.º 10.257/2001), estabelecendo em seu artigo 10 que:

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para a sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural (BRASIL, 2001, s.p.).

Assim sendo, tem-se que a função social da posse pode ser exercida por meio da posse trabalho ou da posse moradia, situações que privilegiam o possuidor em face do proprietário inerte. Corroborando com isto, a inteligência do Código Civil ao estabelecer que: “Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; [...]”. Indo além, o parágrafo único do transliterado artigo estabelece que “O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo”. (BRASIL, 2002, s.p.).

Outros exemplos de superioridade da posse que observa a função social em face da propriedade desfuncionalizada é que se encontra nos artigos 1.239 e 1.240, do Código Civil.

Sobre isto, e respectivamente, temos que:

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade;

1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (BRASIL, 2002, s.p.).

Logo percebe-se que a posse trabalho confere efetividade ao direito ao trabalho tendo em vista que o possuidor, por meio da sua posse, utiliza da propriedade desfuncionalizada para plantar e assim garantir a sua subsistência. Ademais, a posse trabalho além de efetivar o direito ao trabalho, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, também é útil para a sociedade na medida em que, com o trabalho realizado, o possuidor passa a contribuir para o desenvolvimento nacional. (GONÇALVES; MAIA, 2013, p. 44).

No que concerne à posse moradia, está efetiva o direito social a moradia uma vez que fornece abrigo as pessoas que não possuem um lugar para morar. Outrossim, além de conferir aos possuidores um local para morar, garante efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, visto que quem tem um local para residir não necessitará ficar vagando pelas ruas. (GONÇALVES; MAIA, 2013, p. 44).

Ante o exposto, entende-se que o principal efeito da função social da posse é o de elevar o conceito da dignidade da pessoa humana, razão pela qual se deve proteger a posse que atende a função social, em detrimento da propriedade desfuncionalizada, tendo em vista que a propriedade não deve ser encarada como um direito absoluto, pura e simplesmente, por haver a sua averbação no Registro do Imóvel uma vez que a função social integra o direito de propriedade.

## 5 CONCLUSÃO

Ao realizar o presente estudo se pôde notar que, embora a propriedade seja, em regra, um direito absoluto, a não observância da sua função social acaba mitigando os direitos do proprietário, razão pelo qual, diante desta inobservância, o possuidor que atende à função social da posse acaba tendo a sua proteção privilegiada. Em sendo assim, caso o proprietário não utilize a sua coisa em consonância com a função social exigida pelo ordenamento jurídico pátrio, é possível que haja a aplicação da teoria da função social da posse que pode ser configurada, por exemplo, por meio da ocupação de um bem imóvel para fins de moradia ou de trabalho.

Sobre isto, mostra-se acertado tal privilégio tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 assumiu um caráter mais cidadão, logo, colocando em destaque o princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento ao patrimonialismo. Partindo disto, e tomando por base, especialmente o

pensamento doutrinário, a posse passou a ter uma posição de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que tal instituto possibilita que haja a satisfação das necessidades dos possuidores, como é o caso da moradia e do trabalho (garantindo, assim, uma existência digna do possuidor), bem como contribui para o desenvolvimento nacional, tendo em vista, principalmente, que o trabalho realizado pelo possuidor na propriedade desfuncionalizada é útil para a sociedade, na medida em que gera riquezas.

Logo, pode-se afirmar que a supremacia da posse que atende a sua função social em relação a propriedade não funcional representa, em verdade, um avanço social e jurídico, uma vez que acaba colaborando para que haja uma descriminalização dos movimentos de ocupações rurais e urbanas, passando a enxergar o posseiro que, por meio de seus atos, atribui à propriedade a sua função social, não mais como um invasor que lesa o direito de terceiros, mas, sim, com um indivíduo que está exercendo o seu direito à vida e ao Trabalho.

Percebeu-se, diante desta pesquisa, que a incidência da função social da posse pode acabar sendo a solução para alguns problemas do Brasil, como é o caso da concentração de muitas terras inutilizadas nas mãos de poucos, enquanto há um elevado índice de crescimento populacional, marcado pela concentração da pobreza. Em sendo assim, não há base para que se considere o direito à propriedade como sendo absoluto unicamente por haver uma averbação no registro do imóvel; devendo o referido direito ser pensado e considerado de uma maneira conjugada à sua função social, visto que não há propriedade sem função social.

O que se extrai deste estudo, após confrontar a função social da posse com a propriedade desfuncionalizada, é que a posse merece uma atenção maior tendo em vista que possibilita o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, além de enaltecer valores como igualdade, e cidadania.

Por fim, ressalta-se que ambos os institutos, posse e propriedade, devem atender, também, aos interesses da sociedade. No entanto, caso se verifique que a propriedade, por possuir um caráter formal superior à posse, não atende a este mister, há de se proteger, independente do título, a posse que esteja destinando a coisa à um bem, além de próprio, social.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Maura Barbieri Cavalcanti de. A função social da posse e a proteção do possuidor não proprietário: limites e possibilidades. Acervo Digital da UFPR, 2010. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31394/M1329JU.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 out. 2021.

ARRAY, Di. Função social da posse: efetivando o princípio da dignidade da pessoa humana. Diritto, 2007. Disponível em: [https://www.diritto.it/funcao-social-da-posseefetivando-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/#\\_ftnref15](https://www.diritto.it/funcao-social-da-posseefetivando-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/#_ftnref15). Acesso em: 24 out. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 24 out. 2021.

BRASIL. Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Planalto, 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 24 out. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das coisas. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Vinicius de Almeida; MAIA, Taciana Mara Corrêa. A usucapião administrativa como instrumento de efetivação da regularização fundiária. Revista jurídica UNIGRAN, 2013. Disponível em: [https://www.unigran.br/dourados/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/29/artigos/artigo03.pdf](https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/29/artigos/artigo03.pdf). Acesso em: 24 out. 2021.

LOBO, Anaide Cavalcanti. Posse: evolução histórica e doutrinária, conceito e classificação no Brasil. Jurisway, 2018. Disponível em: [https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=19596](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=19596). Acesso em: 24 out. 2021.

OLIVEIRA, Camila Alves. Teoria e aplicabilidade da função social da posse e da propriedade nos direitos reais enquanto instrumento de efetivação dos direitos fundamentais. Âmbito Jurídico, 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/teoria-e-aplicabilidade-da-funcao-social-da-posse-e-dapropriiedade-nos-direitos-reais-enquanto-instrumento-de-efetivacao-dos-direitosfundamentais/>. Acesso em: 24 out. 2021.

OLIVEIRA, Marilene Silva de. A função social da posse no ordenamento jurídico brasileiro. Repositório da FADIPA, 2012. Disponível em: [http://fadipa.educacao.ws/ojs2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/viewFile/43/pdf\\_1](http://fadipa.educacao.ws/ojs2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/viewFile/43/pdf_1). Acesso em: 24 out. 2021.

ZABOT, Bruna Farias. A (im)possibilidade de arguir a exceção de domínio no âmbito das ações possessórias. Repositório da UFSC, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/189041/tcc%20bruna%20zabot.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 out. 2021.

**Recebido em:** 10 de janeiro de 2022

**Avaliado em:** 24 de janeiro de 2022

**Aceito em:** 03 de março de 2022

1 Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas Exatas do Sertão do São Francisco (FACESF). E-mail: [euitalorogério@gmail.com](mailto:euitalorogério@gmail.com)

2 Graduado em Direito pela Faculdade de Alagoas; Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Especialista e Mestre em Psicanálise Aplicada a Educação e a Saúde pela UNIDERC/ANCHIETA; Mestre em Ciências da Educação pela Universidad de Desarrollo Sustentable; Advogado; Professor de Direito.. [ferrazbar@hotmail.com](mailto:ferrazbar@hotmail.com)

**SEÇÃO II:  
DIREITO PENAL,  
PROCESSUAL PENAL E  
POLÍTICA CRIMINAL**

# INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A POSSIBILIDADE DE ACESSO AOS DADOS ARMazenADOS NO WHATSAPP

CRIMINAL INVESTIGATION AND THE POSSIBILITY OF ACCESSING DATA STORED ON WHATSAPP

Matheus Wendel Morais Silva<sup>1</sup>

Renan Soares Torres de Sá<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho tem o papel de demonstrar, através de uma revisão bibliográfica, um conflito existente no direito atualmente, qual seja, o fato de empresas e provedores não colaborarem nas investigações criminais que envolvem usuários do aplicativo de conversação “WhatsApp”, acarretando diversos percalços, tanto para as investigações como para toda a sociedade brasileira. Devido a não colaboração, o Judiciário estadual suspendeu em algumas ocasiões o sinal do aplicativo no território nacional, aumentando a polêmica, sendo necessária a atuação do Supremo Tribunal Federal. Toda a problemática está sendo levantada devido as empresas alegarem não ter acesso aos dados, o que ocorre em virtude da criptografia ponta a ponta que impossibilita a quebra do sigilo. O artigo busca, ao final, abrir o entendimento do leitor nessa relação entre o interesse do particular e o interesse da coletividade, de modo a discutir as seguintes questões: os limites existentes entre o direito à intimidade e o direito coletivo à segurança pública, bem como explorar as possibilidades apresentadas ao magistrado de atuar na justa medida para estabelecer uma proporcionalidade entre os princípios inerentes ao tema e prezar pela ordem pública.

**Palavras-chave:** Investigação. WhatsApp. Privacidade.

**ABSTRACT:** The present work has the role of demonstrating, through a bibliography review, a conflict existing in the law currently, that is, the fact that companies and providers do not collaborate in criminal investigations involving users of the conversation application “WhatsApp”, resulting in various mishaps, both for investigations and for the entire Brazilian society. Due to non-collaboration, the state judiciary suspended on some occasions the sign of the application in the national territory, increasing the controversy, being necessary the action of the Supreme Court. The whole problem is being raised due to companies claiming not to have access to data, which occurs due to end-to-end encryption that makes it impossible to break confidentiality. The article seeks, at the end, to open the reader's understanding in this relationship between the interest of the individual and the interest of the collectivity, in order to discuss the following issues: the limits between the right to intimacy and the collective right to public security, as well as to explore the possibilities presented to the magistrate to act in the right measure to establish a proportionality between the principles inherent to the theme and to cherish public order.

**Keywords:** Research. WhatsApp. Privacy.

## 1 INTRODUÇÃO

A modernidade fez com que o celular se tornasse um item fundamental ao cotidiano do indivíduo. Contendo inúmeras funções, os smartphones se tornaram verdadeiros dispositivos de armazenamento de informações, cuja relevância pode permear todos os papéis sociais vividos por ele. Algumas dessas informações contidas no aparelho não podem ser acessadas e, se compartilhadas, podem comprometer a vida da pessoa causando-lhe prejuízos incalculáveis.

O surgimento do aplicativo de troca de mensagens, o WhatsApp, facilitou a comunicação entre os indivíduos e, de olho nisso, a população em geral, empresas e até mesmo corporações policiais passaram a utilizá-lo, especialmente pela segurança que o aplicativo oferece contra vazamento de dados

trocados. Devido a essa característica, os criminosos também passaram a utilizar, aperfeiçoando a atuação criminosa e atrapalhando a repressão e prevenção por parte do Estado, tendo em vista a alta criptografia do aplicativo.

A quebra de sigilo em relação ao uso do aplicativo WhatsApp, na prática das condutas criminosas, vem sendo discutida com base na interpretação ampla das normas jurídicas por meio dos aplicadores da lei, por falta de norma regulamentadora própria que trate da questão criminal nas tecnologias comunicacionais. Assim, com base nas aplicações extensivas e o vasto campo jurídico, surgem entendimentos contraditórios que, por vezes, divergem com os direitos fundamentais garantidos na Constituição.

Conforme o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, é “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nas hipóteses e na forma estabelecidas em lei”. Claramente, a norma constitucional referida protege a liberdade de comunicação, assegurando a não interferência de terceiro. O sigilo é o meio de proteção da troca de informações íntimas ou privadas, motivo pelo qual a inviolabilidade do sigilo das comunicações mantém vínculo estreito com os direitos de intimidade e privacidade. Contudo, como sabido, os direitos fundamentais não são absolutos. Por isso, “estudar os direitos fundamentais significa principalmente estudar suas limitações” (DIMOULIS & MARTINS, 2011, p. 130).

Os direitos fundamentais, apesar de essenciais para a proteção da dignidade da pessoa humana, sofrem limitações em variados graus de amplitude. Faz parte do constitucionalismo adequado a compreensão da Constituição como um sistema aberto de regras e princípios, encaixando-se perfeitamente em uma sociedade pluralista, em que é comum a existência de conflitos de valores e incompatibilidade de interesses. A limitação dos direitos fundamentais individuais é justificada diante da colisão com o direito ou princípio de interesse geral, como a segurança pública, sobretudo quando da aplicação de norma infraconstitucional (DIMOULIS & MARTINS, 2011, p.142).

Por necessitar de regulamentação legal e administrativa, vêm sendo discutidas alegações de devassa dos telefones celulares pela polícia. Por isso, avocam ao Judiciário o papel de ponderar soluções em que se verifica a colisões de dois direitos fundamentais: a inviolabilidade do sigilo das comunicações íntimas da vida privada e a garantia da segurança pública, a qual possui como um dos principais instrumentos de concretização a investigação criminal.

Desta maneira o presente trabalho tem como objetivo geral analisar a possibilidade dos dados contidos no WhatsApp serem utilizados na investigação criminal, se há possibilidade de acesso aos dados armazenados no aplicativo do particular sem prévia autorização. Como objetivos específicos a presente pesquisa pretende examinar a relação entre princípios fundamentais do indivíduo e o direito a segurança pública; o conceito de criptografia, bem como a doutrina correlata ao tema; analisar princípios necessários para o entendimento da problemática envolvendo a privacidade e a segurança

pública; discutir os conceitos de Investigação Criminal, criptografia, bem como realizar análise de decisões que levaram a suspensão do aplicativo; explicar acerca da utilização do Marco Civil da Internet; e, por fim, expor alguns entendimentos da Suprema Corte Brasileira, que versam sobre o bloqueio do aplicativo.

A metodologia utilizada para realizar o estudo será baseada em pesquisa bibliográfica, documental, explorando artigos científicos e reportagens acerca da temática, bem como realizando análise jurisprudencial, tudo com o principal objetivo de consolidar a tese de possibilidade dos dados contidos no WhatsApp serem utilizados na persecução penal.

## **2. PRINCÍPIOS RELEVANTES AO ESTUDO**

### **2.1 Princípio da Privacidade**

Quando se trata de privacidade, vem em mente o secreto, aquilo que as pessoas não sabem a respeito das outras, de modo que somente o titular tem o direito de escolher quem irá divulgar um conjunto de informações pessoais, pois se trata de um direito personalíssimo, englobando elementos da vida familiar e particular da pessoa, seu dia a dia e suas escolhas, tornando-se, assim, um dos objetos de exclusividade da pessoa humana na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), mais especificamente em seu artigo XII:

Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei. (ONU, 1948)

É notório que a privacidade é um dos bens mais importantes que o cidadão possui e não pode ser violada. Ao observar o direito à privacidade, André Ramos Tavares (2016, p. 533) diz: “O direito à privacidade é compreendido, aqui, de maneira a englobar, portanto, o direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo das comunicações e ao segredo, de outros”.

Nesta ótica, a privacidade forma um conjunto de direitos fundamentais, tendo uma vasta área de atuação, se constituindo de atributos personalíssimos e inatos, que independem de uma positivação para que existam, pois são inerentes à natureza humana.

### **2.2 Princípio da Segurança Pública**

Segurança, de acordo com o dicionário Aurélio, é: “1. ato ou efeito de segurar. 2. Qualidade do que é ou está seguro. 3. conjunto das ações e dos recursos utilizados para proteger algo ou alguém. 4. o que serve para diminuir os riscos e os perigos. 5. aquilo que serve de base ou dá instabilidade ou apoio” (FERREIRA, 1988, p. 214).

Como um direito fundamental, a segurança pode ser conceituada como o atributo de não ter a sensação de vulnerabilidade em relação aos outros homens e à sociedade. De Plácido e Silva (2016), ao analisar segurança, traz o seguinte conceito:

Segurança: derivado de segurar, exprime, gramaticalmente, a ação e efeito de tornar seguro, ou de assegurar e garantir alguma coisa. Assim, segurança indica o sentido de tornar a coisa livre de perigos, de incertezas. Tem o mesmo sentido se seguridade que é a qualidade, a condição de estar seguro, livre de perigos e riscos, de estar afastado de danos ou prejuízos eventuais. E Segurança Pública? É o afastamento, por meio de organizações próprias, de todo perigo ou de todo mal que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade ou dos direitos de propriedade de cada cidadão. A segurança pública, assim, limita a liberdade individual, estabelecendo que a liberdade de cada cidadão, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode turbar a liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a.

Abordar-se-á a investigação criminal por meio de garantir à sociedade a segurança pública que envolve, assim, o processo de prevenção e repressão aos acontecimentos articulados por meio dos aplicativos de conversação dos membros de uma organização criminosa que geram a insegurança a toda uma população. Conclui Carvalho (2009, p. 135) que “pode-se dizer que o Estado, como sociedade política, existe para realizar a segurança, a justiça e o bem-estar econômico e social, os quais constituem os seus fins”.

Nessa visão, a segurança torna-se para o poder público um fim a ser alcançado, visando a bem comum, a coletividade, a liberdade de seus entes. Por ser uma garantia, a segurança coletiva torna-se ampla, pois a proteção é para toda uma sociedade, através de ações que previnam e repressão aos criminosos que tentam desarticular o bem comum.

### **2.3 Princípio da Proporcionalidade**

É possível afirmar que o critério de proporcionalidade tenta equilibrar a relação do “conflito” entre o indivíduo e o Estado, para evitar a violação de direitos fundamentais individuais quanto à efetividade da atividade estatal na prevenção e repressão da criminalidade. Sabemos que, de um lado, está o interesse do Estado na solução de conflitos sociais que anos assombram a sociedade e do outro o direito do indivíduo em usar seus meios de comunicação de maneira privada e segura, sem a interferência do Estado.

No tocante às investigações criminais, o princípio da proporcionalidade, tem uma importante atuação. Por meio dele, pode o julgador ou investigador utilizar-se de um juízo de ponderação para não exercer o abuso de autoridade, penetrando de maneira indevida na particularidade do investigado. Sobre o tema, Tavares (2016, p. 637/638) afirma que:

Dentro desse contexto, o critério da proporcionalidade desponta como relevante instrumento de solução de conflitos na medida em que se apresenta como mandamento de “otimização de princípios”, ou seja, como critério de sopesamento de princípios quando estes conflitam em dada situação concreta.

Para o autor acima mencionado, o princípio da proporcionalidade veio otimizar os demais princípios, por ser este um preceito de grande complexidade no entendimento de muitos doutrinadores, pois traz juízo de valor para quem o aplicar. Ainda em seu livro, Tavares (2016, p. 638) cita um trecho do livro de Guerra Filho, onde afirma:

(...) é exatamente numa situação em que há conflitos entre princípios, ou entre eles e regras, que o princípio da proporcionalidade (em sentido estrito ou próprio) mostra sua grande significação, pois pode ser usado como critério para solucionar da melhor forma tal conflito, otimizando a medida em que se acata prioritariamente um e desatende o mínimo possível do outro princípio. (GUERRA FILHO, apud TAVARES, 2016, p.638)

O autor em seu livro tem o princípio da proporcionalidade como sendo o “princípio dos princípios”, elevado ao grau máximo, em razão de sua característica quanto aos demais princípios, sendo, sem sombra de dúvidas, o que mais se adequa ao caso concreto, não sendo exclusivamente procedimental, mas também material.

Quanto a aplicabilidade do discutido princípio nas investigações criminais que envolvam a quebra de sigilos telefônicos de acusados, que têm seus direitos e garantias individuais relativamente invadidos, possuindo o interesse coletivo sobre os direitos individuais, é o princípio mais efetivo as investigações. Uma vez que se torna necessário técnicas mais incisivas na prevenção e repressão ao crime organizado, não há que se falar em ilegalidade, ou mesmo em inconstitucionalidade quando se afeta os direitos fundamentais individuais do indivíduo.

Alberto Silva Franco aduz que:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade abstrata) e a imposição das penas (proporcionalidade concreta) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. (SILVA FRANCO, apud, GRECCO, 2016, p. 125)

Isto posto, deve-se ressaltar que o princípio da proporcionalidade é um elemento de referente atividade interpretativa, que apresenta uma extrema relevância para uma concepção do direito contemporâneo. Não custando ser usado para que aqueles que defendem um Estado dominador, onde o controle dos limites da atividade governamentais, incidindo negativamente sobre direitos e garantias fundamentais, seja uma forma de aprisionamento estatal, mas deve ter em mente que ao utilizar esse princípio nortear-se parâmetros mais efetivos no combate ao tráfico e crimes organizados.

### **3. A RELEVÂNCIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL COMO INSTITUTO GARANTIDOR DE INTERESSES COLETIVOS**

Quando os departamentos de polícia judiciária têm a notícia de ocorrência de uma infração penal, surge para o Estado o dever de investigá-la, averiguando se é verídico o fato noticiado. Ao se

concluir que ocorreu a ilicitude penal, a partir dessa fase, o Estado-juiz irá julgar a pessoa formalmente acusada do delito, condenando ou absolvendo a mesma. A fase que acontece depois da notícia de ocorrência da infração penal e a instauração da ação penal é conhecida como período da Investigação Criminal ou Preliminar, fase esta que tem o intuito de investigar a veracidade dos fatos outrora narrados que deram ensejo a investigação.

Como relata Lima (2002, p. 26) em seu livro, com maestria:

Portanto, com a notícia de prática de infração penal, em primeiro lugar, o Estado, o *jus puniendi*, deve colher elementos comprobatórios do fato e de sua autoria, através de uma investigação preliminar, caso não exista tais elementos de plano, e, após tal investigação e coleta de subsídios, iniciar a ação penal.

Investigar significa buscar, pesquisar. A origem da palavra vem do latim *investigare*, a qual assume o sentido de “seguir os vestígios” (Dicionário Online de Português, s.d). De acordo com a sua origem podemos notar que a investigação criminal tem o objetivo de seguir rastros criminosos para a busca da verdade real, chegando à verossimilhança e, ao saber o que aconteceu, descobrir sua autoria e as circunstâncias que provocaram a execução de ilicitude. Todo esse processo é considerado um conjunto de atos pré-definidos, organizados, antecipando a ação penal, que servirá como norteador para a colheita e a produção de elementos informativos acerca de um fato sob análise.

É de fundamental importância que exista esse procedimento no direito penal, pois, com ele, é assegurado que a segurança pública seja efetivada, combatendo, assim, a impunidade, punindo os indivíduos que não pactuam com as normas sociais relacionadas à paz e harmonia sociais.

### **3.1 O direito de desbloqueio de dados**

O direito de desbloqueio de dados tem uma relação de parceria entre provedores e as agências de investigação. Ao se falar em dados pessoais na era digital e como são utilizados, se percebe que, em grande maioria, as empresas de serviços utilizados não deixam explícitos se existe ou não o direito de compartilhamento com agências de segurança para utilização em investigações criminais, que forma devem ser passados esses dados às agências, sendo assunto de extrema importância para que seja legislado atualmente, pois, como diz Cukierman (2010, p. 189):

(...) o sucesso das investigações depende fundamentalmente da obtenção, junto ao provedor de conexão à Internet ou junto ao provedor de serviço criminosamente atacado, do endereço IP de onde foi cometido o crime, para, a partir deste endereço, chegar-se ao provedor de serviços de telecomunicações, que também tem de colaborar oferecendo o número da linha e o cadastro do assinante. Portanto, pode-se concluir que todos os embaraços e impedimentos ao curso das investigações surgem: 1) ou a partir da alegação de sigilo por parte de um dos dois investigados (provedor de acesso à Internet ou provedor de serviço de telefonia), em obediência aos ditames legais vigentes no país; 2) ou a partir dos limites jurisdicionais quando algum desses provedores tem sede fora do país.

Segundo o site de notícias Outras Palavras, em matéria publicada no dia 25 de fevereiro de 2016:

Há alguns anos atrás, aconteceu um conflito entre o *Federal Bureau of Investigation (FBI)* e a empresa Apple, onde a agência investigadora requereu que fosse criado com código mestre para acesso no Iphone de um criminoso, tendo como argumento que de a investigação do conteúdo armazenado no smartphone tornaria possível a descoberta das causas e dos envolvidos no delito investigado. A Apple, por sua vez, aduziu que, ao criar o código, poderia pôr em risco a privacidade de outros usuários, negando em atender à solicitação do FBI, com isso foi gerado diversos debates, sendo que o FBI persistiu no argumento que a segurança da coletividade supera no caso ao direito privado do usuário envolvido.

Ao final, a *Apple* não atendeu à solicitação e o FBI, por sua vez, conseguiu acessar o conteúdo utilizando terceiros, os chamados hackers, que quebraram o código de segurança e desvendaram todo conteúdo do Iphone. Ademais, nos Estados Unidos existe a Lei da Privacidade das Comunicações Eletrônicas (ELECTRONIC, 2016), estabelecendo procedimentos para o FBI realizar interceptação de dados em caso de investigações. Com base nessa lei, é possível solicitar a qualquer provedor informações que identificam uma pessoa, entidade, número de telefone, ou tem uma base para um pedido.

É evidente que pode existir uma cooperação na maioria das empresas privadas e agências de investigação, o que se torna necessário face à manutenção da ordem pública na sociedade, devendo sempre os provedores ajudarem a combater as condutas delituosas de alguns usuários – aqueles, por óbvio, que estão sendo investigados por seus atos.

No Brasil, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 24 de abril de 2014) veio para nortear as relações do ciberespaço, regular a era digital e as novas demandas que surgem a todo momento. Na seção IV, nos artigos 22 e 23, trata da requisição judicial para utilização desses dispositivos em processos judiciais, conforme vemos a seguir:

Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;

II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III - período ao qual se referem os registros.

Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro. (BRASIL, 2014)

Referida lei, contudo, possui em seus pilares o resguardo sempre à privacidade dos usuários, normatizando, ainda, a inviolabilidade das comunicações feitas pela Internet no seu artigo 7º, nos incisos I, II, III. Veja-se:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;  
III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;  
(BRASIL,2014)

Deixando claro que a quebra de sigilo só poderá ser autorizada por ordem judicial, demonstrando, assim, a preocupação com a tutela dos direitos individuais e suas garantias. Contudo, mesmo com ordem judicial, empresas de aplicativos de conversação não disponibilizam os dados dos usuários, mesmo aqueles que estão sob investigação.

### **3.2 A criptografia e a investigação criminal**

Quando se ouve falar a palavra criptografia, se imagina, de pronto, códigos, coisas ocultas, secretas; um sistema extremamente complicado e protegido. Mas, na realidade, não é um instituto tão complicado assim.

Criptografia é o método utilizado para tornar algo legível em ilegível, sistemas de algoritmos matemáticos que codificam dados de usuários para que só o destinatário possa ler (Cartilha, 2017). Essa codificação matemática assegurando a confiabilidade, integridade, autenticidade da informação. Ela reforça a segurança de uma mensagem ou arquivo embaralhando o conteúdo, onde precisa de uma chave certa para que seja decodificado, sendo o modo mais eficaz para ocultar comunicações, se um terceiro quiser descobrir, sem a chave certa não terá sucesso.

Segundo Marcacini (2002, p.9):

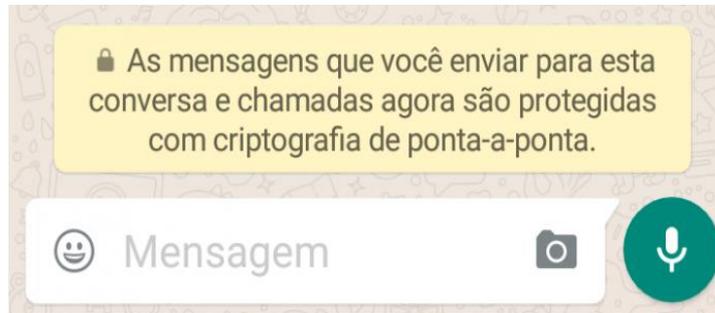
(...) a criptografia é a arte de escrever em código, de modo a permitir que somente quem conheça esse código possa ler a mensagem. Desse modo, convencionando um critério ente o emissor e o receptor, a criptografia torna possível o envio de mensagens codificadas, incompreensíveis para um terceiro que eventualmente venha a interpretá-las.

Essa tecnologia de segurança é dividida em dois métodos: a criptografia simétrica e assimétrica. A criptografia simétrica, conhecida como de chave secreta, é quando a chave que codifica a comunicação é a mesmo que decodifica. Já a criptografia assimétrica, ou criptografia de chave pública, usa duas chaves: uma pública para codificar a mensagem e uma chave privada para decodifica-la, sendo assim independentes (Cartilha, 2017).

Contudo, há algum tempo atrás era possível interceptar mensagens cifradas entre o emissor e receptor, antes dela ser criptografada. Para combater essa falha, surgiu a criptografia de ponta a ponta, que deixa o conteúdo ilegível. Significa que apenas os usuários envolvidos na conversa terão acesso às mensagens, sendo considerada como um tipo de criptografia simétrica, sendo necessário possuir uma chave particular, que somente os usuários possuem. Teoricamente, ninguém terá acesso às informações contidas nas conversas, a não ser o remetendo e o destinatário (Cartilha, 2017).

Esse tipo de segurança está sendo utilizada, atualmente, pelos aplicativos de mensagens, como o “WhatsApp”, onde somente o remetente e o destinatário podem ler as mensagens, de forma que nem mesmo o próprio aplicativo tem acesso à elas, deixando a conversa mais segura, sendo esse recurso comparado a uma conversa cara a cara.

Fotografia 01: Tela de aviso sobre a criptografia ponta-a-ponta do aplicativo “WhatsApp”.



Fonte: <https://tecnoblog.net/193910/whatsapp-mensagens-criptografia-ponta-a-ponta/.jpg>

Porém, para os mecanismos de investigação criminal que se utilizam da quebra de sigilo e interceptação de dados desse aplicativo, a criptografia gerou um desconforto, pois o acesso aos dados teoricamente não existe. Surge, assim, os polêmicos casos de bloqueios do aplicativo WhatsApp no território brasileiro, consequência da disputa entre a empresa Facebook, portadora dos direitos do WhatsApp, e a Justiça brasileira, consistente na recusa do aplicativo de mensagens em entregar dados de conversas de usuários para a Justiça, deixando de colaborar com investigações. O cofundador do aplicativo, Jan Koum, ao ser perguntado do assunto, tratou da seguinte forma:

Recentemente, tem havido muita discussão sobre os serviços criptografados e trabalho da Justiça. Embora reconheçamos o trabalho da Justiça em manter as pessoas seguras, os esforços para enfraquecer a criptografia arriscam a exposição de informações dos usuários ao abuso de criminosos virtuais, hackers e regimes opressivos. O desejo de proteger a comunicação privada das pessoas é uma das crenças fundamentais que temos no WhatsApp e, para mim, é pessoal. Eu cresci na União Soviética durante o regime comunista, e o fato de que as pessoas não podiam falar livremente é um dos motivos que fizeram minha família se mudar para os Estados Unidos (PRADO, 2015)

A grande questão a ser levantada é a respeito de que solução o poder público deve encontrar para dirimir esse conflito entre privacidade de dados e a segurança nacional. Não resta nenhuma dúvida a respeito da necessidade de uma prévia autorização judicial antes de averiguar o smartphone por parte dos investigadores, mesmo que tal exigência possa atrasar uma investigação. O cerne da discussão reside no fato de que a legislação pátria deve estar de acordo com os avanços tecnológicos e pronta para funcionar como mecanismos de ponderação entre o interesse público e os interesses particulares.

#### **4. ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS DE SUSPENSÃO NACIONAL DO APLICATIVO DE CONVERSAÇÃO WHATSAPP**

Em fevereiro de 2015, o aplicativo de conversação WhatsApp, da empresa Facebook, foi bloqueado pela Justiça Estadual do Estado do Piauí. O Juiz de Direito responsável pelo caso, nessa ocasião, respaldou sua decisão com base no Marco Civil da Internet, determinando a suspensão em todo o território nacional pelo um período de 24 horas. A decisão não pode ser bem analisada devido ao segredo de justiça imposto pelas circunstâncias do processo, contudo, foi divulgado o mandado que foi expedido pelo juiz no processo de número 0013872-87.2014.818.0140, o qual contém o seguinte trecho:

Temporariamente até o cumprimento da ordem judicial (...), em todo território nacional, em caráter de urgência no prazo de 24 horas após o recebimento, o acesso através dos serviços da empresa aos domínios whatsapp.net e whatsapp.com, bem como todos os seus subdomínios e todos os outros domínios que contenham whatsapp.net e whatsapp.com em seus nomes e ainda todos os números de IP (Internet Protocolo) vinculados aos domínios já acima citados. (PATURY, 2015)

Determinou, também, que a empresa deveria:

Garantir a suspensão do tráfego de informações de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registro de dados pessoais ou de comunicações entre usuários do serviço e servidores da aplicação de troca de mensagens multi-plataforma denominada Whatsapp, em pelo menos um desses atos ocorra em território nacional. (PATURY, 2015)

De acordo com a nota emitida pelo Núcleo de Inteligência da Secretaria de Segurança do Estado do Piauí, a ordem tinha o seguinte conteúdo:

A ordem judicial foi expedida em virtude de anterior descumprimento, por parte do provedor de aplicação de Internet WhatsApp, de outras determinações de caráter sigiloso do citado Juízo. Insta esclarecer, também, que os processos judiciais que originaram as referidas decisões tiveram início desde o ano de 2013, mas até a presente data os responsáveis pelo WhatsApp não acataram as ordens judiciais. O mandado judicial foi encaminhado aos provedores de infraestrutura (Backbones) e os provedores de conexão (operadoras de telefonia móvel entre outras). Por fim, cabe esclarecer que todas as representações e decisões judiciais acima mencionadas foram tomadas com base na Lei que instituiu e disciplinou o Marco Civil da Internet. (NÚCLEO DE INTELIGÊNCIA DA SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2015)

Ainda assim, a decisão não foi cumprida devido a uma liminar proferida por Desembargador da Corte do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, que derrubou a referida decisão, de acordo com os seguintes argumentos:

A fim de melhor ilustrar a falta de proporcionalidade que mana do ato questionado, imagina-se um juiz que, insatisfeito com a contumácia de determinada empresa telefônica em prestar-lhe informações sigilosas, determine a suspensão, em todo território nacional, dessa modalidade serviço de comunicação. Ou, em uma analogia mais rústica, determinasse esse juiz a interrupção da entrega de cartas e encomendas pelo correio, apenas baseado na suspeita de que, por exemplo, traficantes estariam fazendo transitar drogas por esse meio. (BRASIL, 2015<sup>a</sup> apud JUNIOR, Irineu Francisco Barreto. LIMA, Marco Antonio, 2016)

No mesmo ano, em dezembro, outra decisão determinou a suspensão do aplicativo, agora pela duração de 48 horas, em todo território nacional. A ordem veio da 1ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo/SP, no processo nº 0017520-08.2015.8.26.0564, a pedido do Ministério Público que fundamentou o seu pedido no Marco Civil da Internet. A suspensão teve início às 0h do dia 17 e durou aproximadamente 12h, mas foi suspensa pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que invocou a desproporcionalidade da medida, ao razeo sobre os milhões de usuários que são afetados pela inércia

do aplicativo, analisando que poderia ser imposto medidas como multa elevada ao parâmetro suficiente para inibir resistência da empresa do aplicativo.

Pela terceira vez, outra ordem judicial foi proferida pelo Judiciário brasileiro em maio de 2016, mais especificamente pela Vara Criminal de Lagarto, em Sergipe, nos autos de número 20155500078, no sentido de que o aplicativo fosse bloqueado, de modo que foi expedido mandado pelo Juiz da Vara Criminal determinando a suspensão pelo prazo de 72h. Ressalte-se que o mesmo magistrado já havia pedido a prisão do vice-presidente da empresa Facebook na América Latina por descumprimento das decisões que determinava liberação de conteúdo das mensagens instantâneas mantidas por investigados por tráfico de drogas e crime organizado, pelo aplicativo. Mas essa prisão foi considerada ilegal pelo Tribunal de Justiça de Sergipe e foi determinado a soltura do vice-presidente.

## **5. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O TEMA**

Ao adentrar no âmbito da Suprema Corte Brasileira, se pode verificar dois remédios que foram impetrados para solucionar o conflito entre a primeira instância do Poder Judiciário brasileiro, o aplicativo de conversação WhatsApp e na relação da sociedade que irá ser analisada a seguir pelo exposto da ADPF nº 403MS/SE e a ADI nº 5527.

A referida ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), remédio constitucional garantido pela Carta Magna brasileira, teve sua impetração em razão da decisão proferida pelo Juiz da Vara Criminal de Lagarto, a partir do processo de nº 201655000183. O relator do referido remédio constitucional é o ministro Luiz Edson Fachin e o mesmo tem como objeto a ordem de bloqueio do aplicativo proferida em maio de 2016, tendo como autor o Partido Popular Socialista (PPS), com o pedido de que sejam impedidos novos bloqueios do aplicativo, sob alegação de violação ao princípio fundamental de liberdade de comunicação, previsto no artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal.

O remédio constitucional correu sobre o número ADPF 403 MS/SE e já na abertura do prazo para manifestação da Procuradoria Geral da República, surgiu o caso da 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias/RJ, no qual o demandante PPS notificou novo bloqueio, requerendo a imediata suspensão. O Ministro Eduardo Lewandowski proferiu uma decisão monocrática sobre o caso, interpretando que a decisão fere o direito fundamental à liberdade de expressão e de manifestação, sendo desproporcional, vez que afeta toda uma sociedade.

Asseverou o ministro que o direito de liberdade de expressão é uma cláusula pétrea, e, quanto a relação com o Marco Civil da Internet, alegou que houve violação ao art. 3º, incisos I e V, da referida Lei, sendo uma medida desproporcional, determinando assim a suspensão da decisão prolatada pelo Juízo de Duque de Caxias.

Além disso, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5527, ajuizada pelo Partido da República (PR), no mês de maio de 2016, tem como principal pedido o reconhecimento da inconstitucionalidade

dos artigos 10, §2º, e 12, incisos III e IV, do Marco Civil da Internet, pleiteando a interpretação conforme a Constituição Federal aos referidos artigos objeto da ação. O impetrante aduziu que a suspensão do aplicativo é medida compatível àquelas adotadas em países autoritários, como China, Coreia do Norte e o Irã, além de defender que a suspensão penalizaria não apenas a empresa, mas toda uma população, violando princípios como da individualidade de pena, proporcionalidade, liberdade de expressão, comunicação, livre iniciativa e da continuidade. A relatora Ministra Rosa Weber, deu andamento ao processo nos parâmetros legais com citações e intimações necessárias.

Surgiram o pleito de ingresso de amici curiae, da mesma forma que na ADPF 403 MS/SE, o Instituto Beta para Democracia e Internet (IBIDEM) e o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio (ITS RIO). Dessa forma, a Ministra acima referida, juntamente com o Ministro Edson Fachin, convocou audiência pública, onde foram ouvidos o Facebook, a Polícia Federal, o Ministério Público Federal, entidades de defesa do consumidor e representantes de empresas de tecnologia da informação e da academia, especialista em Direito Digital; Comitê Gestor da Internet; Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro; o núcleo Direito Incerteza e Tecnologia da Universidade de São Paulo, diversos institutos, entidades, o governo, e todos os outros que pleitearam a entrada na ADI E ADPF como amici curiae.

Ao analisarmos as decisões que ensejaram no bloqueio do aplicativo, todas possuem pontos comuns, qual seja, o descumprimento de ordem judicial anterior em investigações criminais ou em processos criminais, sendo usado como base o Marco Civil da Internet, ainda que nos últimos casos foram mencionados a criptografia nas conversas pelo aplicativo. Podemos reforçar que o Marco foi um importante avanço na regulamentação de proteção dos usuários que utilizam a rede mundial de computadores, mas depois de todos esses acontecimentos requer-se cautela na imposição dos artigos e na forma de sanção a ser implementada no caso concreto.

Leva-se a todo o momento a relação com o princípio da proporcionalidade, visto anteriormente, onde, havendo a adequação e a necessidade da medida, a decisão judicial deve adequar o meio e o fim para proteger o bem jurídico, tendo uma relação estreita com a justiça, cumprindo seus deveres, buscando o jurista o equilíbrio de interesses.

No âmbito das possibilidades jurídicas, o juiz deve analisar todos os mecanismos para não afetar um bem maior: o interesse da coletividade. Por outro lado, a empresa não cumpriu seu dever, sofrendo as penalidades devidas, em virtude de, por inércia de sua colaboração, ter interferido negativamente para a harmonia social. O juiz não deve valer-se da satisfação do momento. Diante da gravidade dos fatos, estando em risco a segurança, o que justifica o exercício do juízo de valor, pois ao investigar malfeitores que usam o aplicativo para expandir o crime, a polícia e o judiciário devem sempre prezar pela ordem social.

É importante mencionar que inexitem direitos de caráter absoluto, de modo que todos podem ser relativizados diante do caso concreto. Assim, as decisões judiciais devem ser sempre pautadas no

conflito de direitos e interesses apresentado no caso fático, visando sempre harmonia entre a proteção de direitos, de modo a não prejudicar o titular do bem jurídico mais relevante.

Por todo o exposto, deve o legislador regulamentar minuciosamente o ciberespaço, para que situações como estas não venham se repetir, buscando o acordo entre as partes e uma colaboração mútua no combate ao crime organizado, visando sempre o não prejuízo da segurança e privacidade.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com a finalidade de analisarmos a temática abordada, iniciou-se o artigo expondo todo o conceito da importância do uso do aplicativo de conversação “WhatsApp”, como o meio de comunicação mais utilizado na atualidade, facilitando as relações humanas. Com cunho secreto, individualizado, tem como princípio constitucional a privacidade. Por ter o aplicativo, a facilidade de guardar segredos, torna-se logo um mecanismo para obscurecer as conversas mantidas por criminosos.

Nossa Constituição Federal, declara que é inviolável o sigilo das comunicações e das correspondências, protegendo assim a privacidade, sendo a única exceção, por ordem judicial. Vemos durante todo o trabalho até que ponto as garantias constitucionais podem proteger um cidadão que está sendo investigado por tráfico de drogas ou até mesmo por chefiar uma organização criminosa.

Em nossa sociedade o princípio da privacidade é muito inerente ao sistema, pois todos desejam ter um momento a sós, fazer o que quiser sem dar explicações a ninguém. Por isso tal princípio se torna tão personalíssimo. Mas vale ressaltar, que na busca da verdade real, nada se torna absoluto, quando tratamos com pessoa de índole duvidosa que esteja utilizando da má-fé, deve sim, o investigador utilizar de mecanismos legais para coibir as investidas desse tipo de usuário, quando tratamos do planejamento de crimes por meio de um aplicativo que tem como sua principal segurança um sistema de criptografia a ponta a ponta e não podendo fazer a quebra do sigilo, mas, a busca da verdade real, sempre deverá ser prezado por um equilíbrio para que não seja utilizada de forma equivocada. Juntamente com esses princípios a segurança pública, se torna crucial para todo um sistema estatal seguro, não deixar que seus cidadãos se sintam vulneráveis por pessoas de má índole é essencial na sociedade que vivemos.

Nesse ponto, adentramos no principal princípio para o nosso estudo, a proporcionalidade, onde o equilíbrio entre a privacidade e a segurança pública deve ser levado em conta, tanto pelo magistrado como pelos investigadores. A proporcionalidade traz consigo, o juízo de valor a ser exercido por quem o aplica, no tocante a relação de descoberta e prevenção de crimes, este princípio deve ser o princípio a ser seguido por todos os outros.

A quebra de dados, no nosso país, se torna precária, em outros países esse direito já está sendo estabelecido. Como o caso da Alemanha, citado anteriormente, que editou norma para que a polícia tivesse maior liberdade em investigações. Em nosso país, o Marco Civil da Internet, traz sanções para as empresas ou provedores que não colaboram com as investigações, podendo sofrer desde multa a

suspensão, como já foi visto, mas estes artigos estão em análise no Supremo Tribunal Federal, nos restando esperar.

A grande dificuldade está além da colaboração, existe a cada dia, mais sistemas avançados, com alto nível de segurança, como no WhatsApp, que utiliza a criptografia ponta a ponta. A complicação em acessar o sistema está acarretando problemas nas investigações, que solicitam quebra do sigilo e nada detém, mesmo por ordem judicial, como já foi analisado, que diversas vezes nos anos de 2015 e 2016, onde o aplicativo foi suspenso, gerando uma divergência entre o Judiciário de 1ª Instância e os Tribunais Superiores.

Dessarte, que a legitimação da quebra de sigilo dos investigados, é papel fundamental na aplicabilidade do princípio da segurança pública conjuntamente a privacidade, utilizando-se da proporcionalidade de um controle penal, colocando o interesse coletivo, acima do individual. Andando conjuntamente para que a ordem social seja estabelecida, ao criar acordos entre os investigadores e as empresas de aplicativos, a criação de um treinamento para os policiais, programas de última geração desenvolvidos para combate a condutas lesivas no ciberespaço, devendo sempre, o legislador buscar um conjunto de tarefas proporcionais as situações vividas atualmente. Portanto, é necessário que criminosos possam ser investigados de forma individualizada e restrita, para que não aconteça crimes de grande repercussão social, que ao utilizar as ferramentas necessárias, poderia ser evitado, tão somente, pelo simples fato, da existência de uma colaboração entre as empresas, os investigadores e o judiciário.

## REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Torquato. Provas ilícitas – Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.90.

BRASIL. Constituição Federal (1988) disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 14 de outubro de 2020

BRASIL. Marco Civil da Internet. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm) Acesso em 18 de outubro de 2020.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: editora Juarez de Oliveira, 2002.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 403 MS/SE. Relator: LUIZ EDSON FACHIN. Disponível em  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf403.pdf> acesso em 22 de novembro de 2020

CARVALHO, K. G.; Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo. 15. ed. rev., atual. E ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CUKIERMAN, H. L.; O Cibercrime no Brasil; Segurança, Justiça e Cidadania / Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça – Ano II, 2010, n. 04. Brasília, DF. 189 p.

DE PLÁCIDO E SILVA; Vocabulário Jurídico. atualizadores: FILHO, N. S.; GOMES P. P. V.; Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 2016.

Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. Declaração Universal Dos Direitos Humanos. 10 dez. 1948. Disponível em: [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm). Acesso em 15 de outubro de 2020.

LIMA, Marcellus Polastri. Ministério Público e persecução criminal. 3ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

MENDES, G. A.; O paradigma Constitucional de Investigação Criminal pag. 86- Porto Alegre, 2010.

MARCACINI, A. T. R.: Direito e Informática: uma abordagem jurídica sobre a criptografia. São Paulo: Forense, 2002, p. 9.

NÚCLEO DE INTELIGENCIA DA SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA. Nota à imprensa. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2015/02/decisao-de-juiz-do-piaui-manda-tirar-whatsapp-do-ar-em-todo-o-brasil.html> Acesso no dia 05 de novembro de 2020.

PRADO, Jean. As mensagens no WhatsApp agora são criptografadas de ponta a ponta. Disponível em: <https://tecnoblog.net/193910/whatsapp-mensagens-criptografia-ponta-a-ponta/> Acesso em: 20 de novembro de 2020.

PATURY, Felipe. Juiz de Direito manda tirar WhatsApp do ar no país inteiro. Disponível em: <https://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/felipe-patury/noticia/2015/02/juiz-do-piaui-manda-btirar-whatsapp-do-arb-no-pais-inteiro.html> Acesso em 19 de novembro de 2020.

TAVARES, A. R.; Curso de Direito Constitucional, 14 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

**Recebido em:** 20 de junho de 2021

**Avaliado em:** 24 de janeiro de 2022

**Aceito em:** 03 de março de 2022

1 Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas Exatas do Sertão do São Francisco (FACESF). E-mail: [matheuswendel07@hotmail.com](mailto:matheuswendel07@hotmail.com)

2 Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Exatas do Sertão do São Francisco – FACESF; Especialista em Direito Penal e Processual penal pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci – Uniasselvi; Professor de Direito. [profrenansoares@gmail.com](mailto:profrenansoares@gmail.com)

# RELAÇÃO DA BAIXA ESCOLARIDADE COM A CRIMINALIDADE: CRIMES OCORRIDOS NA COMARCA DE BELÉM DO SÃO FRANCISCO-PE NO ANO DE 2019

RELATIONSHIP BETWEEN LOW EDUCATION AND CRIME: CRIMES OCCURRED IN THE DISTRICT OF BELÉM DO SÃO FRANCISCO-PE IN THE YEAR 2019

Edailton José Cavalcanti da Silva <sup>1</sup>

Flawbert Farias Guedes Pinheiro <sup>2</sup>

**RESUMO:** A conceituação da violência se alterou no decorrer da história, levando em consideração os valores, sentimentos e cultura de cada sociedade. Práticas toleradas em determinadas épocas tornaram-se, em outras, suscetíveis de condenação. A violência esteve sempre presente na evolução do homem e da sociedade. Ela ocorre na família, no trabalho, na escola e na vida social, desde a infância até a velhice. Diversos fatores são elencados como causadores da violência. Os aspectos sociais, econômicos e culturais têm sido frequentemente apontados como determinantes para seu surgimento. O presente estudo baseou-se em duas variáveis: grau de escolaridade e faixa etária dos indivíduos infratores. Assim, esse artigo destaca inicialmente reflexões teóricas acerca da violência e fatores que a determinam, na sequência mostra o resultado da pesquisa realizada na Comarca de Belém do São Francisco/PE sobre a relação existente entre escolaridade e idade dos indivíduos no cometimento de infrações penais. No seu conjunto foram analisadas todas as ocorrências criminais registradas em Belém do São Francisco no ano de 2019.

**Palavras-chave:** Penal. Escolaridade. Sociedade; Criminalidade.

**ABSTRACT:** The conceptualization of violence has altered throughout history, taking into account the values, feelings and culture of each society. Practices tolerated at determined epoch became, at others, susceptible to condemnation. Violence has always been present in the evolution of man and society. It takes place in the family, at work, at school and in social life, from childhood to old age. Various factors are listed as causing violence. The social aspects, economic and cultural have often been pointed out as determining factors for its emergence. This study was based on two variables: level of education and age of aggressors. Thus, this article initially highlights theoretical reflections on violence and factors that determine it, then shows the result of research conducted in the District of Belém do São Francisco/PE on the relationship between scholary and age of individuals in the commission of criminal offenses. As a whole, all criminal occurrences recorded in Belém do São Francisco in 2019 were analyzed.

**Keywords:** Criminal. Education. Society. Crime.

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente a maioria dos países do mundo mantém o tema da violência como agenda de discussão prioritária, esse problema não está presente somente nos países em desenvolvimento, ao contrário, tornou-se uma questão difusa com uma variedade de formas e em todos os continentes.

A interligação entre os povos, promovida pela globalização iniciada no século XX, tem proporcionado uma integração tecnológica cada vez maior, assim como também uma universalização cultural e dos conflitos sociais.

Nesse sentido, a violência tornou-se uma preocupação mundial, uma vez que se ergue das enormes desigualdades existentes em todo o planeta, onde os sistemas econômicos dominantes direcionam as riquezas produzidas para uma pequena parcela da população, fomentando a pobreza para a grande maioria dos povos. Pobreza, nesse contexto, é definida pela negação de acesso a direitos básicos como educação, saúde, saneamento, moradia, etc., e não somente pela falta de bens materiais.

A violência derivada da pobreza tem origem na segregação de certas classes, que são direcionadas para margem da sociedade, ficando privadas de seus direitos básicos e dos benefícios proporcionados pela riqueza produzida no país. A negação desses direitos pode transformar drasticamente o cidadão.

Este trabalho tem por finalidade fazer uma análise quanto a educação formal básica como forma de prevenção e diminuição da criminalidade no município de Belém do São Francisco - PE.

A escolha do tema se deu pela observação, enquanto servidor do Setor de Distribuição e Protocolo do Tribunal de Justiça de Pernambuco, lotado da Comarca de Belém do São Francisco - PE, de que a grande maioria das pessoas que pratica delitos nesta comarca não possui nem o primeiro grau completo de ensino formal.

Não se pretende, aqui, esgotar o assunto, dada a sua complexidade, entretanto se trata de tema extremamente importante uma vez que a Constituição garante educação e segurança para todos, assim como uma sociedade harmônica.

Entende-se que a melhor forma de prevenir e combater a criminalidade é compreendendo como ela surge e se desenvolve. Identificando os fenômenos de aparecimento e propagação fica menos penosa a tarefa de formulação de políticas públicas de combate ao problema. Inúmeras são as variáveis envolvidas no complexo processo de compreensão do surgimento da violência e da criminalidade, no entanto poucas se aproximam da unanimidade dos especialistas como o fator educacional.

É de grande importância o tema em estudo, no sentido de entender que a origem da problemática começa na desorganização familiar, e que o pouco acesso à educação formal aumenta sensivelmente a possibilidade do indivíduo ingressar na vida criminal.

Especialistas concordam que a educação é efetivamente importante no combate da maioria dos problemas enfrentados nas sociedades, a exemplo da marginalidade. Entretanto, defendem que os investimentos voltados à educação precisam vir acompanhados de medidas de segurança pública. Segundo Marc De Maeyer, pesquisador da UNESCO, a educação não é uma condição para prevenir a criminalidade, a educação é um instrumento para escolhas, de modo que as pessoas podem, através dela, mudar suas atitudes.

Percebe-se que existem no Brasil vários dispositivos legais para se viabilizar práticas educativas. Entretanto, tais práticas quando exercidas, devem estar fundamentadas na ideia de formar cidadãos conscientes de seu papel e de sua importância para o desenvolvimento do país. Devem-se estimular

práticas educativas numa perspectiva de formar indivíduos críticos, pois o senso crítico é a ferramenta inicial para se buscar soluções para os problemas que se enfrenta atualmente.

Diante disso, mostra-se ser fundamental levar o assunto ao conhecimento popular incentivando a participação e o acompanhamento da sociedade no desenvolvimento da prática educacional no intuito de diminuir os problemas que tanto afligem a sociedade, dentre estes o da criminalidade.

Surge então a questão: a grande quantidade de crimes ocorridos na comarca de Belém do São Francisco/PE, que tem causado a sensação de insegurança na população e gerado um expressivo número de ações penais, resultando no acúmulo de processos no Poder Judiciário, tem alguma relação com a baixa escolaridade das classes mais desprivilegiadas da população, que, imersas na pobreza e privadas de seus direitos básicos como educação, vêm retribuindo as agressões sofridas num processo instintivo de reação?

O presente trabalho tem como objetivo geral: relacionar a baixa escolaridade com a criminalidade para alertar os gestores municipais e a sociedade belemita sobre a importância do estudo formal na prevenção e controle da criminalidade.

Os objetivos específicos são: revelar o perfil escolar e a faixa etária dos autores de crimes praticados na Comarca de Belém do São Francisco/PE, no ano de 2019; chamar a atenção dos governantes locais, bem como da comunidade para o fato de que a formulação de políticas públicas nas áreas educacionais, como por exemplo, o combate a evasão escolar, sobretudo nas séries iniciais, são ferramentas importantes para prevenir a criminalidade no município.

Assim, entendemos como hipótese para solução de nosso problema de pesquisa que o caminho a ser seguido deve ser o investimento na educação e nas medidas de desenvolvimento da primeira infância, isso tornará crianças menos interessadas e propensas a cometer crimes à medida que crescem, tendo uma influência decisiva em seu desenvolvimento e no adulto que elas se tornarão.

Escola em tempo integral de qualidade e com atividades que desenvolvam o espírito coletivo e a disciplina dos alunos, e com a valorização dos professores tem o poder de transformar o cenário atual e proporcionar um país melhor, em que as crianças tenham um futuro mais digno e menos miserável.

O Brasil não resolverá os seus problemas sociais e não reduzirá a desigualdade, enquanto não investir em um ensino de qualidade e na valorização dos professores. Investir em educação implica na diminuição da desigualdade, em salários melhores e em oportunidades iguais para todos.

As informações que compõem a base do presente estudo foram obtidas mediante pesquisa realizada no Setor de Distribuição e Protocolo da Comarca de Belém do São Francisco. A metodologia utilizada foi à quantitativa e qualitativa, bem como o estudo de caso, com a coleta e análise dos dados, identificando os principais delitos ocorridos no ano de 2019, a faixa etária e escolaridade dos autores, transformando posteriormente os resultados em variáveis gráficas e numéricas que constituam um sistema lógico onde seja possível estabelecer possíveis relações de causa e consequência.

Diante do exposto, analisaremos a seguir as mudanças no conceito de violência no decorrer da história, formulados por alguns autores.

## **2 CONCEITO DE VIOLÊNCIA**

No decorrer dos anos a conceituação do tema violência foi mudando de acordo com os sentimentos, valores e cultura da sociedade. Ato que no passado eram considerados comuns ou aceitas pela sociedade, hodiernamente figuram nas estatísticas que definem o grau de criminalidade e de violência no Brasil. Ademais, outras modalidades criminais que surgiram recentemente, como, por exemplo, os crimes da internet, já apresentam números significativos de ocorrências registradas no País.

Primeiramente devemos conceituar violência. Assim, segundo Zaluar (2004, p. 228-229):

Violência vem do latim *violentia*, que remete a vis (força, vigor, emprego de força física, ou recursos do corpo para exercer a sua força vital). Essa força torna-se violência quando ultrapassa um limite ou perturba acordos tácitos e regras que ordenam relações, adquirindo assim carga negativa ou maléfica. Portanto, é a percepção do limite e da perturbação (e do sofrimento causado) que vai caracterizar um ato como violento percepção que varia cultural e historicamente.

A violência sempre esteve presente na sociedade, desde o seu surgimento até os dias atuais, mudando de acordo as peculiaridades dos grupos e dos períodos históricos. Entretanto, sua condição de normalidade, segundo Da Matta (1982), é precisamente o fato de ser reprimida e evitada.

O Estado é o ente que possui o uso legítimo da violência, algo que foi proporcionado a ele pelo próprio homem, a fim de organizar a população e o território. Assim, enquanto nas sociedades antigas a paz e a ordem eram mantidas pela inclusão na cultura do sentimento de comunidade e de unidade, atualmente os Estados das sociedades maiores impõem a ordem fisicamente pelo exército e pelo constante uso da violência (MORIN, 2007, p. 179).

Desse modo, a principal característica do Estado é a concentração dos meios de violência em suas mãos. Entretanto, essa característica não implica a ausência de violência entre seus habitantes. Significa apenas que o ente estatal é o único legítimo para exercer a violência, de acordo com as leis e normas que instituiu, não podendo abusar desses poderes ou usar a violência além do que os homens lhe conferiram.

Assim, percebe-se que umas das principais características da violência numa sociedade é sua associação aos detentores de poder, consolidando estruturas organizadas, tanto aquelas fora da lei como máfias, cartéis e bandos, quanto àquelas amparadas legalmente.

Assim sendo, analisaremos a seguir a definição de violência visível e velada, bem como a relação entre ambiente e criminalidade.

## **3 VIOLÊNCIA VÍSIVEL E VELADA**

Alguns pesquisadores defendem a visão maniqueísta para explicar o uso abusivo da força de um indivíduo sobre o outro, enquanto outros defendem que os atos violentos estão atrelados ao poder. Desse modo, é a análise de Chauí (1985), que acredita na violência não como uma transgressão, mas como a conversão de uma diferença hierárquica com fins de dominação e opressão, e que ocorre juntamente com a passividade e o silêncio dos sujeitos.

Esse tipo de violência moderna, chamada de violência velada, é silenciosa e pode ocorrer em qualquer ambiente social. Objetivando acertar o íntimo da pessoa e causar traumas às suas vítimas, ela procura impor comportamentos, atitudes e oprimir aqueles que não se encontram dentro dos ditos padrões sociais.

No decorrer da história a violência explícita foi mais utilizada pelo uso da força física, com castigos e penas. O Estado, enquanto detentor do poder disciplinar, utilizava-se de punições como o açoite, a guilhotina e a masmorra, para diminuir desvios e corrigir os indivíduos. “Era por meio desse tipo de violência que se associava a ideia de poder e a imposição da vontade e do desejo de um ator sobre os outros” (VELHO, 2000, p. 11).

De acordo com Bisker e Ramos (2006 apud HOBBER, 2009, p. 16), sobre a finalidade das leis, As leis não se originavam de um instinto humano natural, nem de um consentimento universal, mas da razão em busca dos meios de conservação da espécie. Portanto, as leis controlariam a violência fisiologicamente presente na natureza humana (Estado Natural do Homem).

As leis surgiram como forma de controlar, dominar e regular a sociedade e possíveis atos de violência do próprio homem. Assim, leis, regras e normas estão em direta relação com a contenção da agressividade por meio da busca da igualdade entre os seres humanos. Porém, por uma limitação ou falha na aplicabilidade do ordenamento jurídico, acabam ocorrendo os conflitos sociais, os quais produzem ou refletem uma forma de violência que impacta em todo o grupo de forma indistinta e, muitas vezes, velada.

Nessas sociedades em que o Estado busca controlar de forma concentrada o instinto do homem, bem observa Michaud (2001, p. 59):

Um sistema totalitário repousa menos sobre a violência aberta do que sobre a montagem de uma rede complexa de dependências, de ameaças, de incentivos e de exclusões que tornam finalmente a dominação total ilocalizável, invisível e sufocante.

Logo, essa violência velada, não percebida pelos homens, está inserida no meio social dominando e destruindo os indivíduos e sua dignidade, transformando-os em objetos facilmente manipulados pelos detentores do poder. Segundo Marcondes Filho (2001, p. 22), a violência [...] organiza as relações de poder, de território, de autodefesa, de inclusão e exclusão e institui-se como único paradigma.

Então, a violência sendo um fenômeno social deve ser analisada como um todo, pois, o ser humano, além de sofrer as interferências emocionais, suas decisões e atitudes são fortemente influenciadas pelo ambiente social em que convive.

#### 4. VIOLÊNCIA E AMBIENTE SOCIAL

A sociedade aponta fatores determinantes para o problema da violência, como a baixa escolaridade e a exclusão social que estão presentes constantemente em áreas periféricas e menos valorizadas. Em tal entendimento, nessas áreas a soma de fatores torna o ambiente propício para propagação e estabelecimento da criminalidade.

Fatores como urbanização e aumento populacional das cidades contribuem para que as pessoas desprovidas de recursos financeiros migrem para áreas menos valorizadas e que apresentam pouca infra-estrutura ante a ausência de políticas públicas por parte do Estado. Nesse sentido, destaca Gottdiener (2010, p. 115):

Desconcentração se refere ao aumento absoluto de população e à densidade de atividades sociais em áreas fora das tradicionais regiões citadinas e dos centros populacionais. [...] nessa visão o processo de desconcentração implica tanto um movimento socioeconômico que sai das cidades centrais mais antigas para áreas afastadas – ou descentralização – quanto ao surgimento de aglomeração tipo cidade e a formação de densidade social em áreas afastadas – ou concentração.

A partir de uma observação do ambiente, quando tratamos acerca do tema violência e buscamos uma relação com a territorialidade, podemos perceber que ela é parte de um território como um todo e pode ser identificada mediante o contexto e suas peculiaridades. (RAFFESTIN, 2000, s.p).

Dessa forma, o aumento dos índices de criminalidade nos últimos tempos fez nascer a ideia de que nos espaços pobres e periféricos a violência se apresenta mais intensamente, quando comparada aos espaços dominados pelas elites.

Ante o exposto torna-se de grande importância a educação na formação de uma pessoa o que se reflete nos mais variados âmbitos: em sua capacidade de se relacionar, interpretar informações, lidar com suas próprias emoções, tomar decisões com senso crítico e, até mesmo, obter satisfação pessoal e profissional.

#### 5 A EDUCAÇÃO NA FORMAÇÃO DO INDIVÍDUO

Platão afirmava que a educação possui a pretensão de ajudar o homem a desenvolver uma vida mais honesta, responsável, justa e comprometida, na qual possibilite escolher o melhor para o seu bem. Educar, para o filósofo, é “formar um homem virtuoso”.

Nesse sentido, quando Platão diz em que a coletividade deve ser governada por amantes da sabedoria, vale dizer que este ideal permanece como desafio e horizonte a ser buscado em todos os tempos e para todos os seres humanos. (TEIXEIRA, 1999, p. 114).

Já para Durkheim (1978, p. 41), é a educação que tem como responsabilidade “colocar a sociedade na cabeça dos indivíduos”:

Educação é a ação exercida, pelas gerações adultas, sobre as gerações que não se encontrem ainda preparadas para a vida social; tem por objetivo suscitar e desenvolver, na criança, certo número de

estados físicos, intelectuais e morais, reclamados pela sociedade política, no seu conjunto, e pelo meio especial a que a criança, particularmente se destine (DURKHEIM, 1978, p. 41)

Assim, a educação tem um papel socializador, de inserção dos indivíduos na sociedade. Entretanto, ao longo da história, são encontradas várias outras definições de educação. De acordo com Pereira e Foracchi o filósofo e economista Stuart Mill define educação como:

[...] tudo aquilo que fazemos por nós mesmos, e tudo aquilo que os outros tentam fazer com o fim de aproximar-nos da perfeição de nossa natureza. Em sua mais larga acepção, compreende mesmo os efeitos indiretos, produzidos sobre o caráter e sobre as faculdades do homem, por coisas e instituições cujo fim próprio é inteiramente outro: pelas leis, formas de governo, pelas artes industriais, ou ainda, por fatos físicos independentes da vontade do homem, tais como o clima, o solo, a posição geográfica. (PEREIRA; FORACCHI, 1976, p. 34).

Já no Brasil, Freire (1987) apresenta uma definição mais específica sobre a importância da educação na formação dos indivíduos. Para ele, a educação possui o poder de transformar a realidade conhecida, por mais injusta e desigual que seja. “Trata-se de aprender a ler a realidade (conhecê-la), não apenas para adaptar-se, mas para poder recriá-la e transformá-la.”

No método de educação de Freire (1987), o indivíduo deve conseguir “ler o mundo à sua volta”, para somente depois buscar a transformação do meio. Assim, ao aprender a “ler a realidade”, e consciente de sua responsabilidade, seus direitos, deveres e de seu papel na sociedade, este indivíduo não se sentirá motivado a entrar para o mundo do crime, seja como vítima, seja como autor.

Ainda no pensamento de Freire (1987), a escola não deve buscar apenas estar em sintonia com o contexto atual da sociedade, mas deve, principalmente, conscientizar seus alunos da importância de seus atos, para o bem da sociedade como um todo.

Nesse sentido, é possível perceber o papel fundamental que a educação representa na formação dos indivíduos, sendo forte aliada no processo de afastamento destes das práticas delituosas e, em consequência, da diminuição da violência.

É notório que a educação interfere diretamente na cultura dos indivíduos. Ela promove profundas mudanças no modo de se vestir, de pensar, de agir, de comer, bem como de analisar e criticar as notícias e fatos do cotidiano. Por meio dos processos educativos, crianças, adolescentes e jovens são apresentados a um mundo de possibilidades com diversas oportunidades e recursos para aqueles que acreditam e investem na educação. Assim, é somente por meio da educação que é possível transformar o meio social.

Teixeira (1999, p. 121) coloca que “Aqui está o cerne e o objetivo de toda educação: proporcionar uma qualitativa mudança de situação de nível de vida inferior para um nível superior, educação esta que é sinônimo de vida autenticamente humana.”

Diante do exposto, percebe-se que a educação apresenta uma grande importância na vida dos indivíduos, qual seja, de fazer com que se desenvolva intelectualmente se adapte e conviva

harmoniosamente na sociedade. É importante destacar também que a educação insere nos indivíduos uma maior consciência de seus atos, sempre analisando suas ações na perspectiva da coletividade, sendo o Estado o principal agente a incentivar e financiar a educação, garantindo o livre acesso a todos os cidadãos.

Perante todo o exposto, aplicando na prática, foi realizado o presente estudo a fim de trazer ao conhecimento da sociedade belemita dados concretos sobre a relação entre a criminalidade e a baixa escolaridade dos autores de crimes.

## 6 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS DA PESQUISA

A pesquisa foi realizada quantificando primeiramente os Termos Circunstanciados de Ocorrências, crimes de menor potencial lesivo. Nos termos do art. 61 da Lei 9.099/95, TCOs são infrações penais de menor potencial ofensivo, crimes e contravenções penais a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos.

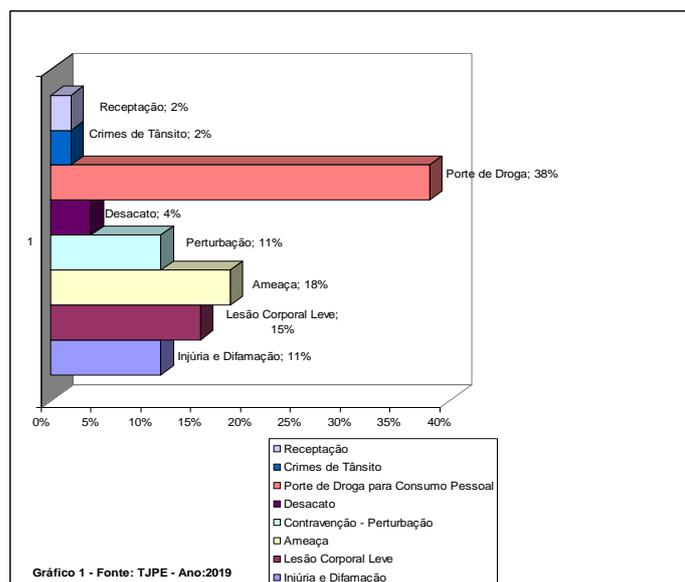
Em seguida analisamos os crimes comuns, ou seja, aqueles que possuem um maior grau de lesividade para a população.

Os dados foram coletados junto ao Sistema Informatizado do Tribunal de Justiça de Pernambuco, referentes aos delitos praticados na Comarca de Belém do São Francisco-PE durante o ano de 2019.

A seguir serão apresentados os resultados obtidos na pesquisa.

### 6.1 Dos termos circunstanciados de ocorrência (TCOs)

Por questões didáticas, foram analisados inicialmente os dados concernentes aos delitos classificados como TCOs praticados na Comarca e sua relação com a escolaridade e a faixa etária dos infratores.



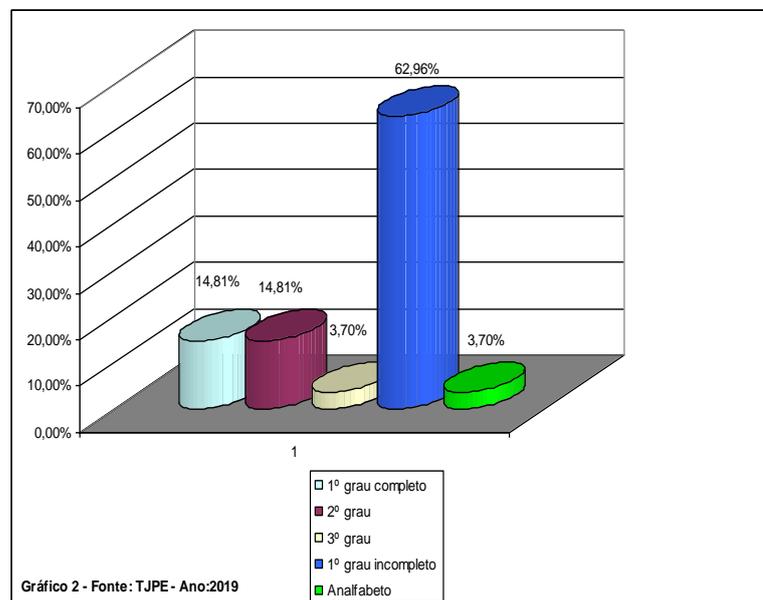
Verificamos que o delito com maior ocorrência no município foi o porte de droga para consumo pessoal, tipificado no artigo 28 da lei de Drogas 11.343/2006, com 38% (trinta e oito por cento) de registros.

Entende-se que o porte de droga para consumo pessoal é muitas vezes a porta de entrada para a prática de crimes mais graves, pois para manter seu vício, os usuários lançam mão de outros delitos como pequenos furtos e roubos, evoluindo assim na escala criminal. Devemos lembrar também que só existe o traficante porque existe o consumidor que compra a droga, ou seja, o usuário termina por alimentar e financiar o tráfico, que origina muitos outros crimes no seu entorno.

Com segundo maior índice de ocorrência, 18% (dezoito por cento), encontramos a ameaça, crime previsto no artigo 147 do Código Penal Brasileiro, que consiste no ato de ameaçar alguém, por palavras, gestos ou outros meios, com intenção de causar mal injusto e grave, e como punição a lei estabelece detenção de um a seis meses ou multa.

## 6.2 Quanto à escolaridade dos autores de TCO

Dentre os autores de Termos Circunstanciados de Ocorrência apenas 3,70% possuíam o nível superior, 14,81% concluíram o nível médio e a sua imensa maioria 66,66% não terminou sequer o nível fundamental.



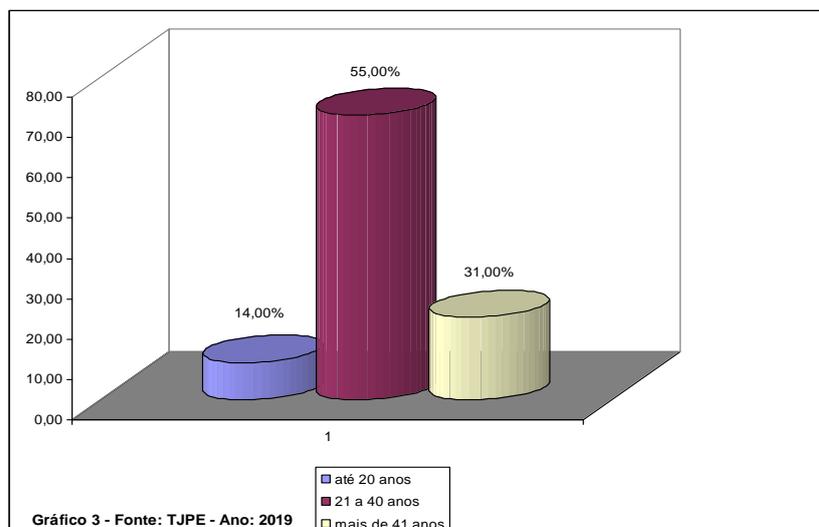
A escolaridade altera o custo de oportunidade da atividade criminosa, pois um indivíduo mais educado obtém melhores oportunidades de salário e emprego, que aumenta o custo de cometer um crime. Além disso, a punição pode ser mais custosa para indivíduos mais qualificados, já que o encarceramento implica em tempo fora do mercado de trabalho.

A educação é o fator primordial na formação e desenvolvimento do ser humano. O indivíduo com maior grau de escolaridade possui melhor e maior oportunidade de colocação no mercado de trabalho, isso por si só já o distancia da criminalidade. O estudo deixa as pessoas mais pacientes com relação a frutos futuros decorrentes do aprendizado conseguido, por outro lado torna o indivíduo mais consciente com relação à prática criminal por ter maior conhecimento das punições geradas pelo crime (HJALMARSSON, LOCHNER, 2012, p. 49-55).

É possível que a probabilidade de um indivíduo ingressar na atividade criminosa dependa da taxa de participação dos seus pares nas interações cotidianas. Se a escola for capaz de fornecer bons exemplos de conduta aos seus frequentadores, conviver no ambiente escolar pode influenciar no processo de tomada de decisão e reduzir a chance do sujeito praticar uma ação ilícita.

### 6.3 Quanto à faixa etária dos autores de TCO

A criminalidade é um problema social que afeta negativamente a qualidade de vida dos cidadãos, gerando custos econômicos e grandes perdas, principalmente à vida humana. A maior parte dos autores dos delitos foram pessoas em idade economicamente ativa. Observamos que a maioria dos crimes foi praticada por indivíduos com idades entre 21 e 40 anos.



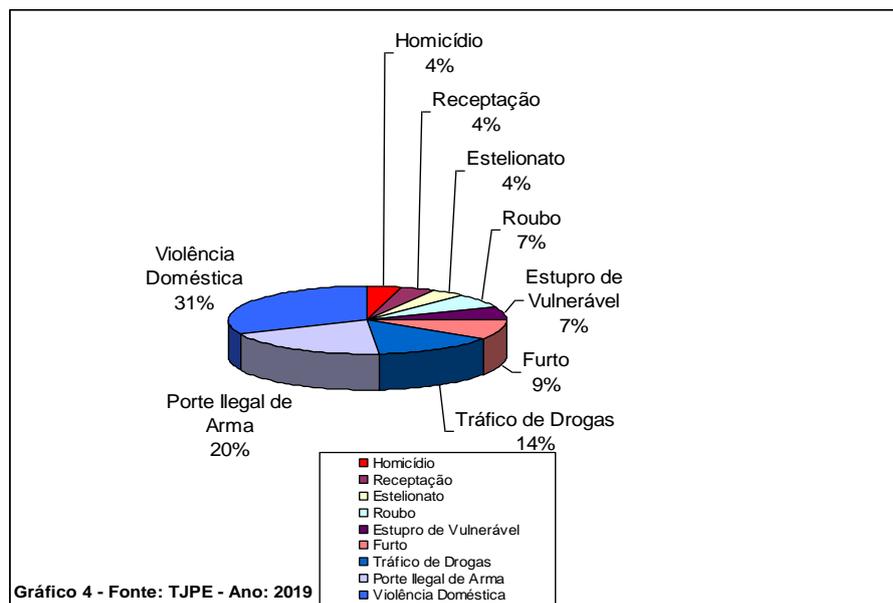
Uma das principais teorias para explicação dos atos criminosos é atrelar essa prática às condições sociais do indivíduo, como desemprego, má qualidade de vida, má distribuição de renda e escolaridade.

A ausência de uma boa qualificação proporciona o aumento do desemprego o que pode levar a uma deterioração ainda maior da situação do indivíduo. Nessa faixa etária o indivíduo passa a ser cobrado por resultados pela sociedade e, quanto menor a possibilidade de uma pessoa conseguir um emprego no mercado de trabalho legal, maiores são os incentivos à entrada e permanência no crime.

## 7 DOS CRIMES COMUNS PRATICADOS NO ANO DE 2019

Analisaremos agora a distribuição dos crimes de maior gravidade cometidos no ano de 2019. São os tipos penais que podem acarretar penas de até 30 anos de reclusão.

Com maior índice de ocorrência encontramos a violência doméstica contra a mulher com 31% de todos os registros. Tal violência é entendida como todo ato lesivo que resulte em dano físico, psicológico, sexual, patrimonial, que tenha por motivação principal o gênero, ou seja, é praticado contra mulheres expressamente pelo fato de serem mulheres. As causas são estruturais, históricas, político institucional e cultural.

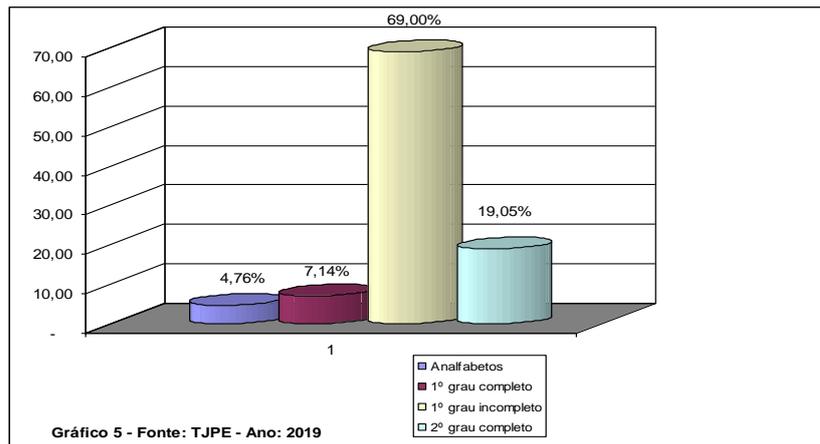


O porte ilegal de Arma figura em segundo lugar com 20% dos registros. Portar é trazer consigo a arma, fora de seu domicílio, conforme disposto no art. 5º e 12º da lei 10.826/2003. Lembrando que o porte apenas da munição também incide no tipo penal

### 7.1 Quanto à escolaridade dos autores

Dos dados analisados verificamos que a grande maioria dos infratores (73,67%) não possui ao menos o primeiro completo grau de ensino formal.

Conforme já aduzido, a educação é uma condição que permite ao indivíduo o acesso a uma melhor qualificação profissional e, conseqüentemente, a uma renda melhor. Assim, em tese, um indivíduo qualificado, que está inserido no mercado de trabalho e auferindo renda, possui menores chances de compor as estatísticas policiais.

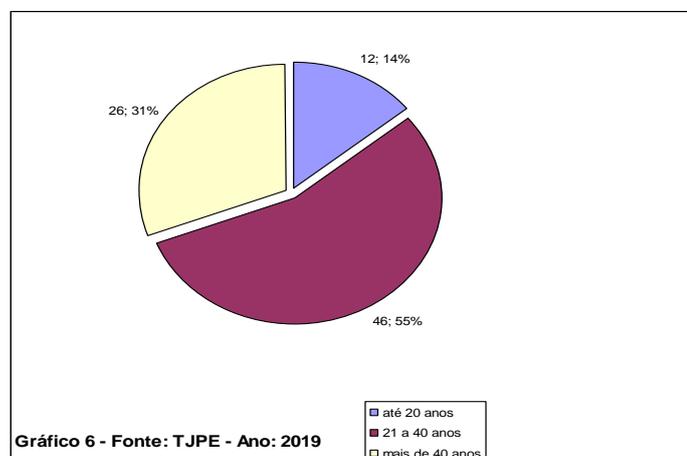


Outro motivo pra crer que a educação diminui os índices criminais é o fato de um maior tempo de estudo formal aumentar consideravelmente o salário médio do trabalhador. É bem mais vantajoso passar anos na escola do que amargar longos períodos em prisões, além de ser uma mancha indesejada para qualquer trabalhador que está à procura de emprego

## 7.2 Quanto à faixa etária dos autores

Como ocorrido com os Termos Circunstanciados de Ocorrência a grande maioria dos delitos foi praticada por indivíduos com idades entre 21 e 40 anos (46,56%).

Um dos fatores apontados é a informalidade dos indivíduos com idade economicamente ativa e que deveriam estar no mercado de trabalho. É certo que as pessoas que estão na informalidade também estão lutando por sua sobrevivência. De alguma maneira precisam sobreviver. Ocorre que uma parte das atividades informais, embora minoria, opera na zona da ilegalidade, sendo responsável por parte das ocorrências criminais. O grupo mais afetado nesta dimensão, pela piora das condições trabalhistas, são os homens, cuja chance de se envolver com atividades criminosas é muito maior do que a registrada para as mulheres.



Em geral, as áreas de baixa renda têm maiores taxas de crime, o que pode estar relacionado também à distribuição dos serviços de segurança. O padrão de consumo imposto pela sociedade pode gerar a insatisfação daqueles que enfrentam restrições orçamentárias. Dessa forma, a privação relativa ou a sensação de frustração dos indivíduos de baixa renda em relação a prosperidade dos demais poderiam explicar a ocorrência de delitos.

## 8 CONCLUSÃO

Enfim, a criminalidade urbana constitui, hoje, um dos parâmetros mais significativos para o sentido de “qualidade de vida” nas cidades. Afeta a todos e possui inúmeras características tornando-se complexa para aqueles que procuram entender os intrincados mecanismos responsáveis pelo seu surgimento e evolução.

Por tudo, entende-se que o enfrentamento à criminalidade envolve a educação formal básica e sua aplicação no meio social do indivíduo como forma de prevenção, somente através dela, e de políticas públicas voltadas para a juventude, que visem à inibição ao uso de drogas e o combate a violência e maneira geral é que o Estado obterá sucesso na resolução dos conflitos sociais.

Sabemos que a educação é um direito fundamental da pessoa humana, foi uma grande conquista do homem no decorrer da história e condição essencial para seu desenvolvimento na convivência em sociedade. Ressalto que, o conhecimento é a grande força para desenvolvimento das nações e sua importância está em maior evidência atualmente, em razão da globalização e da enorme competitividade tanto interna como externa.

Com relação ao sistema educacional formal do Brasil a situação é preocupante, uma vez que não há investimentos concretos, distribuídos de forma igualitária para todos. A educação ofertada nos moldes atuais não está contribuindo para prevenir ou diminuir os índices criminais, a carência econômica e de programas sociais são fatores relevantes no aumento deste banditismo.

Destacamos a família, a escola e as instituições como ambientes de desenvolvimento social humano, que podem promover a resiliência do indivíduo, dependendo do tipo de inter-relação possível nos contextos onde estão inseridos. Averiguando que os sujeitos têm sua qualidade de vida e as esperanças que possuem em relação à superação das condições desfavoráveis intimamente interligadas às relações que estabelecem nesses ambientes, suas características pessoais dependem do momento em que são desenvolvidas e preferencialmente deverão ser marcadas pela qualidade, afetividade e reciprocidade.

Fica evidente que a educação é fundamental na estruturação e na transformação social da pessoa, ela cria as condições para que crianças e jovens possam ver a esperança de um caminho digno de cidadania. Isso é comprovado quando se verifica que a educação realmente afasta as pessoas da cadeia, das prisões, da criminalidade. O estudo é o melhor caminho para o controle da marginalidade e

diminuição das desigualdades sociais. Indivíduos com pouca escolaridade não vislumbram um futuro melhor, dificilmente conseguem perceber e ter oportunidades, em face da sociedade cada dia mais competitiva que se instaura com o capitalismo.

Constatou-se também que, a baixa escolaridade é um fator que está presente na grande maioria dos autores de crimes ocorridos na cidade, e que a violência está interligada diretamente com o nível de estudo dos indivíduos. E que os crimes registrados na Comarca em Belém do São Francisco no ano de 2019 foram praticados, na sua imensa maioria, por homens, com idades entre 21 de 40 anos e que não concluíram sequer o primeiro grau de estudo formal.

Conclui-se, portanto, que quanto menor o grau de escolaridade do indivíduo, maior a probabilidade de ele enveredar pelo caminho do crime. Isso pode ocorrer tanto pela inexistência de oportunidade de trabalho, e a menor chance de conseguir uma colocação no mercado de trabalho, como pela ausência de perspectiva de uma sobrevivência digna.

É preciso a formulação de um pacto social que recupere a própria importância do estudo formal enquanto mecanismo produtor de conhecimento e promotor de encontros de pessoas, portanto, lugar privilegiado para formação e transformação da pessoa humana.

Isto posto, concluímos que a nossa hipótese para solução do problema de pesquisa de que o caminho a ser seguido para combater a criminalidade deve ser o investimento na educação e nas medidas de desenvolvimento da primeira infância, foi confirmada.

## REFERÊNCIAS

BISKER, Jayme; RAMOS, Maria Beatriz Breves. No risco da violência: reflexões psicológicas sobre agressividade. Rio de Janeiro: Mauad X, 2006.

BRASIL. Decreto Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2020

BRASIL. Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2020

BRASIL. Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003. Estatuto do Desarmamento. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2020

BRASIL. Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006. Lei de Drogas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2020.

CHAUÍ, Marilena. Participando do debate sobre mulher e violência. Perspectivas Antropológicas da mulher. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

DA MATTA, Roberto. As raízes da violência no Brasil: reflexões de um antropólogo social. In: DA MATTA, Roberto et al. (Org.). A violência Brasileira. São Paulo: Brasiliense, 1982.

DURKHEIM, Émile. Educação e Sociologia. 11 ed. São Paulo: Melhoramentos, 1978.

FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido. 17 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GOTTDIENER, Mark. A produção Social do Espaço Urbano. São Paulo: Edusp, 2010.

HJALMARSSON, Randi and LOCHNER, Lance, "The Impact of Education on Crime: International Evidence" Research Report, p.49-55. 2012

MARCONDES FILHO, Ciro. Violência fundadora e violência reativa na cultura brasileira. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 20-27, 2001. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88392001000200004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000200004)>. Acesso em: 12 nov. 2020.

MAEYER, Marc de. Na Prisão Existe a Perspectiva da Educação ao Longo da Vida? Alfabetização e Cidadania. Revista de Educação de Jovens e Adultos. Brasília, n. 19, p. 17-37, 2006. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001465/146580por.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

MASSON, Cleber. Código Penal comentado. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MICHAUD, Yves. A Violência. São Paulo: Ática, 2001.

MORIN, Edgar. O Método 5: A humanidade da Humanidade. 4 ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

PEREIRA, Luiz; FORACCHI, Marialice M. Educação e Sociedade (leituras de sociologia da educação). 7 ed. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1976.

RAFFESTIN, Claude. Por uma geografia do poder. São Paulo: Ática, 2000. 60 Paulino Eidt, Maikel Gustavo Schneider Unoesc & Ciência - ACHS Joaçaba, v. 7, n. 1, p. 47-60, jan./jun. 2016

TEIXEIRA, Evilázio F. Borges. A educação do Homem segundo Platão. São Paulo: Paulus, 1999.

VELHO, Gilberto. Violência, reciprocidade e desigualdade: uma perspectiva antropológica. In: VELHO, Gilberto; ALVITO, Marcos (Org.). Cidadania e violência. 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

ZALUAR, Alba M. Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

**Recebido em:** 28 de junho de 2021

**Avaliado em:** 24 de janeiro de 2022

**Aceito em:** 03 de março de 2022

1 Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas Exatas do Sertão do São Francisco (FACESF). E-mail: [edaitonsilvaa@gmail.com](mailto:edaitonsilvaa@gmail.com)

2 Mestre em Ciências das Religiões pela UFPB (Universidade Federal da Paraíba); Especialista em Direito Público, com ênfase em Direito Tributário, Administrativo e Constitucional pela FAISA (Faculdade Santo Augusto - RS); Especialista em Gestão Pública pela UEPB (Universidade Estadual da Paraíba); Pós-graduado no Curso Preparatório ao Ingresso nas Carreiras Jurídicas pela FESMIP (Fundação Escola Superior do Ministério Público) e Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFPB (Universidade Federal da Paraíba).. [Flawbert.farias@gmail.com](mailto:Flawbert.farias@gmail.com)